

1.1. Los principios generales del derecho como fuentes del derecho comunitario.

Una de las primeras cuestiones que se plantean al abordar el tema de los principios generales del derecho es clarificar a qué se está haciendo referencia cuando se utiliza esta expresión, es decir, la delimitación conceptual de dicha categoría. El instrumento de los principios generales del derecho ha servido para legitimar operaciones de diverso signo, habiéndose reconocido a través de ellos principios normativos heterogéneos, tanto por su origen como por su naturaleza (y quizá también por su rango). Junto a la expresión "principios generales del derecho" se utiliza, a veces indistintamente, una variada terminología que incluye expresiones como "principios", "ideas jurídicas básicas", o "principios de derecho". Una de las primeras dificultades radica en que estos términos son utilizados a menudo en diversos sentidos o con distintos contenidos.

BENGOETXEA⁶ recoge siete posibles supuestos en los que se puede utilizar la expresión principios de derecho: para señalar algunos rasgos o características importantes de un sistema legal; para expresar conceptos generales obtenidos a partir de las normas concretas de un sistema legal; para designar aquellas normas de un ordenamiento jurídico que revisten dentro de él un carácter fundamental; para referirse a las consecuencias que se derivan de un grupo de normas; para calificar las normas que formulan los objetivos generales de un sistema legal; para identificar normas obtenidas por inducción mediante la comparación de diferentes sistemas legales; y, por último, para referirse a normas de "derecho natural" basadas en criterios de justicia o equidad, entre otros. El autor señala que no se trata de una lista cerrada, sino que podría ampliarse con

⁶ BENGOETXEA, J.: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 72.

otros usos de este término, o con la combinación de algunos de los aquí señalados.

En el ámbito del derecho comunitario también se puede observar una cierta ambigüedad en torno al tema de los principios generales del derecho. Muchas de las utilizaciones del término "principios" a las que se acaba de hacer referencia se hallan ejemplificadas o se podría decir que encuentran una correspondencia en sede comunitaria. Así, por ejemplo, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, se podría considerar que cuando se habla de los principios de efecto directo o primacía del derecho comunitario se está utilizando el término "principio" para referirse a lo que aquí se ha denominado como rasgos característicos muy relevantes dentro de un sistema legal.

Otra de las acepciones que se registraba anteriormente hacía referencia a la designación de generalizaciones a partir de un conjunto de normas o reglas de un ordenamiento jurídico. El principio de no discriminación en derecho comunitario entraría seguramente dentro de este grupo, puesto que dicho principio general se obtiene a partir de una serie de disposiciones concretas o más específicas de los Tratados (artículo 6, que establece la no discriminación por razón de nacionalidad, artículo 119, que prohíbe la discriminación en materia de remuneraciones entre trabajadores por razón de sexo, etc...).

Hay casos en que la palabra principio en el ámbito comunitario se utilizaría para designar aquellas normas cuyo respeto se considera básico o fundamental, como es el caso de los principios que aseguran la protección de los derechos fundamentales. En otros supuestos, los principios comunitarios designarían los objetivos esenciales de este ordenamiento jurídico. El principio de la libertad de circulación, en sus diversos aspectos recogidos en los Tratados constitutivos, sería un buen ejemplo de ello.

Otra de las utilizaciones del término que se reseñaba se refería a la identificación de normas obtenidas por inducción a partir de la comparación de diferentes sistemas legales. El ordenamiento comunitario proporciona abundantes ejemplos de principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros. Por un lado, la aplicación de estos principios está prevista expresamente en el artículo 215.2 del TCE para la solución de los casos de responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Por otro lado, la jurisprudencia del TJCE no se ha reducido al ámbito de la responsabilidad extracontractual, sino que ha hecho un uso mucho más amplio de ellos. Los principios relativos a los derechos fundamentales podrían considerarse también incluidos en esta categoría, puesto que el Tribunal ha señalado que para garantizar su respeto se basa en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Por tanto, se puede decir que el término principios, en derecho comunitario, puede tener una pluralidad de acepciones o de contenidos. Algunos autores consideran, sin embargo, que la expresión principios generales del derecho debe tener un uso mucho más restringido y distinguirse de otras categorías de principios. También en el ámbito del derecho internacional público la expresión principios se ha utilizado con distintos sentidos. Una parte de la doctrina ha establecido una distinción entre los principios generales del derecho y los principios estructurales⁷. Los primeros serían los principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos, es decir, los que se han formado en el derecho interno pero que se pueden aplicar al ordenamiento jurídico internacional. Los estructurales, por su parte, expresarían los valores fundamentales que inspira la estructura general del ordenamiento internacional, y también han sido

⁷ Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M^a P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, p. 26.

denominados fundamentales o constitucionales. No toda la doctrina, sin embargo, considera que estos principios estructurales puedan considerarse principios generales⁸, lo que parece acertado desde nuestro punto de vista.

En el ámbito comunitario, CHUECA SANCHO⁹, por ejemplo, establece una distinción entre los principios generales del derecho y los principios fundamentales de la Comunidad Europea, al considerar que estos últimos no son los generales del derecho sino que conforman una categoría diferente. Los principios fundamentales están inscritos en los Tratados constitutivos, básicamente en sus primeros artículos, se deducen de la misma naturaleza de la Comunidad, y "*constituyen el entramado jurídico mínimo para la configuración de dicha Organización Internacional como una Comunidad y pueden ser denominados con LOUIS como principios de la 'constitución económica'*"¹⁰. Estos principios fijan los objetivos más importantes que pretende conseguir la Comunidad. Este autor parece que los asimila a los analizados por PESCATORE¹¹, que se refería a los principios de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la unidad, y sus interrelaciones.

Según CHUECA, frente a estos principios fundamentales entendidos como normas programáticas¹² que sintetizan los objetivos de la Comunidad, los

⁸ Véase RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1994, p. 236.

⁹ CHUECA SANCHO, A.: "Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario", *RIE*, 1983, nº 3, pp. 863-892, p. 868.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ PESCATORE, P.: "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux", en *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, T. II, Bruylant, LGPD, Bruxelles, Paris, 1972, pp. 325-363.

¹² El autor aclara que la calificación como normas programáticas ha de entenderse en el sentido de normas que despliegan sus efectos con especial fuerza en todo el ámbito comunitario y no como normas que no tienen una aplicación jurídica real y concreta, CHUECA SANCHO, *op. cit.*, p. 870.

principios generales se distinguirían por constituir una fuente del derecho comunitario de naturaleza no escrita¹³.

La posición de CHUECA vendría a coincidir, como él mismo señala, con la afirmación de GANSHOF VAN DER MEERSCH según la cual "*mientras el 'principio general del derecho' es inseparable del carácter de generalidad de la norma, 'el principio' es inseparable del carácter fundamental de la norma que expresa*"¹⁴.

Hay que decir, sin embargo, que la opción de reservar la terminología de principios generales del derecho únicamente para aquéllos de naturaleza no escrita no es compartida por toda la doctrina. Algunos autores incluyen, dentro de esta expresión, tanto los de naturaleza escrita como no escrita, como formando parte de una misma categoría. Así, por ejemplo, RUÍZ-JARABO, tras constatar que en materia de derechos fundamentales el TJCE también se vale de principios y normas incluidos en los Tratados constitutivos, afirma lo siguiente: "*En realidad lo que aquí se pone de relieve es la distinción que puede hacerse dentro de los principios generales del derecho entre los principios positivos de derecho y principios implícitos de derecho, según que estén*

¹³ Para CHUECA SANCHO (*op. cit.*, pp. 869-870), la concepción que distingue entre principios generales del derecho y principios fundamentales de la Comunidad Europea encuentra una base para su fundamentación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y cita al respecto la sentencia del TJCE de 21 de diciembre de 1954, as. 1/54, *Gouvernement de la République Française contre Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1954-1955, pp 7 y ss., en la que el TJCE afirma que "*...les articles 2, 3 et 4 du Traité, ..., constituent des dispositions fondamentales établissant le marché commun et les objectifs communs de la Communauté...*" (Rec. 1954-1955, p. 23). Igualmente cita la sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1185 y ss., en la que el órgano judicial reconoce que las disposiciones del artículo 7 del TCEE constituyen *principios fundamentales*.

¹⁴ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.: "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", *RCADI*, vol. 148, V, 1975, p. 146.

*contenidos en enunciados normativos en vigor o constituyan la premisa o consecuencia de enunciados explícitos"*¹⁵.

Por tanto, la categoría de los principios generales del derecho incluye tanto los unos como los otros¹⁶. Una posición parecida puede encontrarse en ALONSO GARCÍA, que al abordar el tema de los principios generales del derecho no se limita a ellos en cuanto a fuente necesariamente no escrita, señalando que si bien muchos principios generales del derecho comunitario son resultado de una construcción jurisprudencial, otros aparecen expresamente en los Tratados: *"La diferencia radicaría en que en este caso, el principio, regla o categoría de carácter general estaría ya contemplado normativamente, lo cual no sólo no impediría, sino que obligaría al TJCE a buscar técnicas jurídicas de concreción de tales categorías generales.... En el segundo caso, la labor constructiva del juez vendría lógicamente ampliada ante la necesidad de extraer tanto los principios como sus técnicas de concreción, al no estar previstos ni los unos ni los otros en los textos normativos comunitarios"*¹⁷.

Por tanto, el punto de divergencia entre las distintas posiciones doctrinales hasta aquí recogidas radica en determinar si lo que caracteriza a los

¹⁵ Y añade a continuación: *"Estos últimos son los que pueden plantear problemas en cuanto que se obtienen por medio de la inducción a través de un conjunto de normas que tienen algo en común o de la deducción de un enunciado general"*, RUÍZ-JARABO COLOMER, D.: "Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad europea", *RIE*, 1990, nº 1, pp. 151-182, p. 170. Para la distinción entre principios positivos de derecho y principios implícitos de derecho, el autor se basa en ITURRALDE SESMA, V.: *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 197 y 198.

¹⁶ Para CAPELLI, en el ordenamiento comunitario no hay razón para distinguir entre principios codificados y principios no codificados (no escritos), puesto que el derecho comunitario no presenta una estructura rígida como la mayoría de los derechos estatales, sino en continua evolución, CAPELLI, F.: "I principi generali come fonte di diritto", *Dir. Com. Sc. Int.*, 1986, nº 1, pp. 541-553, p. 545.

¹⁷ ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 236.

principios generales del derecho consiste en su naturaleza de fuente no escrita o si el rasgo, la característica que determina estos principios, es otro distinto.

La tesis que aquí se sostiene parte de considerar que lo que caracteriza a los principios es su grado de abstracción, no el hecho de que se encuentren o no expresamente recogidos en un texto normativo escrito. Precisamente ha sido este alto grado de abstracción de los principios lo que ha llevado a muchos autores a enfatizar la diferencia entre principios y normas y basar esta diferencia en el distinto grado de obligatoriedad de unos y otras. Así, ESSER señala que un principio de derecho no es una regla jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga una indicación vinculante de carácter inmediato para un determinado marco problemático¹⁸. También LARENZ considera que los principios jurídicos son "*ideas directivas*" de una regulación jurídica, que en sí no son todavía normas susceptibles de "aplicación", pero que pueden ser transformadas en normas¹⁹. Para estos autores los principios necesitarían algo más para convertirse en normas y, por tanto, en preceptos con fuerza jurídica vinculante, aplicables directamente.

Por su parte, ALEXY señala que los principios son normas que prescriben que algo debe realizarse en la medida relativa más alta posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y políticas; por eso, para este autor, los principios son "*mandatos de optimización*" que "*pueden cumplirse en distinto grado*"²⁰. Esta última idea proviene de DWORKIN. Para él la diferencia entre principios y normas es una distinción lógica: "*Ambos conjuntos de estándares*

¹⁸ ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción al castellano de E. VALENTÍ FIOL, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 169 y ss.

¹⁹ LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción al castellano de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 465-466.

²⁰ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, traducción al castellano de Jorge M. SEÑA, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 162 y p. 185.

apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión"²¹. Los principios, en cambio, aportan razones para adoptar una determinada decisión, pero, a diferencia de lo que ocurre con las normas, las condiciones de su aplicación no vienen determinadas por el enunciado del principio; lo que determina su aplicación a una situación concreta es su peso específico, su contenido material. Además, los principios son los que informan las normas jurídicas concretas, lo que explica y posibilita que el juez pueda desatender el precepto literal de una norma si considera que entra en contradicción con un principio relevante para el caso concreto. Los principios son un elemento indispensable para el juez en los casos difíciles (ya sea porque existen varias normas que determinarían soluciones distintas, ya sea porque no existe norma exactamente aplicable). La aplicación de los principios no es automática, sino que exige el razonamiento judicial y su integración en una teoría.

También ALEXY considera que en el caso de las reglas éstas sólo pueden cumplirse o incumplirse, mientras que en el caso de los principios es posible un cumplimiento en mayor o menor grado, por lo que afirma que las obligaciones establecidas por los principios tienen un carácter *prima facie*, pues del hecho que un principio sea pertinente en un caso dado no se sigue que lo que el principio exige se dé en este caso²². Sin embargo, este planteamiento es discutible, puesto que en el caso de los principios también puede afirmarse que

²¹ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, traducción al castellano de M. GUSTAVINO, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 75 y ss.

²² ALEXY, *op. cit.*, p. 185.

en una situación concreta se cumple o no se cumple lo que en él se prescribe. En este sentido, compartimos la posición de ESTÉVEZ ARAUJO cuando afirma: "*La diferencia no estriba, pues, en que el principio se pueda cumplir más o menos, sino en el modo como configuran la conducta obligada los principios y las normas: en el caso de los principios sólo se puede determinar con precisión cuál es la conducta exigida una vez que se conocen las circunstancias concretas del caso*"²³.

Otros autores no establecen una distinción esencial entre principios y normas, sino que consideran que lo que caracteriza a los principios es solamente su grado de generalidad, pero que ello no afecta a su grado de obligatoriedad. Así por ejemplo, para ROBLES MORCHÓN "*...los principios generales del derecho son reglas deónticas, que establecen, como tales, deberes de los que a su vez provienen derechos. Se llaman principios o principios generales por su carácter amplio, en cuanto a su contenido, y por su transcendencia para el conjunto del sistema (...)*"²⁴.

También DAUSES señala que la distinción terminológica entre principios de derecho -no obligatorios- y reglas de derecho obligatorias, no es pertinente, al menos para interpretar la jurisprudencia del TJCE en materia de principios generales. Para este autor, los principios generales "*representan normas de obligación directa, aunque de carácter general y altamente abstracto, de las que se pueden hacer derivar, por la vía de la concreción jurisprudencial,*

²³ ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, p. 114.

²⁴ ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad europea*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, p. 97. En los mismos términos se pronuncia RUIZ-JARABO: "*Los principios generales del derecho son normas jurídicas. Se llaman principios generales por su carácter principal o transcendencia para el conjunto del sistema*", RUIZ-JARABO, *op. cit.*, p. 172.

derechos y obligaciones para un caso concreto"²⁵. La relación entre los principios y las normas no sería de carácter antitético, sino que debería describirse más bien como la relación de un término genérico y un término específico²⁶.

Paralelamente a estas opiniones doctrinales, hay que señalar que el TJCE no realiza una distinción en cuanto a su grado de obligatoriedad entre principios y normas. El término principios es a veces utilizado en la jurisprudencia comunitaria para referirse a ciertas reglas del Tratado que tienen un carácter fundamental. Así, en la sentencia *Defrenne* el TJCE afirma: "...en el lenguaje del Tratado, esta expresión [principio] se utiliza precisamente para marcar el carácter fundamental de ciertas disposiciones...."²⁷.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que una de las cuestiones en las que casi todos los autores estarían de acuerdo, a pesar de otras divergencias, es el destacar el carácter abstracto y general de los principios. Se podría precisar que cabe distinguir diferentes grados de abstracción. En el grado más elevado el principio sólo contiene una idea jurídica muy general, que sirve de orientación para concreciones ulteriores. De esta manera, de un principio muy general se pueden derivar una haz de principios más concretos. Por ejemplo, el principio de

²⁵ En francés en el original: "*Ils représentent des normes d'obligation directe, encore que de caractère très général et hautement abstrait, d'où l'on peut faire découler, par la voie de la concrétisation juridictionnelle, des droits et des obligations pour le justiciable dans un cas d'espèce*", DAUSES, M.: "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", *RTDE*, 1984, n° 3, pp. 401-424, p. 409.

²⁶ También para SCANDAMIS lo único que diferencia una norma de un principio de derecho es su grado de abstracción, SCANDAMIS, N.: "Les principes généraux communs aux droits des États membres en tant que source de droit communautaire. Interaction entre droit communautaire et droit national", en *FIDE. Rapports pour le 12 Congrès*, Paris, 1986, pp. 147-166, p. 149.

²⁷ En francés en el original: "...dans le langage du Traité, cette expression [principe] est précisément utilisée pour marquer le caractère fondamental de certaines dispositions...", Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme de navigation aérienne, Sabena*, Rec. 1976, pp. 455 y ss., p. 475.

seguridad jurídica puede verse como un principio muy general del que derivarían otros, como el del respeto a la confianza legítima, la publicidad de las normas, la obligación de motivarlas, la irretroactividad, o derechos de carácter procesal, entre otros. De la misma manera, podría afirmarse que del principio general del respeto a los derechos fundamentales se derivan principios más concretos, que protegen derechos específicos. La concreción última de los principios se realiza mediante la acción de los tribunales, al ser aplicados a un caso concreto.

A pesar de que aquí se ha sostenido que lo que caracteriza a los principios es su grado de abstracción, independientemente de si se hallan o no contemplados a nivel normativo, no puede desconocerse que la formulación de un principio que no se halla regulado positivamente comporta una problemática específica, puesto que la labor jurisdiccional no se limita a la aplicación de un principio abstracto a un caso concreto, sino que incluye la propia formulación del principio. En el ámbito del derecho comunitario, el TJCE ha realizado una gran labor de formulación de principios que no encuentran una referencia en los textos normativos. Esto explicaría que la referencia a los principios generales del derecho se incluya habitualmente en calidad de fuente "no escrita" del derecho comunitario. Ello es particularmente constatable en materia de derechos fundamentales, en que el TJCE ha partido de una situación originaria de silencio de los Tratados.

Como señala SCHOCKWEILER²⁸, la amplia utilización de unos principios generales del derecho no explicitados normativamente en un sistema de derecho escrito, en el que los derechos y las obligaciones del individuo

²⁸ SCHOCKWEILER, F.: "Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois", en *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Cercle Michel Delvaux, Luxembourg, 1990, pp. 211-244, pp. 214-215.

deberían estar fijados con certeza en normas escritas, puede resultar sorprendente. Efectivamente, cabe preguntarse en virtud de qué un juez encargado de aplicar un ordenamiento codificado puede imponer el respeto de principios generales que no se encuentran enunciados formalmente en la ley. La respuesta a dicha pregunta podría consistir en afirmar que la codificación ha sido imperfecta y que ciertas reglas elementales no han encontrado una consagración legislativa escrita, pero esto equivaldría a aceptar la existencia de unos principios fundamentales superiores, de los que el derecho escrito no es más que su concreción, es decir, aceptar la existencia de un derecho natural pre-existente. Desde una óptica más positivista, podría pensarse que del conjunto de normas escritas de un ordenamiento pueden deducirse concepciones generales que permiten encontrar soluciones en caso de silencio de la ley.

La reflexión que aporta SCHOCKWEILER²⁹, sin entrar a profundizar en esta cuestión de filosofía del derecho, parte de constatar que, sobre todo en los países de tradición francesa, la noción de "principios generales del derecho" se encuentra esencialmente en el derecho administrativo. La explicación a este dato reside, para este autor, en que, al contrario del derecho civil, que tiene por objeto las relaciones entre particulares, el derecho administrativo, que regula las relaciones entre administrados y administración, no ha sido objeto de una codificación sistemática. Han sido, por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia las que han impulsado su elaboración de forma progresiva. De este modo, las jurisdicciones administrativas han tenido que definir paulatinamente las reglas que rigen la actividad de la administración y muy especialmente determinar los límites y condiciones de dicha actuación administrativa, conciliando las exigencias de interés público con el respeto de los derechos y de las libertades del individuo. Este autor considera que en el

²⁹ *Ibid.*

derecho comunitario se ha producido un fenómeno similar. Los Tratados CECA, CEE y CEEA han creado un nuevo ordenamiento jurídico con normas propias, situado bajo el control del TJCE, y hay que admitir que en muchos aspectos este ordenamiento jurídico se encontraba en un estado embrionario, especialmente en lo que se refiere a una reglamentación general que definiese los límites de la acción de los órganos de la Comunidad y las condiciones y las modalidades de su ejercicio, además de la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales. Ante esta situación, correspondía al TJCE, en el cumplimiento de su misión de asegurar el respeto del derecho, colmar tales lagunas³⁰.

El TJCE ha realizado dicha operación por medio de los principios generales, a partir de las concepciones que se supone subyacen al derecho comunitario y apoyándose en los principios comunes de los Estados miembros y el derecho internacional. Este recurso a reglas "externas" al ordenamiento comunitario se explicaría en el marco de las relaciones jurídicas que se establecen en el proceso de integración³¹. Los principios del derecho internacional pueden utilizarse en el plano comunitario entre otras cosas porque la Comunidad es una organización internacional creada a partir de un Tratado. El reenvío al derecho nacional (o mejor dicho, el conjunto de ordenamientos estatales tomado colectivamente) vendría legitimado por la propia especificidad del derecho comunitario³², que se integra en los ordenamientos internos de los

³⁰ También SPITZER señala que los principios generales del derecho comunitario tienen como objetivo la protección de los intereses legítimos de los ciudadanos comunitarios frente al interés público definido por el legislador, SPITZER, J.P.: "Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes", *Gazette du Palais*, 1986, (2º sem., doctrine), pp. 732-739, p. 733.

³¹ En este sentido, véase SCANDAMIS, *op. cit.*, pp. 151-153.

³² En la sentencia *AM & S*, el TJCE afirma: "...le droit communautaire, issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres, doit tenir compte des principes et des conceptions communs de ces Etats...", Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, as. 155/79, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, pp. 1575 y ss., p. 1610.

Estados miembros y que aspira a encarnar un patrimonio común, un derecho común europeo. Por tanto, el marco de integración en el que se mueve el derecho comunitario explica que tanto el derecho internacional como el derecho estatal común puedan aportar sus soluciones jurídicas, que de esta manera se "comunitarizan" y se aplican en adelante como principios del derecho comunitario. Esta legitimación general no es, sin embargo, suficiente: tiene que haber además una base legal en los Tratados que permita al TJCE la utilización de unos principios generales del derecho no escritos³³.

Respecto a esta fundamentación legal, hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, los Tratados comunitarios no enumeran expresamente cuáles son las fuentes de este ordenamiento jurídico. El artículo 164 del TCE dispone: "*El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*". La referencia al "derecho" en esta disposición es muy general e incluso ambigua. ¿Cuál es este derecho?. Por su parte, el artículo L del TUE establece:

"Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado:

a) disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica;

³³ GANSHOF VAN DER MEERSCH afirma que el TJCE no ha considerado indispensable, al menos aparentemente, justificar su recurso al derecho no escrito, *op. cit.*, p. 144.

- b) del tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3;
c) artículos L a S."

Estos dos artículos son lo más parecido que encontramos a una "regla de reconocimiento"³⁴ en el ordenamiento comunitario, y en ellos no se da una catálogo de fuentes, sino que se alude solamente a los Tratados.

Pero si el recurso a los principios generales no está previsto expresamente por los Tratados, no sólo no está prohibido, como ha señalado la doctrina y como se deriva de la jurisprudencia del TJCE, sino que de los términos de algunos de sus artículos se puede deducir el fundamento de su utilización. Así, hay que recordar en primer lugar, que los artículos 215 del Tratado CE y 188 del Tratado de la CEEA mencionan explícitamente los principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros, pero previendo su aplicación sólo para el ámbito de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades instituidas por los Tratados de Roma:

"En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros".

Para algunos autores la base legal para el recurso a los principios generales del derecho viene constituida por estos artículos, que deben entenderse como una regla general de habilitación que va más allá de las disposiciones específicas de los casos de responsabilidad extracontractual³⁵.

³⁴ En el sentido de HART, H.: *El concepto del derecho*, traducción al castellano de G. CARRIÓ, Editora Nacional, Segunda edición (reimpresión), Méjico, 1980, pp. 125 y ss.

³⁵ Por ejemplo, SCANDAMIS, *op. cit.*, p. 153.

En el ámbito concreto de los derechos fundamentales, se ha afirmado también que la competencia del Tribunal de Justicia para recurrir a las tradiciones constitucionales comunes en materia de derechos fundamentales encuentra su fundamento en una aplicación analógica de este artículo³⁶. Es decir, ante un supuesto de laguna en los Tratados, el Tribunal aplicaría analógicamente la solución prescrita por el artículo 215 para el régimen de la responsabilidad extracontractual, y acudiría a los ordenamientos de los Estados miembros y, en concreto, a sus tradiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales. Este razonamiento, sin embargo, presenta algunos problemas.

En primer lugar, si se examina la cuestión detenidamente, surgen algunas dudas acerca de hasta qué punto se puede hablar de analogía en este supuesto, al menos en el sentido más propio de la acepción. Generalmente se considera que la analogía es una operación que consiste en atribuir a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso similar regulado. La analogía presupone una semejanza entre los dos casos, que es lo que justificaría que se le aplicara la misma solución legal. Es decir, en la analogía las normas tienen distintas pero semejantes suposiciones de hecho y la misma consecuencia: existe, pues, una identidad de razón si y sólo si ambas normas son adecuadas al mismo fin. La analogía es una regla lógica típicamente jurídica y no formal, dado que aplica la finalidad de la norma, no su identidad. En palabras de BOBBIO:

"Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado

³⁶ Véase, por ejemplo, PETERSMANN, H. G.: "The protection of fundamental rights in the European Communities", *AE/EY*, 1975, pp. 179-206, p. 197. Por su parte, MANCINI se limita a señalar que el artículo 215 puede considerarse como "*el origen remoto*" de la fórmula "las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros", MANCINI, F.: "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, n° 1, pp. 1-16, p. 10.

similarmente, es necesario que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra"³⁷.

Pues bien, es difícil imaginar cuál puede ser la semejanza relevante que existe entre el régimen de responsabilidad extracontractual y los derechos fundamentales de las personas. Basar en un razonamiento analógico la aplicación del artículo 215 a parcelas del ordenamiento tan distintas a la responsabilidad extracontractual plantea, como mínimo, dudas.

Cabría preguntarse, sin embargo, si cuando se habla de analogía en relación al artículo 215 a lo que se está haciendo referencia en realidad no es a la analogía *legis* o analogía individual, sino a lo que se conoce con el nombre de analogía *iuris*, o, en la terminología de LARENZ, "analogía general"³⁸. La analogía *iuris* consiste en recurrir a los principios generales del derecho³⁹. Es decir, el argumento analógico se emplea para la determinación de la existencia y alcance de un principio general, que se extrae de varias disposiciones legales y que puede ser aplicado también a aquellos supuestos de hecho que la ley no ha regulado. Aplicando esta teoría a la cuestión que ahora nos ocupa podría sostenerse que esa referencia expresa del artículo 215 es la aplicación de una regla más amplia, según la cual la Comunidad está sometida a los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros⁴⁰.

³⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p. 247.

³⁸ LARENZ, *op. cit.*, p. 376.

³⁹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁰ En este sentido se podría interpretar la posición de J.V. LOUIS, cuando afirma que la Comunidad está sometida a los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros dado el carácter necesariamente incompleto del ordenamiento jurídico

Sin embargo, también en esta acepción se hace difícil hablar de analogía respecto del artículo 215. En primer lugar, porque se está ante la presencia de sólo una norma, no de un grupo de ellas. Y, en segundo lugar, porque aun suponiendo que se pueda afirmar que del artículo 215 se desprende un principio general del derecho comunitario según el cual el TJCE debe recurrir a los principios generales comunes a los Estados miembros, resulta que dicha formulación no es la que se encuentra precisamente en la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales. En efecto, el órgano comunitario ha afirmado que protege los derechos fundamentales porque forman parte de los principios generales del derecho (si bien es cierto que las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia comunitaria no son siempre coincidentes, refiriéndose, por ejemplo, en ocasiones a los principios generales del derecho sin más, y en otras se refiere a los principios generales del derecho comunitario), concepto legal que no siempre tiene que ser idéntico al de los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. Y es que en materia de derechos fundamentales, como se verá más adelante, el TJCE se refiere a las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración, y no la única, ya que recurre también en una medida muy importante al derecho internacional.

La afirmación de que el recurso por parte del TJCE a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, en general, a sus ordenamientos, se basa en una aplicación analógica del artículo 215 del Tratado CEE, además de las razones ya expuestas, choca con la realidad de otro dato. Y es que el TJCE ya utilizó este recurso de forma muy clara en sus primeras sentencias dictadas en el ámbito de la CECA, antes de la entrada en vigor del Tratado de Roma⁴¹.

comunitario, LOUIS, J.V.: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Col. Perspectivas Europeas, OPOCE, Luxemburgo, 4ª ed., 1991, p. 101.

⁴¹ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 12 de julio de 1957, ass. 7/56 y 3 a 7/57, *Mlle. Dinike Algera et autres contre Assemblée commune de la CECA*, Rec. 1957, pp. 81 y ss. En ella, ante una cuestión sobre la revocabilidad de los actos administrativos para la que no encuentra respuesta en el Tratado de París, el Tribunal se declara "...obligée de la

Parece preferible pues afirmar, con carácter general, que la fundamentación del recurso a los principios generales del derecho se vincularía a los artículos 164 y 173 del Tratado de la CE, y los correlativos de los otros Tratados. Según el primero de estos artículos, el TJCE asegura el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado. La generalidad de los términos empleados en esta disposición permite interpretar que el "derecho" incluye tanto el de carácter escrito como un supuesto derecho no escrito, que se desarrolla jurisprudencialmente. Para PESCATORE, por ejemplo, esta fórmula, que consagra el principio de respeto del derecho, significa que el TJCE no sólo tiene por misión asegurar la correcta aplicación de los Tratados, sino la labor de "asegurar el respeto del derecho", que es mucho más amplia: "*...la acción del Tribunal debe inspirarse no sólo en aquéllo que se halla formulado en los Tratados, sino en una concepción más general y, sobre todo, más fundamental de la regla de derecho. Esta misión comporta, para los jueces comunitarios, una gran libertad de buscar la inspiración para sus decisiones en una esfera que sobrepasa, y de lejos, la del derecho escrito*"⁴² .

Esta fundamentación, basada en el artículo 164, ha sido explícitamente recogida por el Abogado General WARNER en el asunto *Transocean Marine Paint*: "*...el derecho a ser oído forma parte integrante de los derechos que protege "el derecho" que se halla mencionado en el artículo 164 del Tratado*

résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres", Rec. 1957, p. 115. SCANDAMIS, que como se ha dicho antes también fundamenta el recurso a los principios generales del derecho en el artículo 215 del TCE, afirma que en el ámbito CECA el TJCE ha actuado por analogía con el TCEE, *op. cit.*, p. 153. Es difícil imaginar que en la sentencia *Algera* se actuara analógicamente con un precepto que no estaba en vigor.

⁴² En francés en el original: "*...la Cour doit inspirer son action non seulement de ce qui est formulé dans les traités, mais d'une conception plus générale et, surtout, plus fondamentale de la règle du droit. Cette mission comporte, pour les juges communautaires, une grande liberté de rechercher l'inspiration de leurs décisions dans une sphère qui dépasse, et de loin, celle du droit écrit*", PESCATORE, P.: "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *CDE*, 1968, n° 6, pp. 627-657, p. 642. Es preciso, sin embargo, añadir que la definición de lo que pueda consistir esta esfera, que sobrepasa el derecho escrito, puede resultar bastante problemática, a no ser que PESCATORE se refiera al derecho natural.

y que en consecuencia el Tribunal debe garantizar..."⁴³. También puede señalarse que la fórmula empleada en la jurisprudencia del TJCE relativa a los derechos fundamentales, que se refiere a los principios generales del derecho que el TJCE garantiza, recuerda a la fórmula del artículo 164, con lo cual se pone de manifiesto que los principios generales del derecho forman parte del "derecho" aludido en el artículo 164.

Por otro lado, el artículo 173 atribuye al TJCE el control de la legalidad de los actos de la Comisión y del Consejo respecto al Tratado y a "*toda regla de derecho relativa a su aplicación*", lo cual puede interpretarse en el sentido de que incluye también el así llamado derecho no escrito. Esta cuestión se había planteado ya en relación al artículo 33 del Tratado CECA, que serviría de base para la redacción posterior de los artículos concordantes de los Tratados de Roma; MATHIJSEN destaca que, en el sistema de la CECA, la doctrina, e incluso una de las delegaciones que participaron en la redacción del Tratado, admitían que en esta formulación se incluían los principios generales⁴⁴. Esta interpretación del artículo 173 ha sido explicitada por el propio Tribunal. Así, en el caso *Töpfer* se afirma :

"considerando que la parte demandante alega también que el reglamento atacado atenta contra el principio de la protección de la confianza legítima;

⁴³ En francés en el original: "...le droit d'être entendu fait partie intégrante des droits que protège "le droit", dont il est question à l'article 164 du Traité et dont en conséquence il est du devoir de la Cour assurer le respect....", Conclusiones del Abogado General WARNER presentadas el 19 de setiembre de 1974, as. 17/74, *Transocean Marine Paint contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 1083 y ss., p. 1090.

⁴⁴ MATHIJSEN, F.: *Le droit de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. Une étude des sources*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1958, p. 110; la delegación a la que se alude es la francesa.

considerando que el argumento deducido de la violación de este principio es admisible en el marco del recurso en virtud del artículo 173, al formar parte el principio en cuestión del orden jurídico comunitario, de modo que su desconocimiento constituiría una "violación del tratado o de toda regla de derecho relativa a su aplicación", en el sentido del artículo citado..."⁴⁵.

Por su parte, RUÍZ-JARABO, tras mencionar también los artículos 164 y 173 TCE como fundamento legal de la utilización de los principios generales del derecho, añade:

"La existencia de los principios generales del derecho comunitario se impone, en definitiva, por su propia configuración como ordenamiento jurídico autónomo. Y el Tribunal de Justicia los habría reconocido aunque no existieran los preceptos del Tratado a que se acaba de hacer alusión"⁴⁶.

Además de esta fundamentación general del recurso a los principios generales del derecho en los artículos 164 y 173 del TCE, el Tratado de la Unión Europea aporta una referencia expresa a los mismos en materia de derechos fundamentales. En efecto, el artículo F.2 establece:

"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

⁴⁵ En francés en el original: *"Attendu que la réquerante allègue encore que le règlement attaqué constituerait une atteinte au principe de la protection de la confiance légitime; attendu que le moyen tiré de la violation de ce principe est recevable dans le cadre d'un recours en vertu de l'article 173, le principe en question faisant partie de l'ordre juridique communautaire, de sorte que sa méconnaissance constituerait une "violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application", au sens de l'article cité"*, sentencia del TJCE de 3 de mayo de 1978, as. 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1978, pp. 1019 y ss., p. 1032.

⁴⁶ RUÍZ-JARABO, *op. cit.*, p. 173.

Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

Podría afirmarse que, con la inclusión de este artículo, a partir de ahora el TJCE, al menos en el ámbito de los derechos fundamentales, está obligado a recurrir a los principios generales del derecho. Sin embargo, se da la paradoja que dicho artículo está excluido de la competencia del TJCE. Efectivamente, del artículo L del TUE resulta claro que el Título I del TUE, que recoge las llamadas "Disposiciones comunes" entre las que se encuentra el artículo F.2, queda excluido de la competencia de TJCE; estas disposiciones no son, pues, justiciables. Ahora bien, como señala la profesora PÉREZ VERA, la declaración formal de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho implica necesariamente la posibilidad de su invocación y aplicación por el TJCE. Aceptar la existencia de unos principios generales del derecho no aplicables por los tribunales supondría una cierta *"incoherencia jurídica"*⁴⁷.

En nuestra opinión, el artículo F.2 debe considerarse como una ratificación de la línea jurisprudencial que ha seguido el TJCE. Por tanto, más que innovar, el TUE aporta un nuevo y mayor encaje normativo a la situación

⁴⁷ PÉREZ VERA, E.: "EL Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos", *RIE*, 1993, nº 2, pp. 459-482, p. 477. En este sentido también GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el artículo F en su propia redacción está llamado a surtir efectos precisamente en todas las materias que el artículo L considera derecho comunitario genuino. Para este autor, se habría producido "un efecto análogo al de *double renvoi*": el artículo L reenvía al artículo F para determinar la exclusión, pero el artículo F remite (al mencionar los principios generales del derecho comunitario) a toda la materia comunitaria originaria, para la cual es aplicable la jurisdicción del TJCE según el propio artículo L, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y Libertades*, 1993, nº 1, pp. 473-480, p. 480.

jurídica actual, al consagrarla formalmente⁴⁸. Así parece desprenderse también de la jurisprudencia reciente del TJCE, que en la sentencia *Bosman* ha mencionado el artículo F.2 en términos de "reafirmación" de su jurisprudencia anterior⁴⁹.

De todo lo dicho hasta ahora se podría concluir que es comúnmente aceptado que los Tratados comunitarios, además de contener la formulación de diversos principios generales, permiten al TJCE la formulación de principios que no están contemplados en su normativa. En ambos casos la obra de interpretación del juez es esencial, dado el carácter abstracto de estos principios, aunque en el segundo supuesto la labor constructiva de la jurisprudencia cobra especial relevancia. Esta actividad de interpretación del TJCE para concretar el contenido de los principios generales en materia de derechos fundamentales será analizada más adelante en este trabajo, aunque como señala KUTSCHER⁵⁰, las fuentes del derecho y los métodos de interpretación van estrechamente ligados.

1.2. Funciones y rango jerárquico de los principios generales del derecho.

El examen de los principios generales del derecho como fuente del derecho comunitario exige también analizar su papel dentro de la globalidad de

⁴⁸ Al respecto, véase CONSTANTINESCO, V.: "La structure du Traité instituant l'Union européenne. Les dispositions communes et finales. Les nouvelles compétences.", *CDE*, 1993, nº 3-4, pp. 251-284, p. 270.

⁴⁹ Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Jean-Marc Bosman*, no publicada, texto policopiado p. I-19.

⁵⁰ KUTSCHER, H.: "Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour", en *Rencontre judiciaire et universitaire. 27-28 septembre 1976*, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, pp. I-1 a I-53, p. I-7.

este ordenamiento jurídico: en particular, sus funciones y el rango jerárquico que ocupan en relación con otras fuentes del derecho comunitario.

Respecto a las funciones que los principios generales cumplen en el derecho comunitario, pueden señalarse básicamente tres. En primer lugar, una función interpretativa. Así, por ejemplo, el TJCE ha recurrido a los principios generales, no sólo a la hora de determinar el alcance de determinados términos legales técnicos utilizados en los Tratados, que son también conocidos en los ordenamientos de los Estados miembros, sino ante cualquier duda o problema en la interpretación de cualquier disposición del derecho comunitario.

En segundo lugar, los principios generales también cumplen la función de suplir posibles lagunas en el derecho comunitario. Mediante la aplicación de tales principios, el TJCE evitará pronunciar un *non liquet*. Como ejemplo, el caso tal vez más citado al respecto es el de la sentencia *Algera*, en la que el TJCE, tras constatar expresamente la inexistencia de una regulación comunitaria sobre la revocabilidad de actos administrativos generadores de derechos subjetivos, afirma lo siguiente:

*"El tribunal, so pena de cometer una denegación de justicia está, pues, obligado a resolver inspirándose en reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros"*⁵¹.

Por último, hay que señalar que los principios generales cumplen también una función de servir como parámetros para enjuiciar la validez de los actos

⁵¹ En francés en el original: "*La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres*", sentencia del TJCE de 12 de julio de 1957, *cit.*, Rec. 1957, p. 115.

adoptados por las instituciones comunitarias⁵². Un ejemplo, entre muchos otros, de declaración de invalidez de un acto de las instituciones por violar un principio general -en concreto el principio de proporcionalidad- lo constituye la sentencia *Bela-Mühle*⁵³.

Al hablar de las funciones de los principios generales en el derecho comunitario no hay que olvidar que éstos han tenido una gran importancia para delimitar el alcance de instrumentos legales (por ejemplo, el principio de que nadie puede prevalecerse de sus propias faltas ha servido para justificar, entre otros, el efecto directo de las directivas) y para el desarrollo constitucional (piénsese en los principios de proporcionalidad y cooperación en el marco de la definición de las competencias de la Comunidad y los Estados miembros)⁵⁴.

En el ámbito de los derechos fundamentales, se cumplen también las tres funciones enumeradas anteriormente. Así, la sentencia *Johnston* es una buena muestra de cómo el principio general que protege el derecho a una tutela jurisdiccional, derecho recogido en las constituciones internas y en el CEDH, fue utilizado por el TJCE para interpretar y delimitar el alcance del artículo 6 de

⁵² Esta última función no es recogida por algunos autores. Así, por ejemplo, para RUÍZ-JARABO, quien señala que los principios generales del derecho cumplen tradicionalmente una doble función, la supletoria y la inspiradora o informante y en el derecho comunitario los principios generales cumplen también una función más concreta: la de servir de medio o vehículo para la protección de los derechos fundamentales, RUÍZ-JARABO, *op. cit.*, p. 174. En nuestra opinión, es discutible que esto último pueda considerarse como una "función" de los principios generales, en el mismo plano que las otras mencionadas.

⁵³ Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, asunto 114/76, *Bela-Mühle Josef Bergamnn KG contre Grows-Farm GmbH & Co. KG*, Rec. 1977, pp. 1211 y ss. Hay que señalar que juntamente con esta función de constituir un parámetro de validez de los actos comunitarios, también puede considerarse que los principios generales funcionan como principios reguladores del comportamiento de los sujetos del derecho comunitario, en particular los Estados miembros (piénsese, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad); al respecto véase CAPOTORTI, F.: "Il diritto comunitario non scritto", *Dir. Com. Sc. Int.*, 1983, nº 1-2, pp. 409-429, p. 409.

⁵⁴ Al respecto véase VAN GERVEN, W.: "Fuentes del derecho de la Comunidad: los principios generales del derecho", *Foro internacional*, 1993, nº 2, pp. 206-220.

la Directiva sobre igualdad de trato⁵⁵. En cuanto a la tercera de las funciones que se ha señalado, es evidente que los principios generales del derecho deben ser respetados por las instituciones comunitarias y funcionan, por tanto, como parámetros para enjuiciar la validez de sus actos. Y por lo que respecta a la función de integración, se podría decir que los principios generales del derecho han sido utilizados por el TJCE para colmar la laguna de los Tratados, al no prever éstos una protección de los derechos fundamentales⁵⁶.

El tema del rango jerárquico de los principios generales del derecho dentro del sistema de fuentes comunitario queda un poco desdibujado en la relación que de este sistema de fuentes hace buena parte de la doctrina. En efecto, es habitual que al hablar de las fuentes del derecho comunitario se mencionen, en este orden, el derecho primario, el derecho derivado o secundario y los principios generales del derecho, enfatizando así la distinta naturaleza de estos principios, en tanto que fuentes no escritas, respecto a las otras fuentes. Con ello no queda claro a simple vista cuáles son las relaciones entre los principios generales del derecho y el derecho primario y el derecho derivado.

La mayoría de autores tiende a incluir los principios generales del derecho dentro del derecho primario, o, cuando menos, por encima jerárquicamente de los actos de las instituciones⁵⁷. Ello se deriva de la propia fundamentación que se encuentra para su aplicación en los Tratados (artículo 173), y de la práctica constante de la jurisprudencia de utilizarlos como parámetros de validez de los

⁵⁵ Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.

⁵⁶ Las cuestiones de interpretación e integración en el ámbito de los derechos fundamentales se abordarán con más detalle en el capítulo IV.

⁵⁷ Véase DAUSES, *op. cit.*, p. 410. También BROWN, L.N.: *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, Second Impression, 1991, p. 119.

actos de las instituciones comunitarias. De ahí que algunos autores consideren que los principios generales del derecho deben ser considerados como derecho primario, que se distinguiría de los Tratados solamente por su carácter de derecho no escrito. RUÍZ-JARABO, por ejemplo, afirma:

*"Dentro de las fuentes del derecho comunitario los principios generales tienen la consideración de derecho primario, pues encarnan valores, ya estructurales, ya ético-materiales, de extraordinaria importancia para el conjunto del sistema jurídico. Por otro lado, es práctica constante del TJCE la valoración de los actos comunitarios, que constituyen derecho derivado, a la luz de los principios generales del derecho; carecería de sentido que el Tribunal acudiera a los principios generales para decidir sobre la validez o invalidez de una norma de derecho derivado o para interpretar el sentido de sus preceptos, si aquéllos no constituyeran parte integrante del derecho primario"*⁵⁸.

Sin embargo, algunos pasajes de la jurisprudencia comunitaria permiten poner en duda la pertinencia de una afirmación generalizada, en el sentido de que todos los principios generales del derecho comunitario son susceptibles de imponerse jerárquicamente a los actos de las instituciones comunitarias⁵⁹. La pregunta radica entonces en cuál es el criterio que permite distinguir entre unos

⁵⁸ RUÍZ-JARABO, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁵⁹ Por ejemplo, respecto al principio de seguridad jurídica, en la sentencia *Variola* se afirma que la abrogación de un reglamento no implica, *salvo que exista una disposición válida en otro sentido*, la supresión de los derechos individuales nacidos en virtud de sus disposiciones, Sentencia del TJCE de 10 de octubre de 1973, as. 34/73, *F.lli Variola SpA contre Administration des finances italienne*, Rec. 1973, pp. 981 y ss., p. 991. También en torno a este principio, la misma excepción se mantiene en la sentencia *Belbouad*, en la que se puede leer: *"...el principio de seguridad jurídica, uno de cuyos imperativos exige que toda situación de hecho sea normalmente, y salvo indicación expresa contraria, apreciada a la luz de las normas de derecho que le son contemporáneas..."*, Sentencia del TJCE de 12 de octubre de 1978, as. 10/78, *Tayeb Belbouad contre Bundeskneppscheft*, Rec. 1978, pp. 1915 y ss., p. 1924.

y otros. Una primera distinción podría establecerse entre aquellos principios que protegen derechos fundamentales, cuya violación invalidaría siempre una norma de derecho derivado, y el resto de los principios. Sin embargo, este criterio no sirve para explicar todos los supuestos, ya que el TJCE ha utilizado como parámetros de validez de las instituciones principios que no ha relacionado expresamente con la protección de los derechos fundamentales, como el principio de confianza legítima.

Algunos autores han avanzado distintas hipótesis. Así, SCHERMERS distingue entre *compelling legal principles* y *regulatory rules common to the laws of the member States*:

*"La distinción entre los diferentes grupos de principios es importante porque los primeros priman sobre otros elementos del derecho comunitario, con la excepción de las disposiciones expresas de los Tratados. El resto de principios generales de los derechos nacionales o del propio derecho comunitario sólo se aplican en ausencia de otras fuentes del derecho comunitario"*⁶⁰.

Para este autor, los *compelling legal principles* se caracterizarían por ser parte del derecho natural, y por tanto, deben ser obedecidos independientemente de que se encuentren o no en el ordenamiento legal escrito. Sin embargo, además de los problemas que plantea la referencia al

⁶⁰ En inglés en el original: *"The distinction between the different groups of general principles of law is important as the principles of the first group [compelling legal principles] take priority over other elements of Community law, with the exception of the express provisions of the Treaties. Other general rules of national laws or of Community law itself are used only when no other sources of Community law are available"*, SCHERMERS, H.G.; WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer, Deventer, 5ª ed., 1992, p. 29.

derecho natural, el propio autor reconoce que este criterio no permite una distinción clara y tajante entre los dos tipos de principios generales.

Para SPITZER debe distinguirse en la manera en que el TJCE aplica los principios generales según que el acto atacado sea una regla de derecho "*de rango superior o de rango inferior*"⁶¹. Según este autor, en el primer caso el TJCE se muestra muy prudente a la hora de hacer prevalecer un interés individual en nombre de un principio general, contra un interés público importante. En la segunda hipótesis, en cambio, el TJCE aplica el principio de manera más favorable a los intereses privados. La aplicación también es distinta según los principios. El TJCE, a pesar de sus dudas, aplica los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, que tienen su origen en los Tratados, a actos de rango superior, incluso los adoptados por instituciones comunitarias. Este autor, sin embargo, no ofrece una definición de lo que debe entenderse por "norma de rango superior".

Aunque en una línea parecida, resulta más clara la explicación propuesta por AKEHURST⁶². Este autor parte de la constatación de que en los ordenamientos estatales son pocos los principios que se considera que pueden servir para invalidar actos legislativos adoptados por el órgano parlamentario, mientras que ello es frecuente para la legislación delegada y, sobre todo, para las decisiones administrativas. A partir de ahí, este autor afirma: "*Si un determinado principio puede invalidar un determinado acto en los ordenamientos de los*

⁶¹ SPITZER, *op. cit.*, pp. 732-733.

⁶² AKEHURST, M.: "The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *BYIL*, 1981, pp. 29-51, pp. 45 y ss.

Estados miembros, dicho principio debe considerarse apto para invalidar el correspondiente tipo de acto en el derecho comunitario"⁶³.

Evidentemente, esta hipótesis exige establecer un paralelismo entre los distintos actos de derecho derivado y la tipología normativa estatal. Para AKEHURST las decisiones comunitarias previstas en el artículo 189 del TCE (y correspondientes de los otros Tratados) serían equivalentes a decisiones administrativas. En cuanto a los reglamentos, este autor se inclina por considerarlos como legislación delegada, al no haber sido adoptados por un órgano parlamentario sino por el Consejo de ministros. Por tanto, cuando un determinado principio sea utilizado por los tribunales nacionales para invalidar normas de legislación delegada, el TJCE podrá "tomar prestado" dicho principio y considerarlo un parámetro de validez de los reglamentos comunitarios, independientemente si el principio en cuestión deriva de las constituciones de los Estados miembros o de otras fuentes de derecho nacional, como la legislación o la jurisprudencia.

Esta hipótesis es discutible, porque parte de una comparación o equiparación entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos que, en la actualidad, plantea muchas dudas. La estructura de fuentes y la naturaleza del derecho comunitario presentan unos rasgos característicos y unas especificidades que no se corresponden con los esquemas clásicos de tipología y jerarquía normativa que imperan en los ordenamientos estatales. En cualquier caso, la posición de AKEHURST tal vez pueda ser confirmada o rechazada en los próximos años, si se puede constatar que el TJCE restringe la utilización de ciertos principios para enjuiciar la validez de los actos adoptados por el Consejo

⁶³ En inglés en el original: "*If a particular principle is regarded as overriding a particular type of act in the laws of the member States, that principle should be regarded as overriding the corresponding type of act in Community law*", AKEHURST, *op. cit.*, p. 48.

y el Parlamento Europeo mediante el procedimiento previsto en el artículo 189 B, que podrían equipararse en mayor medida, aunque con muchas cautelas, a los actos legislativos nacionales.

En nuestra opinión, los principios generales del derecho deben considerarse incluidos en el bloque de legalidad que las instituciones comunitarias deben respetar en la adopción de normas de derecho derivado. Más allá de esta afirmación resulta difícil establecer un sistema rígido de jerarquía entre los principios generales, sino que el TJCE modula los efectos de su aplicación en función de las características propias de cada caso concreto y de los intereses, públicos y privados, que se plantean en cada contencioso. El diferente grado de abstracción de los principios es relevante también, puesto que existen principios de ámbito más general que otros, pudiéndose utilizar el criterio de especialidad.

Otra cuestión que se suscita en relación al rango jerárquico de los principios generales del derecho es la de su relación con el derecho primario, con los propios Tratados constitutivos de las Comunidades.

Algunos autores muestran, aunque con reservas, una tendencia a afirmar que los principios generales del derecho, o al menos algunos de ellos, se sitúan incluso por encima de los Tratados. Así, DAUSES afirma:

"Existen sólidos argumentos que indican que los principios elementales de derecho, que se basan en una idea más general del derecho y que forman parte de los pilares de cualquier sociedad, deben primar incluso sobre los tratados comunitarios; parecería, en efecto, incompatible con su

naturaleza de garantía fundamental, de carácter ético-jurídico, prepositiva y suprapositiva, que cualquier derecho positivo pudiera primar sobre ellos"⁶⁴.

Sin embargo, esta afirmación, de un marcado carácter iusnaturalista, no es ni mucho menos pacífica en la doctrina. Una gran mayoría de autores sostiene, por el contrario, que los principios generales del derecho no pueden utilizarse como parámetros de validez de los Tratados constitutivos. Sin embargo, la cuestión puede replantearse no ya en términos de validez, sino de interpretación⁶⁵. Ello es particularmente importante en el caso de los derechos fundamentales. DÍEZ PICAZO, tras afirmar que, "*salvo que se practique un tosco iusnaturalismo*", es insostenible afirmar que los derechos declarados en una Constitución son jerárquicamente superiores a las demás normas constitucionales, matiza que este problema resulta interesante "*en la medida en que ayuda a poner de manifiesto la cuestión de la relación existente entre los derechos fundamentales, reconocidos como principios generales, y el resto del derecho comunitario primario, o sea, los tratados institutivos. En otros términos, al igual que en derecho constitucional el privilegiado valor interpretativo de los derechos fundamentales es predicable también de la*

⁶⁴ En francés en el original: "*Des arguments de poids semblent indiquer que les principes de droit élémentaires, qui reposent eux-mêmes sur une idée plus générale du droit et font partie des piliers de toute société, doivent même avoir prééminence sur les traités communautaires; il paraîtrait en effet incompatible avec leur nature de garantie fondamentale, de caractère éthico-juridique, prépositive et suprapositive, qu'un droit positif quelconque prime sur eux*", DAUSES, *op. cit.*, p. 411.

⁶⁵ Véase en este sentido AKEHURST, *op. cit.*, pp. 29-30, y BROWN: "*In Community law, general principles may be invoked to interpret the treaty provisions, but they cannot prevail over the express terms of the Treaty. In the Sgarlata case, Case 40/64 [1965] ECR 215, the applicants sought to challenge Commission regulations fixing the reference prices for lemons and other citrus fruits. Faced with the objection that the application was inadmissible under Article 173 EEC as being directed against regulations rather than decisions, the applicants argued that if recourse to Article 173 were to be refused by reason of a restrictive interpretation of its terms, individuals would be deprived of all judicial protection under both Community law and national law, which would be contrary to the fundamental principles prevailing in all the Member States. Advocate General Roemer considered that this argument would require the Court not to interpret but to amend the treaty on this point and the Court agreed that the considerations invoked by the applicants could not be allowed to override the clearly restrictive wording of Article 173. Hence the application was inadmissible*", BROWN, *op. cit.*, p. 295.

interpretación de la Constitución misma, así en el derecho comunitario debería serlo de los tratados institutivos si la identificabilidad de los derechos fuera posible"⁶⁶.

También para GAJA⁶⁷ el posible conflicto entre un principio general en materia de derechos fundamentales y una norma del Tratado podría resolverse por la vía de la interpretación. Asimismo sugiere este autor que se puede tener en cuenta la afirmación, que hace el TJCE en su jurisprudencia, de que la protección de los derechos fundamentales debe hacerse "en el ámbito de la estructura y de la finalidad de la Comunidad"; esta indicación podría entenderse en el sentido de que los derechos fundamentales prevalecen sobre las normas de los Tratados siempre que no se ponga en peligro la estructura y la finalidad de la Comunidad, que representarían el "núcleo duro" de los Tratados. En nuestra opinión, sin embargo, los principios que protegen derechos fundamentales también se incluirían dentro del "núcleo duro" del derecho comunitario, por lo que su respeto debe garantizarse siempre, solucionando los posibles conflictos que pudieran surgir supuestamente con normas de los Tratados por la vía de la interpretación.

Hay que decir, sin embargo, que la distinción entre aplicación e interpretación no siempre es fácil⁶⁸. Un buen ejemplo de ello lo constituye la

⁶⁶ DÍEZ PICAZO, L.M.: "¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)", *REDC*, 1991, nº 32, pp. 135-155, p. 149.

⁶⁷ GAJA, G.: "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", en *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 621-634, p. 633.

⁶⁸ ROBLES utiliza el concepto de "declaración de invalidez implícita": "*Contémplese la hipótesis (ficticia) de que un precepto de uno de los tratados constitutivos atentara contra valores que se consideran básicos en la Comunidad (por ejemplo: derechos fundamentales) ¿no podría pensarse en la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia por la vía del artículo 177 a) (interpretación del Tratado con objeto de interpretar el hipotético precepto de tal modo que no atentara a los derechos fundamentales)? Si esto sucediera ¿no estaríamos ante una declaración implícita de invalidez del precepto, tal y como en su tenor*

sentencia "*Les Verts*"⁶⁹. En dicha sentencia el TJCE admitió la posibilidad de utilizar el recurso de anulación previsto en el artículo 173 del TCEE para impugnar un acto del Parlamento Europeo. El texto de dicho artículo establecía expresamente que se podía presentar dicho recurso contra actos de la Comisión y del Consejo. A pesar de ello, el TJCE admitió el recurso, basándose en la afirmación de que la CEE es una "comunidad de derecho", y por tanto ni los Estados ni las instituciones pueden sustraerse al control de conformidad de sus actos con los Tratados, y en una determinada "interpretación" del artículo 173: "*...Una interpretación del artículo 173 del Tratado que excluyese los actos del Parlamento europeo de aquellos que pueden ser impugnados conduciría a un resultado contrario tanto al espíritu del tratado, tal como queda expresado en el artículo 164, como a su sistema...*"⁷⁰.

Este mismo artículo 173 fue objeto también de una interpretación creativa en la sentencia conocida con el nombre de *Chernobyl*⁷¹. En este caso el TJCE reconoció, apartándose de una jurisprudencia anterior, la legitimidad activa del Parlamento Europeo en el recurso de anulación, a pesar de que el artículo 173 no contemplaba esta posibilidad. En esta ocasión el Tribunal se basó esencialmente en el principio del equilibrio institucional: "*El hecho de que en los Tratados no exista una disposición que confiera al Parlamento europeo*

literal venía expresado? Aunque se trata de un supuesto de ficción, la idea no es desechable, ya que apunta al mantenimiento de un conjunto de valores que, encarnados de manera técnico-jurídica en los principios generales del Derecho Comunitario, expresan el contenido ético insustituible y la estructura básica de la Comunidad. Los principios generales del derecho, o al menos los de mayor contenido ético-político, se pueden constituir de esta forma, dentro del esquema jerárquico de las fuentes del derecho, en una 'superconstitución' dentro de la Constitución que es el llamado Derecho primario", ROBLES MORCHÓN, op. cit., p. 107.

⁶⁹ Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Partie écologiste "Les verts" contra Parlamento europeo*, Rec. 1986, pp. 1339 y ss.

⁷⁰ Rec. 1986, p. 1366.

⁷¹ Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 1990, as. C-70/88, *Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Rec. 1990, pp. I-2041 y ss.

*la legitimación activa para interponer recursos de anulación puede constituir una laguna de orden procesal pero esta laguna no puede prevalecer contra el interés fundamental en que se mantenga y respete el equilibrio institucional definido por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas"*⁷².

En ambos casos, dada la claridad del texto del artículo 173 en materia de legitimación del Parlamento⁷³, es posible preguntarse hasta qué punto el TJCE, más que interpretar dicho artículo, lo que está haciendo es aplicar por encima de él una solución que le parece más correcta basándose en principios más generales como el respeto al derecho, o el equilibrio institucional. Podría pensarse, pues, que el TJCE también podría apartarse del texto de una disposición del Tratado para hacer prevalecer el interés general de la protección de los derechos fundamentales.

⁷² Rec. 1990, p. I-2073.

⁷³ Este artículo ha sido modificado en el Tratado de Maastricht, incorporando la jurisprudencia del TJCE respecto a la legitimación del Parlamento Europeo.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS POR EL TJCE Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta aquí se han examinado cuestiones generales relativas a los principios generales del derecho: su carácter de fuentes, sus funciones, su rango jerárquico. En el presente apartado se intentará analizar cuál es la relación que se da entre esta categoría y la de los derechos fundamentales. Para ello, puede resultar útil, en primer lugar, establecer una sistemática de los diversos principios aplicados por el TJCE. Este ejercicio puede contribuir a clarificar hasta qué punto los derechos fundamentales pueden considerarse o no una categoría específica en relación con el resto de principios generales del derecho.

2.1. Un intento de sistemática.

A lo largo de su jurisprudencia el TJCE se ha referido y ha aplicado una amplia gama de principios generales del derecho. Cabe efectuar una clasificación de los mismos atendiendo a diferentes criterios. Por un lado, los principios generales del derecho pueden clasificarse en función de sus orígenes; por otro, el criterio adoptado para la sistemática puede consistir en una clasificación a partir de los valores que dichos principios expresan, o dicho de otro modo, del contenido de los mismos.

Por lo que respecta a los orígenes de los principios generales del derecho que ha aplicado el TJCE, se partirá de una distinción básica entre los principios que el TJCE extrae de las normas que están inscritas en los textos legales comunitarios y otros principios. Según esta idea podrían establecerse dos grandes bloques:

a) los principios generales "exógenos" al derecho comunitario: se trata de aquellos principios que proceden de otros ordenamientos jurídicos. Dentro de este grupo se puede distinguir, a su vez, entre los procedentes del derecho internacional y los procedentes de los derechos internos de los Estados miembros.

Por lo que respecta al primero de estos grupos, se trata de principios sólidamente establecidos en el derecho internacional general, a los cuales se ha referido en diversas sentencias el TJCE. Podría decirse que la utilización del derecho internacional es totalmente lógica, sobre todo en materia de principios de interpretación, aunque sólo sea en razón de la naturaleza interestatal de los Tratados constitutivos⁷⁴. Sin embargo, hay que señalar que, especialmente en los primeros años, época en la que la principal preocupación que se puede detectar en la jurisprudencia del órgano judicial de Luxemburgo es la defensa de la especificidad del ordenamiento comunitario, el TJCE se mostró reticente a recurrir a los principios propios del derecho internacional. De hecho, bastantes de estos principios fueron declarados incompatibles con el sistema comunitario, y por tanto, no fueron recogidos por el TJCE⁷⁵. Por otro lado, también hay que decir que determinadas nociones que tienen una gran relevancia en el derecho internacional público, como la equidad o el principio de buena fe, no han revestido una especial trascendencia en el ámbito del derecho comunitario. El hecho que éste regule relaciones de integración entre los Estados, así como que se trate de un ordenamiento más institucionalizado, pueden explicar este dato.

⁷⁴ SIMON, D.: "Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?", *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1991, n° 14, pp. 73-86, p. 77.

⁷⁵ Por ejemplo, el principio de reciprocidad y la excepción *non adimpleti contractus* son inconciliables con el sistema centralizado de sanciones que instituye el derecho comunitario, Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1964, as. 90-91/63, *Commission de la CEE contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, Rec. 1964, pp. 1217 y ss., p. 1232.

A pesar de todo ello, la jurisprudencia comunitaria ha recogido algunos principios puntuales de derecho internacional, por ejemplo, principios aplicables en caso de contradicción entre obligaciones convencionales sucesivas⁷⁶ o la prohibición de que un Estado impida la entrada en su territorio a sus nacionales⁷⁷. Con toda seguridad, el ámbito jurisprudencial más significativo de utilización del derecho internacional es el que se refiere a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como se verá más adelante en el capítulo IV.

En cuanto a los principios generales procedentes de los derechos internos de los Estados miembros, hay que destacar que constituyen la principal fuente de principios generales del derecho comunitario. La importancia de este grupo de principios no es sin embargo meramente cuantitativa, en el sentido de la amplitud de su aplicación, sino también cualitativa, puesto que su utilización fomenta la integración jurídica, al establecer conexiones y puentes entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el ordenamiento comunitario⁷⁸. Su utilización en algunos supuestos viene requerida obligatoriamente desde el propio Tratado, en virtud del artículo 215.2 del TCE. En otros, es el TJCE quien decide recurrir a ellos. Los "grandes" principios del derecho comunitario pertenecen a esta categoría: seguridad jurídica, respeto de la confianza legítima, proporcionalidad, etc... La concreción de esta categoría de principios en materia

⁷⁶ Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 1962, as. 10/61, *Commission de la CEE contre République italienne*, Rec. 1962, pp. 7 y ss., p. 22.

⁷⁷ Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, Rec. 1974, pp. 1337 y ss., p. 1352.

⁷⁸ VERGÈS, J.: "Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire", en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 513-531, p. 518.

de derechos fundamentales se ha operado por la vía de la referencia a "las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros"⁷⁹.

b) los principios generales "endógenos": se trata de principios que encuentran su origen en el propio ordenamiento comunitario, en la filosofía fundamental de la construcción económica y jurídica que se ha desarrollado progresivamente sobre la base de los Tratados constitutivos. Se podrían citar, entre otros, el principio de no discriminación, el principio de solidaridad entre los Estados miembros, el principio de preferencia comunitaria, o el principio de equilibrio institucional.

Esta clasificación pone de relieve el eclecticismo de las fuentes de inspiración del TJCE en materia de principios generales. Para SIMON⁸⁰, ello deriva básicamente de la existencia de una contradicción fundamental, que debe considerarse inherente al sistema jurídico comunitario, que consiste en que éste se desarrolla a caballo entre la afirmación de su autonomía y el mantenimiento de su permeabilidad frente a normas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos, ya sea el derecho internacional o los derechos internos de los Estados miembros. Consecuentemente con ello, el TJCE procede a la "recepción" de principios derivados del derecho internacional y de los derechos internos de los Estados miembros por una parte, y por otra construye un cuerpo de principios deducidos de la lógica propia del derecho comunitario.

⁷⁹ GANSHOF VAN DER MEERSCH señala que la expresión "tradiciones" sorprende por su imprecisión jurídica y que, en realidad, debe considerarse como una referencia al régimen constitucional de los Estados miembros, por lo que, en el fondo, se trata de "principios generales comunes a los Estados miembros", GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 165.

⁸⁰ SIMON, *op. cit.*, p. 76.

La clasificación de los principios en dos grupos en función de sus orígenes que se acaba de exponer se encuentra recogida en buena parte de la doctrina, aunque deben reseñarse algunas variantes. Así, aunque también realiza una clasificación en dos grupos, SPITZER⁸¹ distingue entre aquellos principios que tienen un origen en los Tratados (igualdad de trato, proporcionalidad), y los que tienen un origen puramente jurisprudencial (seguridad jurídica y confianza legítima, confidencialidad). Se podría pensar que este segundo grupo equivale a los que antes se ha denominado "principios exógenos". La terminología usada por SPITZER presenta la ventaja de resaltar la libertad del juez comunitario en la "recepción" de principios de otros ordenamientos comunitarios y a la vez el hecho de que a partir del momento en que estos principios son aplicados por el TJCE son principios del derecho comunitario y no de otros ordenamientos jurídicos. Por su parte, BENEDETTELLI⁸², establece también una dicotomía básica entre aquellos principios que el TJCE extrae de las propias disposiciones del derecho escrito comunitario, mediante su interpretación sistemático-teleológica, y los principios que, por el contrario, proceden, a través del método comparativo, de una investigación sobre el contenido de los ordenamientos de los Estados miembros. Se observa, pues, una primera diferencia respecto a la clasificación anteriormente expuesta: la no inclusión de los principios procedentes del derecho internacional.

También hay que señalar que algunos autores incluyen, al hablar de los orígenes de los principios, una fuente general a la que aquí no se ha hecho referencia. Así, por ejemplo, CAPOTORTI⁸³ clasifica los principios según los

⁸¹ SPITZER, *op. cit.*, p. 733.

⁸² BENEDETTELLI, M.V.: *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, CEDAM, Padova, 1989, p. 91.

⁸³ CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 414.

"medios de revelación", y distingue tres grupos: la lógica jurídica, el conjunto del derecho comunitario (por ejemplo, el principio de solidaridad entre los Estados miembros), y la comparación de los ordenamientos de los Estados miembros. También ISAAC⁸⁴ hace referencia a los principios inherentes a cualquier sistema jurídico, que responderían a las exigencias del derecho y de la conciencia colectiva y entre ellos se citan los principios procesales y el de seguridad jurídica. Ahora bien, en nuestra opinión tanto la lógica jurídica como las exigencias del derecho se predicen necesariamente a partir de uno o varios determinados sistemas jurídicos. Por tanto, estos principios pueden subsumirse en los propios de los ordenamientos estatales o del derecho comunitario, a no ser que se crea que existe una entidad llamada "derecho" diferente de los ordenamientos jurídicos positivos.

Por último, VERGÈS⁸⁵ hace una clasificación tripartita, que distingue entre principios procedentes del derecho internacional, los principios generales "comunes a los derechos de los Estados miembros" y los principios generales que encuentran su origen en el ordenamiento comunitario⁸⁶.

Desde otra perspectiva, los principios generales pueden clasificarse en función de su contenido, del valor que expresan. A partir de esta visión de los principios como expresión de valores comunitarios, ROBLES⁸⁷ considera que

⁸⁴ ISAAC, G.: *Manual de derecho comunitario general*, supervisión de G.L. RAMOS RUANO, Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 176. Véase también BOULOUIS, J.: *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Montchrestein, Paris, 3ª ed., 1991, pp. 191-193.

⁸⁵ VERGÈS, *op. cit.*, pp. 517-518.

⁸⁶ En este punto es preciso señalar que dentro de este bloque el autor se está refiriendo a aquellas categorías a partir de las cuales se va configurando el desarrollo de la Comunidad Europea en cuanto poder público que actúa frente a sus administrados, y no incluiría, en cambio, los principios de "la Constitución económica" que vendrían a plasmar los "objetivos" esenciales a alcanzar por la Comunidad, VERGÈS, *op. cit.*, p. 518.

⁸⁷ ROBLES MORCHÓN, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

podría distinguirse entre tres tipos de principios generales del derecho comunitario:

a) Los principios generales del derecho comunitario que se inspiran en los valores del Estado de derecho. En este grupo se situarían, básicamente, el principio del respeto de los derechos fundamentales, el principio general de no discriminación, el principio general de seguridad jurídica, el principio de legalidad y el principio de irretroactividad.

b) Los principios generales del derecho comunitario que derivan de la propia naturaleza de la Comunidad Europea. Entre estos principios, este autor destaca los de efecto directo y primacía. Aunque estos principios generales del derecho no parezcan a simple vista vinculados a los derechos fundamentales, tienen sin embargo una gran importancia para su protección, ya que constituyen presupuestos sin los cuales no hubiera sido posible el desarrollo jurisprudencial de aquella protección.

c) Los principios generales del derecho específicos del mercado común, que se construyen alrededor del principio de libertad económica y se concretan en las libertades fundamentales del mercado. La libertad económica sería así un principio general del derecho comunitario que se deriva directamente de los Tratados y que junto con otros, como el principio de proporcionalidad y el principio de la buena fe, se centra en la regulación jurídica del tráfico económico.

También respecto a esta clasificación se encuentran algunas variantes en la doctrina. Así SIMON⁸⁸, en un intento de sistematizar, considera que los

⁸⁸ SIMON, *op. cit.*, p. 82.

principios generales en el ordenamiento comunitario se estructuran alrededor de los dos ejes básicos de un Estado de derecho, a saber: el derecho al juez (derecho a un proceso justo) y el derecho al derecho (seguridad jurídica y sus derivados: publicidad, motivación, buena fe, confianza legítima; proporcionalidad; igualdad). Por su parte VACCA⁸⁹ agrupa los principios generales del derecho aplicados por el TJCE en tres categorías: los relativos al procedimiento, los relativos a la certeza del derecho, y los relativos a la equidad.

También es preciso señalar que, partiendo de los criterios hasta aquí expuestos, es posible realizar clasificaciones eclécticas, es decir, que tengan en cuenta tanto los orígenes de los principios como los valores que expresan. Por ejemplo, en el seno de la categoría de principios procedentes de los derechos de los Estados miembros podría distinguirse (aunque señalando una obvia posibilidad de solapamiento) entre aquellos principios que hacen referencia a reglas "técnicas", necesarias para la administración de la justicia, o, en general, para el funcionamiento orgánico de un sistema jurídico (reglas sobre lo juzgado, sobre la eficacia en el tiempo o en el espacio de las leyes o de los actos administrativos, la tutela de la seguridad jurídica, etc...), y los principios de naturaleza "constitucional", caracterizados por su alto valor político, relativos a una organización "garantista" de los poderes en el seno de la Comunidad, coherente con las tradiciones de la cultura política liberal-democrática propia de los países que participan en el proceso de integración comunitaria, entre los que destacaría el respeto de los derechos fundamentales⁹⁰.

Y dentro del grupo de los principios propios del ordenamiento comunitario o "endógenos", SIMON distingue entre los principios estructurales

⁸⁹ VACCA, M.: "L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto", *RDE*, 1991, n° 2, pp. 339-349, p. 346.

⁹⁰ BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 93.

del derecho comunitario, que para él son los principios de libre circulación, de no discriminación, de libre competencia, y de preferencia comunitaria o unidad del mercado común⁹¹ y los principios generales de tipo constitucional, como el principio de respeto del reparto de competencias y poderes, del equilibrio institucional, principio de solidaridad entre los Estados miembros, uniformidad de aplicación y primacía del derecho comunitario.

Por su parte, BENGOETXEA⁹² hace una clasificación que también combina diferentes criterios. Considera que entre los principios generales del derecho comunitario se pueden identificar:

- los principios generales que definen la estructura legal comunitaria y las relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos estatales. Estos principios se encuentran en la jurisprudencia del TJCE o implícitos en los Tratados: principio de autonomía, de efecto directo, de primacía, etc...

- los principios fundamentales que aseguran la protección de los ciudadanos frente a la autoridad pública. Estos principios se encontrarían preferentemente en la jurisprudencia del TJCE.

- principios extraídos de los sistemas legales de los Estados miembros. Estos principios pueden considerarse supra-sistémicos en el sentido de que en teoría son comunes a varios sistemas legales, aunque en la práctica el TJCE escoge aquellos que encajan mejor con las necesidades o propósitos del derecho comunitario y del caso concreto en que los aplica. En este grupo se

⁹¹ En este punto sigue a PESCATORE, "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice...", *op. cit.*

⁹² BENGOETXEA, *op. cit.*, pp. 76-79.

situarían, entre otros, los principios propios del derecho administrativo y los derechos de defensa.

- principios a los que se les otorga una categoría especial dentro del conjunto del derecho comunitario, ya sea por su importancia para el sistema (como por ejemplo, el principio de libertad de circulación) o por su importancia axiológica (por ejemplo, el principio de no discriminación).

Todas las clasificaciones reseñadas hasta aquí constituyen un intento de sistematizar los principios generales recogidos en la jurisprudencia del TJCE. Sin embargo, es preciso aclarar que la distinción entre diferentes grupos de categorías, separadas en función del origen diverso de los principios que en ellos se incluyen o de los valores que expresan, no aparece de forma tan nítida cuando se examina la jurisprudencia del TJCE. Es decir, es habitual encontrar un principio general que podría inscribirse en varias categorías a la vez. Así, el principio general de no discriminación tiene manifestaciones particulares específicas en diversos artículos del Tratado CEE⁹³, pero, en la elaboración jurisprudencial de este principio general el Tribunal ha ampliado considerablemente el alcance del derecho comunitario escrito, integrando en él aspectos procedentes de los derechos nacionales, por lo que cabría considerarlo también como un principio general común a los Estados miembros. De hecho, es frecuente que el TJCE, para formular la existencia de un principio general, recurra a una fundamentación lo más amplia y completa posible. Por ejemplo, el principio que exige la existencia, en todo Estado miembro, de un recurso jurisdiccional contra las decisiones nacionales que afectan a un derecho conferido por el ordenamiento comunitario, según el Tribunal en la sentencia

⁹³ Artículos 6, 40.3, 48.2, 119, entre otros.

*Johnston*⁹⁴, encuentra su origen a la vez en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en los artículos 6 y 13 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos, y en algunas normas comunitarias, como el artículo 6 de la Directiva sobre igualdad de trato. Por tanto, cualquier clasificación se encontrará con la dificultad de expresar la riqueza y complejidad, incluso ambigüedad, de la jurisprudencia comunitaria.

A pesar de ello, a efectos de sistematizar, de las clasificaciones que se han recogido hasta aquí, en nuestra opinión destacaría la dicotomía entre los principios que son propios del ordenamiento comunitario, en el sentido que encuentran su origen y expresan la filosofía fundamental de la construcción económica, política y jurídica que han desarrollado las Comunidades, y los principios que el TJCE ha elaborado jurisprudencialmente recurriendo para ello a otros ordenamientos jurídicos. Esta distinción pone de manifiesto la importancia clave del TJCE en el desarrollo del derecho comunitario y el complejo nudo de interrelaciones que este ordenamiento establece con otros sistemas jurídicos. Ello es particularmente relevante en el ámbito de los derechos fundamentales, en el que el ordenamiento comunitario escrito no ofrece muchas posibilidades. Esta clasificación pone de manifiesto también que, en función de los criterios empleados para la misma, los principios que protegen derechos fundamentales no constituyen una categoría específica de principios, sino que se integran, junto con otros, en la sistematización realizada.

⁹⁴ Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, *cit.*

2.2. Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho.

Como se ha observado anteriormente, el TJCE, a partir de la sentencia *Stauder*⁹⁵ y ante la ausencia de un catálogo formal de derechos en los Tratados constitutivos, asumió la protección de los derechos fundamentales al afirmar que forman parte de los principios generales del derecho, cuya observancia es asegurada por el propio Tribunal.

A partir de esta afirmación es necesario preguntarse acerca de la relación entre ambas categorías y cuáles son las consecuencias de esta relación.

La primera observación que se impone al respecto es que si bien está claro que no todos los principios generales pueden reconducirse a la categoría de derechos fundamentales, es difícil determinar con exactitud cuáles son las diferencias jurídicas relevantes que se derivan del hecho de calificar un principio como protector de un derecho fundamental.

Algunos autores⁹⁶ han constatado que no existen muchas diferencias entre los principios generales que sirven de vehículo para proteger los derechos fundamentales y otros, ni por lo que respecta a sus funciones, ni a su rango jerárquico, ni a sus fuentes de inspiración o métodos de investigación. Es más, algunos principios han sido aplicados en ocasiones como protectores de un derecho fundamental y en otras, al aplicar el TJCE el mismo principio, no se ha hecho ninguna referencia a este tema. Por ejemplo, en la sentencia

⁹⁵ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, *cit.*

⁹⁶ Véase, por ejemplo, AKEHURST, *op. cit.*, p. 41 y ss.

*Internationale Handelsgesellschaft*⁹⁷ el TJCE incluye el principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales. En este asunto el TJCE examinó si el sistema de finanzas para la exportación previsto en un reglamento del Consejo violaba el principio de proporcionalidad y, al concluir que se había respetado, afirmó que el régimen de fianzas "...no atenta contra ningún derecho fundamental"⁹⁸. Por el contrario, dicho principio no se ha relacionado con los derechos fundamentales en otras sentencias. Así, en la sentencia *Atalanta*⁹⁹ el TJCE, ante la dificultad de conciliar dos disposiciones claramente contradictorias, descarta una de ellas basándose en que es contraria al principio de proporcionalidad. También en la sentencia *Buitoni*¹⁰⁰ el TJCE invalida la sanción prevista por un reglamento de la Comisión en caso de no respeto del término de presentación de pruebas de importación por ser contrario al principio de proporcionalidad. En ambas sentencias no se menciona en ninguna ocasión el término "derechos fundamentales". Ejemplos parecidos pueden encontrarse respecto al principio de igualdad¹⁰¹, y *audi alteram partem*¹⁰².

97 Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, as.11/70, *Internationale Handesgesellschaft mbH contre Einfuhr-und Vorrastelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

98 Rec. 1970, p. 1138.

99 Sentencia del TJCE de 21 de junio de 1979, as. 240/78, *Atalanta Amsterdam BV contre Produktschap voor Vee en Vlees*, Rec. 1979, pp. 2137 y ss.

100 Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, as. 122/78, *SA Buitoni contre Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, Rec. 1979, pp. 677 y ss.

101 Véase la sentencia de 19 de octubre de 1977, ass. 117/76 y 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollant Hamburg St., Diamlt AG contre Hauptzollant Itzehoe*, Rec. 1977, pp. 1753 y ss., en la que se declara el principio de igualdad como "fundamental", en comparación con la sentencia del TJCE de 29 de marzo de 1979, as. 113/77, *NTN Toyo Bearing contre Conseil des Communautés*, Rec. 1979, pp. 1185 y ss., en la que el mismo principio no recibe ningún calificativo.

102 Mientras que en la sentencia *Transocean Marine Paint* (Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 1974, as. 17/74, *Transocean Marine Paint Association contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 1063 y ss.) el derecho a ser oído no se declara expresamente como un principio fundamental, sí se hace en la sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1979, pp. 461 y ss.

En todos estos supuestos, tanto si el derecho aparece en la jurisprudencia contemplado como de carácter fundamental como si no recibe dicha calificación, el TJCE examina la violación de estos derechos, y en caso de se produzca el efecto es la invalidez de la norma comunitaria que los infringe. Por tanto, la función y el rango de estos principios parece que sea el mismo.

A partir de estas observaciones podría considerarse que el TJCE ha utilizado la categoría de los principios generales del derecho como vehículo para proteger derechos de los particulares, algunos de los cuales, en función del contencioso en concreto y de criterios materiales, son calificados como fundamentales. Es decir, los principios que protegen derechos fundamentales no se distinguen *formalmente* de otros principios, sino *materialmente*¹⁰³. En todo ello hay que tener en cuenta el contexto jurídico-político en el que surge la protección comunitaria de los derechos fundamentales. Ante el silencio de los Tratados y la "rebelión" de los Tribunales Constitucionales, el TJCE necesitaba poner énfasis en la protección de los derechos fundamentales y en que los principios generales que los protegían se inspiraban en las Constituciones nacionales y los tratados internacionales. Ello podía dar pie a pensar que se estaba operando una distinción respecto a otros principios generales del derecho que el TJCE también aplica, distinción que desde un punto de vista formal es más que dudosa.

Sin embargo, la sentencia *Hoechst*¹⁰⁴ parece apuntar a que los derechos fundamentales constituyen una categoría específica, que cabe diferenciar de otros principios. En efecto, en esta sentencia el TJCE establece una distinción

¹⁰³ Esta cuestión enlaza con la conceptualización de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, que se abordará más detalladamente en el cap. V.

¹⁰⁴ Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2859 y ss., p. 2924.

entre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que no puede predicarse para las personas jurídicas, y el principio general que excluye las intervenciones públicas de carácter desproporcionado o arbitrario en la esfera privada de cualquier persona. Lo que no aclara la sentencia es qué consecuencias jurídicas, distintas de las que establece la sentencia, hubiese tenido la aceptación de la existencia de un derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio de las personas físicas. Para RODRÍGUEZ IGLESIAS¹⁰⁵ ello hubiese exigido la definición por parte del TJCE de un estándar comunitario de protección, en lugar de remitir, como hace la sentencia, al estándar de los derechos internos. El propio autor reconoce que esta hipótesis, si bien no está en contradicción con ella, no encuentra ningún apoyo en la jurisprudencia del TJCE¹⁰⁶.

Por tanto, de todo lo dicho se podría concluir que los principios generales son el vehículo que ha utilizado el TJCE para proteger los derechos de los particulares en general y que es una cuestión abierta la determinación de las consecuencias jurídicas que conlleva la calificación de uno de estos derechos como fundamental.

Una segunda cuestión que debe analizarse en este apartado es las implicaciones que encierra el hecho que el TJCE haya recurrido a la categoría de los principios generales para proteger los derechos fundamentales.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, en la Sede de la Universidad en Getafe*, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1993, pp. 201-233, p. 220.

¹⁰⁶ Sobre este tema se volverá más adelante, en el capítulo V.

Hay que señalar que la operación desarrollada por el TJCE, es decir, el reconocimiento de derechos no escritos por la vía de principios, presenta elementos en común con otras jurisdicciones constitucionales. Una de las grandes tendencias de los Tribunales Constitucionales europeos, que se ha desarrollado en las últimas décadas, es la de asegurar a los particulares una protección de sus derechos fundamentales cada vez más amplia y fuerte¹⁰⁷. En esta óptica, el juez constitucional tiende a actualizar el catálogo de derechos fundamentales. La presencia de lagunas en la Constitución y el contexto institucional en el que se enmarca el juez constitucional son las condiciones más o menos favorables a la consagración de derechos no escritos¹⁰⁸.

En este sentido, tal vez el caso paradigmático sea el francés. La práctica tanto del Consejo de Estado francés como, más recientemente, del Consejo Constitucional, ha desarrollado a fondo la teoría jurisprudencial de los principios generales del derecho y, en conexión con ella, la defensa de las libertades públicas, llegando a configurar lo que ha venido a llamarse "una nueva categoría constitucional"¹⁰⁹.

107 Véase, en general, FAVOREAU, L.(dir.): *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, traducción al castellano de L. AGUIAR LUQUE y M.G. RUBIO DE CASAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

108 Véase PONTTHOREAU, M.C.: *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnelle*, Economica, Paris, 1994, p. 32.

109 De gran importancia al respecto es el texto de la Decisión del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971, en uno de cuyos párrafos se puede leer: "Vista la Constitución, y sobre todo su Preámbulo [...] Considerando que hay que emplazar el principio de la libertad de asociación dentro de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Constitución;...". Sobre esta decisión puede consultarse PECES-BARBA, G.: "La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", en *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 101-131, especialmente pp. 115-124 y RIVERO, J.: "A modo de síntesis" en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 663-682.

No parece descabellado pensar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades haya adoptado la fórmula francesa de protección de los derechos fundamentales cuando se ha encontrado ante una situación muy similar a la que los altos organismos jurisdiccionales franceses tenían ante sí: la Constitución francesa no dispone de un catálogo de derechos, sino una remisión a otros textos en esta materia¹¹⁰.

También puede citarse el caso suizo. Como señala OEHLINGER¹¹¹, el Tribunal federal suizo, ante la dispersión de los derechos en la Constitución, define en gran medida cuáles son los derechos constitucionales que deben protegerse. Algunos de ellos, como la libertad de opinión, no figuran en el texto de la Constitución federal suiza, pero son reconocidos por el Tribunal federal como derechos constitucionales no escritos. El Tribunal justifica su actitud por el hecho de que su función consiste en garantizar los fundamentos del Estado de derecho, democrático y liberal.

Ciertamente esta situación contrasta con la de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un catálogo de derechos expresamente establecidos como fundamentales a nivel constitucional. Pero incluso también en estos supuestos, el juez constitucional puede desarrollar una labor de ampliación del catálogo escrito. El Tribunal Constitucional italiano, por ejemplo, ha reconocido

¹¹⁰ ROBLES MORCHÓN, *op. cit.*, p. 136. El autor señala además que en la doctrina jurídica francesa la noción de derecho subjetivo, desde la obra de Duguit, ha sido una noción marcada por el descrédito, a diferencia de la doctrina jurídica alemana, en la cual existe una importante y profunda elaboración del concepto de derecho subjetivo, con particular interés para el derecho público subjetivo.

¹¹¹ OEHLINGER, T.: "Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales. Tribunal constitucional austríaco", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 475-533, p. 476.

derechos de segunda y tercera generación no explicitados en su Constitución¹¹².

En ambos casos el recurso a los principios es la técnica justificativa preferida por las jurisdicciones constitucionales, puesto que su alto valor persuasivo los convierte en un mecanismo capaz de dotar de una gran legitimidad a la labor del juez, que los presenta no como fruto de una creación jurisprudencial del derecho, sino como del "descubrimiento" del derecho. Los principios remiten a valores y más en concreto a valores fundamentales de la sociedad. Su flexibilidad otorga al juez constitucional un importante margen de maniobra.

Las consecuencias jurídicas del reconocimiento de los derechos por la vía de un catálogo o por la vía de principios no escritos no deben verse necesariamente como antagónicas. Ello es así particularmente si se parte de un concepto de principios, como se ha hecho anteriormente, que no se distingue de las normas en cuanto a su grado de obligatoriedad, sino en el modo en que se configura dicha obligación. En un caso, ante la carencia de norma constitucional escrita, se recurre a los principios generales del derecho como vehículo normativo. En el otro, se parte de una norma de derecho constitucional expresamente establecida.

En nuestra opinión, la afirmación contenida en la jurisprudencia del TJCE de que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales no debe entenderse como una opción conceptual sobre cómo deben

¹¹² Véase PONTHEOREAU, *op. cit.*, p. 88 y ss. Por contra, en Austria el juez constitucional se niega a realizar cualquier interpretación constructiva de la Constitución. Según OEHLINGER, "aun en el caso de que el propio Tribunal Constitucional considere expresamente la ausencia de una norma constitucional como un defecto, transmite la tarea de remediar esta 'laguna' al legislador constitucional y no se declara competente para sustituirle", OEHLINGER, *op. cit.*, p. 476.

categorizarse los derechos fundamentales. Una opción de este tipo puede encontrarse en ALEXY, quien sostiene que las normas de derechos fundamentales tienen un componente de principio, es decir, un componente susceptible de ponderación, por lo cual el alcance preciso de un derecho se debe determinar en función de las circunstancias del caso concreto¹¹³. Por su parte, ARA PINILLA establece una disyuntiva entre considerar los derechos humanos como derechos subjetivos o como principios generales del derecho, y afirma que esta segunda posibilidad encuentra un respaldo jurisdiccional en el caso francés y en el caso del TJCE¹¹⁴. En nuestra opinión, sin embargo, la jurisprudencia del TJCE no puede verse como una opción conceptual en favor de configurar los derechos fundamentales como principios y no como derechos subjetivos. El TJCE recurre a la categoría de los principios generales del derecho porque es la única vía jurídica posible ante la ausencia de normas expresas en los Tratados.

Por tanto, cuando el TJCE declara que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho, no está afirmando que los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario son principios, y que ello conlleva consecuencias jurídicas distintas. Su afirmación debe entenderse en el sentido de que en el ordenamiento comunitario existen principios que exigen el respeto de los derechos fundamentales, y que, por tanto, son invocables por los particulares, que pueden exigir la salvaguarda de los mismos. En la sentencia *Defrenne*¹¹⁵ el TJCE afirma que el hecho que el artículo 119 del TCEE utilice el término "principio" no puede utilizarse para

¹¹³ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de E. GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81-135.

¹¹⁴ ARA PINILLA, I.: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 33-38.

¹¹⁵ Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, *cit.*

reducirlo al rango de una indicación vaga, y que no es obstáculo para declarar el efecto directo de dicho artículo, con lo cual las jurisdicciones internas deben proteger los derechos que esta disposición confiere a los justiciables.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, la técnica de los principios generales plantea algunos problemas respecto al alcance y efectividad de la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, hay que hacer una referencia, con carácter previo, a lo que se ha venido a llamar "la doble faz de los derechos fundamentales"¹¹⁶.

Esta distinción pone de manifiesto que los derechos fundamentales pueden operar en un doble sentido, como derechos subjetivos y como valores objetivos. Como derechos subjetivos, los derechos fundamentales representan "*facultades que el ordenamiento reconoce a los individuos para la protección de ciertos intereses de los mismos (ámbitos de libertad e inmunidad, participación en determinados asuntos, prestaciones exigibles de los poderes públicos)*"¹¹⁷. Como valores objetivos, "*los derechos fundamentales encarnan ciertos bienes jurídicos básicos que el ordenamiento debe tutelar en general, abstracción hecha de las concretas situaciones en que se hallen los individuos*"¹¹⁸.

El aspecto subjetivo de los derechos fundamentales requiere la existencia de mecanismos de protección jurídica de los que puedan disponer los particulares. Por lo que se refiere a la vertiente objetiva, los derechos fundamentales deben poder operar como parámetro de validez de los actos de

¹¹⁶ Para esta distinción, que tiene su origen en el derecho constitucional alemán, se seguirá básicamente a DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

los poderes públicos cuya actuación deben inspirar, así como desplegar sus efectos interpretativos respecto a la totalidad de un ordenamiento jurídico.

La protección que el TJCE ha ofrecido y ofrece de los derechos fundamentales puede considerarse que cubre tanto el aspecto subjetivo como el objetivo. Sin embargo, se ha señalado que dicha protección no está exenta de carencias; carencias que se derivan en gran parte del hecho de haber tenido que configurar los derechos fundamentales como principios generales, habida cuenta de la falta de una declaración de derechos en los tratados constitutivos.

La crítica principal radica en la falta de certeza jurídica que implica la técnica de los principios generales. Así, algunos autores han llegado incluso a sostener que los derechos fundamentales en el orden comunitario difícilmente pueden considerarse auténticos derechos subjetivos:

"...los derechos fundamentales [en el ordenamiento jurídico comunitario] prácticamente no funcionan como genuinos derechos subjetivos; y ello, porque, ante la falta de un reconocimiento previo al momento litigioso, no puede decirse que los particulares gocen de ciertas facultades de hacer, participar o recibir, que sólo en caso de ser desconocidas puedan ser hechas valer ante el TJCE. En pocas palabras, antes de que en cada caso se pronuncie el propio TJCE, no existe derecho fundamental alguno. Pero es más: esta pura determinación jurisprudencial de los derechos fundamentales conlleva dos ulteriores consecuencias. De un lado, no existe a priori un mínimo de certidumbre acerca de qué derechos fundamentales ostentan los individuos y cuál es el contenido razonablemente presumible de aquéllos; y es claro que, por más que se quiera dar relevancia a la función creadora del Juez, esta situación es cualitativamente diferente de la que existe en cualquier ordenamiento provisto de una declaración de

*derechos. De otro, tampoco existe un marco mínimo que encauce y dote de sentido a la actividad jurisprudencial misma, de suerte que no sólo el TJCE es libre de decidir qué aspiraciones son dignas de ser elevadas a la categoría de derechos fundamentales, sino que, además, ello depende en gran medida de qué demandas han logrado, por razones que no siempre tienen que ver con su mérito sustancial, llegar ante él; y, de esta manera, el cuadro de los derechos fundamentales claramente reconocidos por el TJCE es, sin duda, fragmentario"*¹¹⁹.

La indeterminación ha sido también la principal causa de la crítica realizada respecto a la vertiente objetiva de los derechos fundamentales. Ciertamente los principios generales cumplen una función de servir como parámetros tanto para enjuiciar la validez de los actos de las instituciones como para interpretar el derecho comunitario. Sin embargo, la falta de certeza puede señalarse como una dificultad grave a la hora de que los derechos fundamentales sirvan de guía para la actividad hermenéutica.

Se trata, en definitiva, de reconocer que la previsibilidad de los derechos es una condición necesaria para su ejercicio. Ciertamente la categoría de los principios conlleva un grado de flexibilidad e incertidumbre mayor que otras fuentes normativas. Sin embargo, no hay que olvidar que toda aplicación del derecho exige una importante y creativa labor de interpretación. Por ello, la motivación y la argumentación de las decisiones judiciales son un factor de legitimidad tanto o más importante que los fundamentos legales en los que se basan. En los casos en que dicho fundamento legal consiste en la aplicación de un principio general no escrito aún será más necesario acudir a la argumentación para establecerlos, puesto que es a través de ésta como se hacen accesibles. El

¹¹⁹ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 148.

TJCE, en materia de derechos fundamentales, ha mostrado en su jurisprudencia una explicación de la metodología en la que se basa para afirmar que un determinado derecho fundamental forma parte de los principios generales que garantiza y protege. Habrá que examinar si dicha argumentación, que analizará en las páginas que siguen, puede paliar la criticada falta de certeza.

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN DEL TJCE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. I: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

La tarea de aplicación de un ordenamiento jurídico por parte de los órganos jurisdiccionales exige una actividad de interpretación y una justificación jurídica de sus decisiones. Tradicionalmente la actividad judicial se ha descrito en términos silogísticos, es decir, en términos de justificación deductiva. Sin embargo, actualmente es ampliamente aceptado que el razonamiento deductivo tiene sus límites y no es útil para explicar la actividad que realiza un juez en buena parte de los casos. En el campo de la argumentación jurídica se suele distinguir entre los casos fáciles y difíciles: estos últimos son precisamente aquéllos en los que la justificación deductiva no resulta suficiente para explicar la actividad que lleva a cabo el órgano jurisdiccional. ATIENZA¹ recoge la división cuatripartita de los casos difíciles que hace MACCORMICK, según se trate de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación.

Según este autor, los problemas de interpretación se dan cuando está claro cuál es la norma que tiene que aplicarse a un caso concreto, pero dicha norma puede ser objeto de más de una lectura. Los problemas de relevancia, en cambio, plantean una cuestión que puede considerarse previa a la interpretación; es decir, los problemas de relevancia se refieren, no a cómo debe

¹ ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Cuadernos y Debates nº 31, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 138-139.

interpretarse una determinada norma, sino a si existe una norma aplicable al caso. Los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor. Para ATIENZA, "*probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado*"². Por último, los problemas de calificación o de "hechos secundarios" se plantean "*cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma*"³. Este último supuesto puede plantearse también como un problema de interpretación.

Siguiendo este planteamiento, podría afirmarse que los casos relativos a los derechos fundamentales que ha conocido el TJCE pueden calificarse como casos difíciles, puesto que presentan problemas de interpretación o de relevancia (la problemática relacionada con las cuestiones de hecho presenta un interés menor para el tema que se está tratando aquí). En efecto, como se ha visto en los capítulos anteriores, ante la ausencia de referencias expresas en los Tratados, el TJCE ha protegido los derechos fundamentales a través de los principios generales del derecho, algunos de ellos formulados a partir de determinadas disposiciones de derecho comunitario (problemas de interpretación) y otros que no encuentran apoyo en ninguna norma escrita comunitaria (problemas de relevancia).

La formulación y aplicación de dichos principios requiere una labor de construcción y concreción para llegar a adoptar una decisión para un caso concreto. El examen de dicha labor plantea dos órdenes de cuestiones. En

² ATIENZA, *op. cit.*, p. 139.

³ *Ibid.*

primer lugar, es preciso situar la obra jurisprudencial en materia de derechos fundamentales dentro del marco de la naturaleza y la función de la interpretación judicial, tanto a nivel general como en el caso específico del ordenamiento comunitario. A pesar de que un análisis exhaustivo de esta temática sobrepasa las posibilidades del presente trabajo, es conveniente realizar algunos comentarios al respecto para poder dilucidar la legitimidad de la construcción realizada por el TJCE en materia de derechos fundamentales. En segundo lugar, debe examinarse la metodología que ha seguido el TJCE para llegar a afirmar la protección de un determinado derecho fundamental. En unos casos ello exigirá analizar los procedimientos que el TJCE utiliza para la interpretación del derecho comunitario. En otros, la manera cómo el TJCE ha realizado una operación de integración del ordenamiento comunitario, ante la ausencia de una norma escrita aplicable al caso.

Por razones sistemáticas y de espacio, el estudio de estos temas se ha dividido en dos capítulos. En el presente se abordarán las cuestiones relativas a la interpretación, tanto las generales como las que hacen referencia a los procedimientos seguidos en el ámbito de los derechos fundamentales, así como la problemática relativa a la integración del derecho comunitario. En el capítulo siguiente se examinará la metodología que ha seguido el TJCE para la integración del derecho comunitario en el caso concreto de los derechos fundamentales.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR EL TJCE: PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1. La actividad de interpretación de los órganos jurisdiccionales.

Tradicionalmente se ha intentado hacer abstracción del papel decisivo que el juez desempeña en la aplicación del derecho. La concepción clásica del formalismo jurídico parte del modelo silogístico para explicar la labor jurisdiccional⁴. Según esta concepción la tarea del juez es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable el juez entonces debe rechazar la demanda. En el derecho no existen casos difíciles, porque todo lo que no está prohibido está permitido. El juez al interpretar se limita a constatar el derecho y extraer la consecuencia lógica de la regla aplicable. Ello lo hace además siguiendo unas reglas de interpretación obligatorias. Su tarea se reconduce a una operación casi mecánica. El juez es un mero ejecutor de la ley, a la que está vinculado y subordinado.

Esta vinculación del juez a la ley, que encuentra sus orígenes en el pensamiento jurídico-político de la Revolución francesa, cobra un gran auge con la codificación⁵: los grandes cuerpos legales hacen más visible el conjunto de normas prescritas al juez según las cuales ha de decidir los casos que se le presentan, normas que le vinculan, puesto que éste lo que debe hacer es exclusivamente subsumir el caso en la norma del código. Como señala

⁴ Para un resumen de los planteamientos formalistas y sus críticas se ha acudido a PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁵ Al respecto véase HASSEMER, W.: "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", traducción al castellano de M.V. MARTÍNEZ BRETONES, en KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (ed.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición española a cargo de G. ROBLES, Ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 200-217.

HASSEMER, *"la codificación de grandes sectores del derecho (derecho civil, derecho penal, derecho procesal) significó, tras un largo periodo de dispersión jurídica, la posibilidad de una jurisprudencia "segura", con todas sus consecuencias para la protección de los derechos de los ciudadanos"*⁶. Parecería que se había alcanzado el ideal de la seguridad jurídica: las decisiones jurídicas concretas en cada caso son predecibles, puesto que derivan de manera lógica y exclusiva de la norma jurídica dictada previamente y conocida.

Sin embargo, actualmente esta concepción, según la cual la decisión judicial deriva unívocamente de la norma codificada, ha quedado superada. Hoy es casi ya un tópico afirmar que el juez, en su tarea de aplicación del derecho, tiene un margen de actuación o enjuiciamiento *"no cubierto por el conjunto de normas jurídicas válidas dentro del Estado, o al menos no cubierto de una manera unívoca"*⁷. No es posible desconocer la vaguedad y la porosidad de los conceptos legales, ni que los hechos a los que se aplican tampoco son "puros". Es preciso, pues, una actividad de interpretación que necesariamente comporta una conformación valorativa de la norma. Por otro lado, la codificación no puede agotar las posibilidades de la vida social; los textos envejecen y deben ser aplicados a circunstancias cambiantes. Por ello actualmente existe un gran consenso en reconocer que el juez realiza una importante contribución al desarrollo del ordenamiento jurídico: su labor no es mecánica puesto que la aplicación del derecho no puede describirse como una simple operación lógica, consistente en deducir una consecuencia jurídica a partir de una norma jurídica preestablecida, al menos en algunos casos.

⁶ HASSEMER, *op. cit.*, p. 204.

⁷ SAAVEDRA, M.: "Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad", *ADPEP*, 1988, n° 1, pp. 39-61, p. 43.

La crítica del mecanicismo de la aplicación del derecho se ha hecho desde distintos planteamientos, que divergen entre sí en su explicación del proceso de adopción de las decisiones judiciales⁸. La elaboración judicial del derecho se ha relacionado con la voluntad y el sentimiento jurídico del juez (escuela del derecho libre), considerados en términos positivos como elementos aptos para corregir la rigidez de las leyes, adaptándolas a las exigencias de la vida real⁹. El factor de la voluntad también ha sido tomado en consideración para afirmar que las normas generales siempre ofrecen varias posibilidades de concreción y la opción por una de ellas es una decisión del intérprete; dicha decisión no puede justificarse racionalmente como tal, es decir, depende de la voluntad del intérprete¹⁰. Desde planteamientos empírico-sociológicos, se ha recurrido también a los factores de actitud o predisposición para la acción para explicar la actividad desempeñada por los jueces¹¹. Las corrientes hermenéuticas, por su parte, han hablado de "*convicciones de justicia que se forman en la conciencia moral del juez a través de un proceso de intercambio de ideas y valores, tanto a largo plazo como para el caso concreto*"¹². Por último, se ha hablado también de que la forma en que un juez percibe los problemas jurídicos

⁸ Para su síntesis se ha seguido a SAAVEDRA, *op. cit.*, pp. 43-50.

⁹ Sobre la escuela del derecho libre véase LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción al castellano de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 81 y ss.

¹⁰ Véase la posición de KELSEN en su *Teoría pura del derecho*, traducción al castellano de R.J. VERNENGO, UNAM, Méjico, 1979, pp. 353 y ss.

¹¹ Sobre estas posiciones véase SCHNEIDER, J.; SCHROTH, U.: "Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: determinación, argumentación y decisión", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 391-428.

¹² SAAVEDRA, *op. cit.*, p. 44. Así muchos autores influidos por la hermenéutica filosófica alemana, como J. ESSER y A. KAUFFMANN. También otros autores que, a partir de planteamientos jurídico-analíticos trabajan en el campo de una teoría de la argumentación jurídica, como es el caso de PERELMAN, WROBLEWSKI, AARNIO o ALEXI.

y sus correspondientes soluciones se encuentra mediada por la influencia de las ideologías y de las convicciones políticas (corrientes críticas)¹³.

Estas concepciones de la actividad jurisdiccional, a pesar de sus enormes divergencias, tienen unos elementos en común. En primer lugar, ponen de manifiesto que afirmar que las normas tienen un único significado que el juez debe descubrir es una ficción. Los términos jurídicos son susceptibles de varios sentidos; son, por naturaleza, equívocos. Por tanto, todo texto jurídico está abierto a más de una interpretación y la función del intérprete consiste en escoger uno de entre los diversos significados posibles. La actividad del juez no es, pues, meramente declarativa, sino en gran parte constructiva¹⁴.

En segundo lugar, la concepción actual de la actividad jurisdiccional también ha revelado que las reglas interpretativas no pueden cumplir con total satisfacción la aspiración de vincular la actividad del juez a reglas que prescriban el trato que hay que dar a las normas, más allá de su tenor literal. HASSEMER resume así los principales métodos de interpretación: "*el sentido literal de la norma (método gramatical o literal), la conexión de sentido de los preceptos jurídicos entre sí (método sistemático), la finalidad perseguida por el legislador mediante la norma en cuestión (método histórico) y el fin tal como en el momento presente puede expresarse atendiendo al sentido objetivo de la misma (método finalista o teleológico)*"¹⁵.

¹³ Véase BARCELONA, P.; COTTURI, G.: *El Estado y los juristas*, traducción al castellano de J.R. CAPELLA, Fontanella, Barcelona, 1976.

¹⁴ HART se refiere al fenómeno de la indeterminación relativa de las normas por causa de la imprecisión del lenguaje denominándola "*textura abierta del derecho*" y atribuyendo un valor creativo a la elección hecha por el juez, HART, H.: *El concepto del derecho*, traducción al castellano de G. CARRIÓ, Editora Nacional, Segunda edición (reimpresión), Méjico, 1980, pp. 15, 155 y ss. y 252.

¹⁵ HASSEMER, *op. cit.*, p. 212.

Dichos métodos de interpretación han sido considerados tradicionalmente como un grupo de razones estructurado y ordenado, casi como unas reglas que tienen una extraordinaria relevancia. El hecho que en algunos ordenamientos se hallen mencionados en disposiciones positivas que establecen o regulan la interpretación legal podría avalar su fuerza normativa¹⁶. Sin embargo, dichos medios de interpretación también pueden verse como tópicos u orientaciones generales, criterios cuya misión es la de orientar al intérprete en su tarea. Ahora bien, incluso aceptando que tengan un valor normativo, el problema no queda resuelto, sino únicamente desplazado. En efecto, puede constatarse que los propios métodos de interpretación requieren a su vez una interpretación. No siempre pueden esperarse resultados precisos al inquirir sobre el "fin objetivo" de la norma o la "voluntad del legislador".

Pero además, incluso si pudiesen precisarse en un caso concreto los resultados de la aplicación de un canon interpretativo particular, no por ello estaría ya el juez vinculado a un determinado resultado de la decisión. Ello se debe a que no existe una regla de segundo grado o una meta-regla de las reglas interpretativas, es decir, no existe una prescripción que clarifique qué método interpretativo debe emplear un juez en un caso concreto, sino que el juez es libre de aplicar la metodología que considere más oportuna. Y puesto que la utilización de uno u otro método de interpretación puede conducir a resultados diferentes, la consecuencia es que la existencia de dichos métodos no es suficiente para garantizar una vinculación del juez a la ley.

Todo ello lo que pone de manifiesto es que el proceso de aplicación del derecho no puede ser reconducido a una mera investigación dirigida a constatar

¹⁶ En el ámbito del derecho internacional, por ejemplo, los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 3 de mayo de 1969, BOE nº 142, de 13 de junio de 1980.

la respuesta del orden jurídico para un caso, de acuerdo con unos métodos precisos y jurídicamente vinculantes.

El hecho de que las normas comporten un margen de discrecionalidad para el juez en su interpretación y aplicación ha llevado a buscar otros recursos que sean útiles para enmarcar la actividad jurisdiccional con criterios jurídicos y racionales. En este sentido, se ha considerado que la analogía o los principios generales del derecho constituyen procedimientos adecuados para reducir el margen de discreción de los jueces. Se estaría haciendo referencia así a una "fuerza expansiva" del ordenamiento de tal forma que, como señala SAAVEDRA, *"si bien se reconoce el papel decisivo del juez en la construcción del derecho, se supone que lo hace desarrollando la teleología que es inherente al ordenamiento jurídico, o lo que ya está contenido en él en línea de principio"*¹⁷. El modelo de DWORKIN de la "respuesta correcta" se enmarcaría, a grandes rasgos, en esta línea¹⁸. Según este modelo, el juez siempre encuentra respuesta correcta en el derecho preestablecido. Aunque rechaza la teoría del silogismo, acepta su principio político básico: el juez no tiene un poder discrecional. Los casos difíciles se resuelven en virtud de principios que fundamentan derechos. La tarea del juez es aplicar estos principios.

Sin embargo, el recurso a los principios no puede considerarse suficiente para poder considerar inexistente el margen de discrecionalidad de los jueces. El establecimiento de dichos principios exige una argumentación e interpretación que puede llevar a respuestas distintas. El juez es quien determina la construcción de un principio para su aplicación en un caso concreto. En definitiva, las decisiones judiciales no se imponen porque se deriven lógicamente y

¹⁷ SAAVEDRA, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸ Véase DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, traducción al castellano de M. GUSTAVINO, Ariel, Barcelona, 1984, p. 146 y ss.

mecánicamente del ordenamiento jurídico sino en virtud de la autoridad que les ha sido conferida¹⁹.

Las teorías de la argumentación²⁰ intentan ofrecer una explicación de la decisión judicial que se sitúa en un plano intermedio entre aquellos planteamientos que consideran que la decisión judicial depende exclusivamente de la voluntad y aquéllos que la consideran una actividad completamente reglada (ya sea en la versión tradicional del silogismo o en la más reciente de "la respuesta correcta"). Los diversos autores que trabajan en este campo reconocen un margen de discrecionalidad judicial, pero proponen criterios racionales conforme a los cuales esta discrecionalidad puede ser controlada mediante la utilización de técnicas de argumentación.

No es éste el lugar para entrar a analizar o valorar los distintos modelos explicativos de la actividad judicial que se han mencionado hasta aquí. Lo que interesa destacar es que las teorías formalistas de la interpretación no aportan un marco de explicación útil para la actividad desarrollada por el TJCE en su tarea de interpretación del derecho comunitario en general y más en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales. La obra del TJCE no responde a un criterio mecanicista de la jurisprudencia, como se verá a continuación.

¹⁹ Como señala CAPELLA: "Lo 'jurídicamente verdadero' es lo que la autoridad decide", CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R.: *Cuadernos Azul y Marrón. Tres lecciones de introducción al derecho*, texto policopiado, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 1992, p. 126.

²⁰ Véase ATIENZA, *op. cit.*

1.2. La función de interpretación del TJCE.

La doctrina comunitarista ha puesto de relieve ya desde fechas muy tempranas²¹ que las características de una organización internacional de integración, la novedad y la complejidad del derecho comunitario explican que la labor del TJCE no puede ser descrita como la de un intérprete mecánico, sino que su función es de orden creativo.

El grado incompleto de integración realizado por los Tratados, que contienen básicamente principios muy amplios y nociones generales y vagas, ha hecho imprescindible la labor constructiva de la jurisprudencia del TJCE²². Como acertadamente recuerda MERTENS DE WILMARS²³, el TJCE, en su razonamiento interpretativo, ha partido de la constatación de que las

²¹ Ya en 1957 se afirmó, en relación con el Tribunal de Justicia CECA, que la aplicación del derecho por parte del juez comunitario constituye una tarea creadora, en tanto que está llamado a determinar su contenido ante las lagunas e imperfecciones de los textos escritos, MATHIJSEN, F.: *Le droit de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier. Une étude des sources*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1958, pp. 12-15. Esta idea ha sido resaltada posteriormente por muchos autores. Entre otros, véase BETTATI, M.: "Le 'Law-making power' de la Cour", *Pouvoirs*, 1989, n° 48, pp. 58-70; BOULOUIS, J.: "À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, T. I, LGDJ, Paris, 1974, pp. 149-162; COLIN, J.P.: *Le gouvernement des juges*, LGDJ, Paris, 1966, pp. 109-110; KUTSCHER, H.: "Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour", en *Rencontre judiciaire et universitaire. 27-28 septembre 1976*, Cour de Justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, pp. I-1 a I-53; SIMON, D.: *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnel*, Pedone, Paris, 1981, pp. 65 y 714; RUIZ-JARABO COLOMER, D.: "Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *RGD*, 1986, n° 499, pp. 1407-1417. Aunque centrado en los tratados internacionales, aporta también reflexiones generales muy interesantes VALLE GÁLVEZ, A.: "La interpretación de Tratados internacionales por el TJCE. (Comentario de las sentencias de 1 de julio de 1993, *Matatsa y Eurim-pharm*)", *RIE*, 1995, n° 3, pp. 861-885.

²² La técnica de elaboración de los Tratados constitutivos en forma de principios muy amplios y de nociones bastante vagas ha sido considerada como "... *une invitation donné par le législateur communautaire lui-même à un développement du droit par le juge*", REUTER, P.: "Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit", en *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit de gens*, Pedone, Paris, 1964, pp. 263-283, p. 279.

²³ MERTENS DE WILMARS, J.: "Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes", *CDE*, 1986, n° 1, pp. 5-20, p. 8.

Comunidades constituyen un orden jurídico específico y autónomo, que se distingue del derecho internacional en la medida en que tiene como finalidad organizar un sistema de integración progresiva que va mucho más allá de la mera cooperación interestatal, y que presenta rasgos específicos también respecto de los ordenamientos internos de los Estados miembros, en el sentido de establecer reglas comunes a todos ellos que permitan alcanzar los objetivos de integración. Por ello el TJCE ha situado la interpretación del derecho comunitario en un contexto de naturaleza constitucional en buena parte de sus decisiones y, en concreto, en el tema de los derechos fundamentales.

En esta perspectiva KUTSCHER señala que existe un cuerpo de concepciones comunes sobre métodos de interpretación que son aplicadas tanto por el TJCE como por las jurisdicciones internas e internacionales:

*"Hay que apoyarse en los términos de una disposición, en su sentido habitual o en su sentido específico. El juez puede tener en cuenta la voluntad subjetiva del legislador histórico, así como la función que cumplía la norma en el momento en que fue adoptada. La disposición debe interpretarse dentro de su contexto y a partir de su relación sistemática con otras disposiciones de manera que tenga un sentido y que sea eficaz. Hay que analizar la norma en relación con la situación económica y social en la que debe aplicarse. Puede tomarse en consideración el objetivo que persigue en sí misma o en el sistema de normas al que pertenece. Se admiten, y a veces se imponen, consideraciones de derecho comparado. En nuevos campos del derecho el juez puede proceder caso por caso: este "reasoning from case to case" está también muy extendido en el razonamiento jurídico continental"*²⁴.

²⁴ En francés en el original: "Il y a lieu de s'appuyer sur les termes d'une disposition, sur son sens habituel ou également son sens spécifique. Le juge peut tenir compte de la volonté subjective du législateur historique ainsi que de la fonction remplie par la norme à l'époque où elle a été arrêtée. La disposition doit être interprétée dans son contexte et au regard de son rapport systématique avec d'autres dispositions de sorte qu'elle ait un sens et qu'elle soit

Es decir, la jurisprudencia del TJCE revela la utilización de prácticamente el mismo elenco de procedimientos que a los que recurren las jurisdicciones nacionales e internacionales, con un notable eclecticismo en su utilización y sin excluir *a priori* ninguno de ellos²⁵. Sin embargo, hay que reconocer que la importancia relativa de los diferentes métodos no es la misma en el derecho comunitario que en los ordenamientos internos o el derecho internacional, debido a ciertas especificidades del mismo. El debate doctrinal acerca de la originalidad de los criterios de interpretación del derecho comunitario es prácticamente una constante en toda publicación comunitarista desde que, en 1956, el Abogado General LAGRANGE, en sus Conclusiones al asunto *Fédéchar*, abriera la discusión sobre si el modo en que el TJCE interpreta el derecho comunitario era distinguible de las técnicas empleadas por las jurisdicciones nacionales e internacionales²⁶. La discusión sigue viva, encontrándose en la doctrina una amplia gama de posiciones: desde aquéllas que afirman la especificidad del derecho comunitario²⁷ hasta las que niegan

*efficace. Il faut analyser la norme par rapport à la situation économique et sociale à laquelle elle doit s'appliquer. L'objectif qu'elle poursuit en elle-même ou dans le système de normes dont elle constitue une partie, peut être pris en considération. Des considérations de droit comparé sont admises ou parfois s'imposent. Dans les nouveaux domaines du droit le juge peut progresser cas par cas: ce "reasoning from case to case" est également très répandu dans le raisonnement juridique continental", KUTSCHER, op. cit., pp. I-5, I-6. BÉNGORTXEA ha considerado que la posición del juez KUTSCHER explicitada en esta ponencia contienen *de facto* criterios de interpretación "auténticos", BÉNGOETXEA, J.: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 229.*

²⁵ Por citar sólo un ejemplo, la sentencia *Continental Can* invoca la interpretación literal, sistemática y teleológica, así como la intención de los Estados miembros y las legislaciones nacionales, Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1973, pp. 215 y ss., pp. 244-247. Hay autores que se refieren al "sincretismo" de la jurisprudencia del TJCE, como SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités...*, op. cit., p. 456.

²⁶ Conclusiones del Abogado General M. LAGRANGE, presentadas el 12 de junio de 1956, as. 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1955-1956, pp. 233 y ss., pp. 263-264.

²⁷ Por ejemplo, ISAAC, G.: *Manual de derecho comunitario general*, supervisión de G.L. RAMOS RUANO, Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1995, pp. 171-175.

dicha originalidad o manifiestan reservas²⁸, pasando por posiciones fluctuantes o ambiguas²⁹.

Así, aunque el TJCE utiliza criterios de interpretación semióticos, es decir, extrae argumentos a partir de los elementos sintácticos y semánticos del lenguaje legal³⁰, la utilización de estos métodos de interpretación literal choca en el derecho comunitario con dos órdenes de problemas: la existencia de diferentes versiones lingüísticas de un mismo texto y la abundancia de disposiciones y términos muy generales. Hay que tener en cuenta también que el TJCE está compuesto por jueces que provienen de distintas tradiciones jurídicas.

Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, el derecho comunitario requiere que sea aplicado de manera uniforme en el conjunto de la Comunidad, es decir, que tenga el mismo sentido y el mismo alcance en toda ella. Esta uniformidad tiene como consecuencia que las diferentes versiones lingüísticas no pueden ser autónomas semánticamente y también, por otro lado, que el derecho comunitario presente una autonomía semántica respecto a otros ordenamientos jurídicos³¹.

²⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.: "L'ordre juridique des Communautés européennes et le Droit International", *RCADI*, vol. 148, V, 1975, p. 274.

²⁹ Por ejemplo, SIMON parece negar la especificidad de los criterios interpretativos del TJCE, pero acaba reconociendo una cierta originalidad basada en las características del derecho comunitario, SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités...*, *op. cit.*, pp. 307, 322, 408, 456, 465, 629, 707 y 836.

³⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1985, as. 19/83, *Knud Wendelboe et autres contre Masse de faillite L.J. Music ApS*, Rec. 1985, pp. 457 y ss., p. 466.

³¹ Véase al respecto BOULOUIS, J.: "Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire", *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1991, n° 14, pp. 97-103. p. 98.

Como es sabido, todas las versiones lingüísticas son oficiales y, por tanto, formalmente son iguales. Sin embargo, esta igualdad no implica que las distintas versiones sean completamente independientes las unas de las otras, es decir, autónomas. No se trata de diferentes versiones meramente yuxtapuestas, que coexisten en un mismo sistema, sino que hay una relación de dependencia entre ellas derivada de las exigencias de uniformidad. Esta relación de dependencia mutua conlleva que estén sometidas siempre a una comparación, puesto que, según una jurisprudencia constante, un texto no debe ser tomado en consideración de forma aislada en una sola de sus versiones³². Este ejercicio de comparación puede ayudar a clarificar y determinar mejor la voluntad del autor del acto y su finalidad. Pero también a veces puede poner al descubierto divergencias que es necesario clarificar y ello se hace a menudo mediante el examen del objetivo de la disposición y de su lugar en el sistema del Tratado³³. MERTENS DE WILMARS³⁴ señala que cuando la divergencia en los textos no es grande, por ejemplo, cuando sólo una versión lingüística plantea dudas, la convergencia residual de las otras versiones es un argumento textual importante, aunque debe controlarse con consideraciones relativas a los objetivos de la versión problemática.

En cuanto a la autonomía semántica del derecho comunitario, hay que afirmar que, a menos que exista una remisión expresa al derecho nacional, para la determinación del sentido o el alcance de los términos que aparecen en sus textos, el derecho comunitario es el único parámetro a partir del cual se les

³² El TJCE ya lo estableció en su sentencia de 5 de diciembre de 1967, as. 19/67, *Bestuur der Sociale Verzetingsbak contre J.H. Van der Vecht*, Rec. 1967, pp. 445 y ss., p. 456.

³³ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, as. 30/77, *Regina contre Pierre Bouchereau*, Rec. 1977, pp. 1999 y ss., p. 2010.

³⁴ MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 13.

puede definir³⁵. Ello es principalmente importante a la hora de interpretar nociones y conceptos que están presentes en varios sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El segundo motivo que reduce las posibilidades de utilización de la interpretación literal en derecho comunitario hace referencia a la propia naturaleza de los Tratados comunitarios. Éstos combinan características típicas de un acuerdo internacional con las de una Constitución, especialmente por lo que atañe a la estructura institucional, y también con las de una ley marco económica por lo que se refiere a muchas de sus disposiciones materiales. Ello motiva que la mayoría de sus disposiciones contengan fórmulas generales, que apelan a nociones jurídicas indeterminadas que dejan un gran margen de apreciación a las autoridades competentes para adoptar medidas en función de las necesidades económicas y sociales cambiantes³⁶. Plurilingüismo y carácter general y dinámico de los textos son, pues, los dos factores que explican un menor uso de los métodos literales en el derecho comunitario que en los ordenamientos jurídicos internos.

Parecidas consideraciones pueden hacerse a propósito del método que intenta esclarecer la voluntad objetiva del autor de la norma mediante el análisis de los trabajos preparatorios para su elaboración³⁷. Si bien el TJCE no ha rehusado expresamente este método, las especificidades del derecho

³⁵ Entre muchas otras, sentencia del TJCE de 14 de enero de 1982, as. 64/81, *Nicolaus Corman & Fils SA contre Hauptzollamt Gronan*, Rec. 1982, pp. 13 y ss., p. 24.

³⁶ MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 13.

³⁷ Véase BREDIMAS, A.: *Methods of Interpretation and Community Law*, European Studies in Law, vol. 6, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, New York and Oxford, 1978, pp. 57 y ss.

comunitario hacen una vez más que sus posibilidades sean menores que en otros ordenamientos jurídicos, en la misma línea del derecho internacional³⁸.

Por un lado, los documentos preparatorios de los Tratados que se conocen son escasos e incompletos. No se debe olvidar, además, que no se trata de un acto unilateral, sino de Tratados multilaterales cuya negociación plantea a menudo dificultades políticas, que en muchas ocasiones se superan gracias a redacciones ambiguas y generales que esconden una falta real de consenso. PESCATORE³⁹ considera que para interpretar correctamente un tratado multilateral hay que tener en cuenta las condiciones particulares de una negociación. Una de las reglas de la negociación es precisamente no desvelar las intenciones reales. El acuerdo se hace sobre una fórmula escrita, no sobre las intenciones de las partes. Un texto puede cubrir intenciones contradictorias.

En cuanto al derecho derivado, los debates en el seno de la Comisión y del Consejo no son públicos, conociéndose únicamente la propuesta formal que la Comisión dirige al Consejo. A pesar de ello hay que decir que el TJCE puede tener en cuenta, aunque con mucha prudencia⁴⁰, los actos preparatorios de las normas de derecho derivado. Tal vez a partir del TUE, que otorga una mayor

³⁸ Hay algunos ejemplos, aunque escasos, de referencias a las exposiciones de motivos gubernamentales presentadas con ocasión de los debates parlamentarios relativos a los Tratados (por ejemplo, sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1960, as. 6/60, *Jean E. Humblet contre Etat Belge*, Rec. 1960, pp. 1124 y ss., p. 1155). En relación con los actos institucionales su actitud no es tan restrictiva (véase al respecto PLENDER, R.: "The Interpretation of Community Acts by Reference to the Intention of the Authors", *YEL*, 1982, pp. 57-105). Por lo que se refiere a l recurso a los trabajos preparatorios en derecho internacional, véase por todos REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 306.

³⁹ PESCATORE, P.: Intervención en el debate sobre "Les principes d'interprétation suivis par la Cour", en *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*. (Congrès Européen, Cologne du 24 au 26 avril 1963. Organisé par l'Institut du Droit des Communautés Européennes de l'Université de Cologne), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1965, p. 202.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 1 de junio de 1961, as. 15/60, *Gabriel Simon contre Cour de Justice des Communautés européennes*, Rec. 1961, pp. 223 y ss., p. 244.

participación en el proceso decisorio al Parlamento Europeo, cuyos debates son públicos, y también a partir del nuevo Reglamento interno del Consejo⁴¹, que prevé mayor transparencia en los trabajos de esta institución, el TJCE podrá utilizar en mayor medida este método interpretativo.

Paralelamente a las limitaciones que en derecho comunitario encuentran estos métodos de interpretación de carácter formal, hay que decir que el TJCE otorga una especial relevancia a los criterios de interpretación sistemática y teleológica. En cuanto al primero de ellos, la idea clave de los argumentos contextuales es que la comprensión de una disposición jurídica (*materia*) debe situarse, para hacerse correctamente, en un contexto más amplio (*sedes*)⁴². Esta idea es especialmente operativa en situaciones de interpretación *stricto sensu*: se examina el contexto de una disposición de derecho comunitario para encontrar claves para la construcción de dicha disposición. La noción del contexto jurídico de una norma va muy ligada a lo que se podría denominar argumentos sistemáticos cuasi-lógicos, es decir, aquéllos que extraen inferencias a partir de otras normas, y que se utilizan principalmente, aunque no exclusivamente, en situaciones de lagunas o antinomias⁴³. Los criterios contextuales utilizan el argumento de la *sedes materiae*. El texto que es objeto de consideración (*materia*) puede ser un párrafo o una frase de un artículo, en cuyo caso el contexto será el resto del artículo. También puede discutirse sobre todo un artículo, el contexto del cual será entonces el capítulo, la sección o el título del Tratado en el que está incluido. Es decir, tanto la *materia* como la *sedes* pueden tener diferentes grados de generalidad.

⁴¹ Reglamento interno del Consejo de 6 de diciembre de 1993 (93/662/CE), DOCE L 304, de 10 de diciembre de 1993, pp. 1 y ss.

⁴² BENGOETXEA, *op. cit.*, p. 240.

⁴³ BENGOETXEA enumera los siguientes tipos de argumentos que siguen criterios sistemáticos: *a fortiori*, por analogía, *a pari*, *a contrario*, *lex specialis* y *lex superior*, BENGOETXEA, *op. cit.*, p. 244.

El TJCE, incluso en los casos en los que utiliza una construcción literal, se muestra proclive a dar una serie de argumentos para establecer que la solución a la que se ha llegado es resultado de un sistema coherente creado por el Tratado e integrado de manera lógica en sus provisiones⁴⁴.

Las justificaciones desde criterios sistemático-contextuales vienen presididas por la intención de preservar una necesaria consistencia y coherencia en la interpretación de nociones de un mismo sistema jurídico. KUTSCHER⁴⁵ se refiere a algo muy parecido a la coherencia cuando dice que el juez debe atender a su función recurriendo al esquema, las orientaciones y los principios que pueden verse como base de un plan general y de un programa para sectores particulares; esta interpretación que ve las normas de derecho comunitario en relación unas con otras y con el esquema y los principios del plan no puede escapar a una cierta sistematización⁴⁶. Este autor también subraya la importancia de la consistencia cuando indica que la interpretación esquemática de una disposición no debe entrar en contradicción con otras normas del sistema del derecho comunitario, que debe verse como una unidad⁴⁷.

Los argumentos sistemáticos son utilizados generalmente en combinación con criterios dinámicos. Dichos criterios están relacionados con el contexto dinámico en que las normas operan. Las ideas que se hallan en su base son, por

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la anteriormente citada sentencia *Wendelboe*.

⁴⁵ KUTSCHER, *op. cit.*, p. I-36.

⁴⁶ PESCATORE dijo al respecto: "[la méthode systématique] s'appuie, tour à tour, sur les différents éléments de système que fournit le droit communautaire: économie générale des textes, structure institutionnelle, aménagement des pouvoirs (en conjoction, éventuellement, avec les objectifs), notions générales et idées directrices des Traités. Il y a là toute une "architecture" cohérente et d'ailleurs bien réfléchie dont les lignes, fermement tracées, demandent à être prolonguées", PESCATORE, P.: *Le Droit de l'Intégration*, Collection de Droit International I, A.W. Sijthoff, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Leiden, Genève, 1972, p. 80.

⁴⁷ KUTSCHER, *op. cit.*, p. I-37.

un lado, que las normas deben interpretarse de manera que puedan ser efectivas (criterios funcionales, o de "efecto útil"); por otro, que las normas deben ser interpretadas a partir de sus objetivos (criterios teleológicos), y finalmente, a partir de las consecuencias a las que puede llevar una determinada interpretación (criterios consecuencialistas)⁴⁸.

Aunque la interpretación sistemática y finalista no es desconocida en el derecho internacional, especialmente cuando se trata de la interpretación de tratados constitutivos de organizaciones internacionales⁴⁹, el derecho comunitario se distingue por la abundancia de uso y la relevancia de su valor.

Ya en el Coloquio de Colonia de 1963 sobre los diez años de jurisprudencia comunitaria se produjo una cierta discusión sobre la utilización de métodos dinámicos para la interpretación de los Tratados comunitarios⁵⁰. Para BISDOM el método teleológico se impone particularmente para interpretar los Tratados comunitarios: "*En primer lugar, por la limitación de otros sistemas (interpretación literal, recurso a los trabajos preparatorios). A*

⁴⁸ BENGOETXEA, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁹ La interpretación finalista, recogida en el artículo 31 de la Convención de Viena, ha supuesto el pilar sobre el cual se han construido las teorías de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales (Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949, sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, *Recueil des Arrêts-Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1949, pp. 174 y ss.) y del reconocimiento de las competencias implícitas (véase DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 1995, pp. 121-122).

⁵⁰ El profesor MONACO, sin descartar la utilización de dichos métodos, mostraba algunas reservas: "...on a insisté, encore tout dernièrement, sur la notion de cette interprétation dynamique, qui serait seule capable d'assurer que les normes des Traités Communautaires soient comprises dans leur efficacité potentielle directe à l'égard de la satisfaction des exigences de l'intégration européenne. Si l'on veut dire par là que le juge, en présence de chaque cas isolé, ne doit jamais perdre de vue les buts généraux que les normes des Traités entendent poursuivre dans leur ensemble, on peut dire aussi que l'interprétation doit faire preuve d'un certain dynamisme, et non seulement tendre à des positions statiques. Il me semble, par contre, qu'il est excessif d'aller au-delà; ce qui, du reste, à mon avis, n'est même pas requis par l'esprit des Traités européennes", MONACO, R.: "Les principes d'interprétation suivis par la Cour. Rapport Général", en *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes...*, *op. cit.*, pp. 177-187, p. 180.

continuación, porque los fines de los Tratados están expresados, tanto en los preámbulos como en las propias disposiciones de los Tratados, con una claridad y una precisión poco comunes en los convenios internacionales. Sobre todo, porque es el método que mejor responde al dinamismo de la integración europea. Asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados no es ciertamente limitarse a nociones estables y rígidas. Es ir a la par con los otros órganos comunitarios en el camino hacia la integración de nuestro continente. Es construir más que frenar. No es revisar los Tratados, pero sí completarlos"⁵¹.

Esta posición ha sido confirmada y reiterada por la mayor parte de la doctrina⁵². Quizá quien con mayor énfasis lo haya expresado ha sido el juez PESCATORE, para quien el método teleológico no es un método más de interpretación entre otros, sino que se trata de un método particularmente apropiado a las características específicas de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Estos Tratados contienen pocas reglas materiales, pero en cambio en ellos se da mucha importancia a la definición de objetivos y a la instauración de las estructuras y procedimientos que deben permitir y contribuir a lograrlos. En definitiva, se trata de Tratados "*entièrement pétris de téléologie*"⁵³. Ello no debe significar que el TJCE tenga que usurpar el lugar

⁵¹ En francés en el original: "*Premièrement, parce que d'autres systèmes (interprétation littérale, recours aux travaux préparatoires) y sont moins indiqués. Ensuite, parce que les buts des Traités sont exprimés avec une clarté et une précision peu communes dans les conventions internationales, tant dans les préambules que dans les dispositions mêmes des Traités. Surtout, puisque c'est la méthode qui convient le mieux au dynamisme de l'intégration européenne. Assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des Traités, ce n'est certes pas s'en tenir à des notions stables et rigides. C'est aller de pair avec les autres organes des Communautés de long de leur chemin vers l'intégration de notre continent. C'est construire plutôt que freiner. Ce n'est pas reviser les Traités, mais bien les compléter*", BİSDOM, W.: "Les principes d'interprétation suivis par la Cour. Co-Rapport", en *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice...*, op. cit., pp. 188-192, p. 191.

⁵² KUTCSHER considera que el artículo 164 del TCEE requiere una interpretación del derecho comunitario dirigida a los objetivos del Tratado, lo que exige una interpretación dinámica y teleológica, op. cit., p. I-36.

⁵³ PESCATORE, P.: "Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de

que le corresponde al legislador comunitario en la consecución de los objetivos fijados, pero sí que cuando un asunto llega a lo contencioso, las consideraciones derivadas de los objetivos de la Comunidad proporcionan al TJCE el medio de concretar disposiciones demasiado generales o de completar disposiciones incompletas.

Todo ello explica que la regla del efecto útil no se limita, como suele ocurrir en el derecho internacional, a descartar las interpretaciones de una norma que le harían perder toda efectividad práctica, sino que se utiliza como instrumento de una práctica judicial decidida a desarrollar plenamente los objetivos del Tratados. En este sentido, en derecho comunitario la regla del efecto útil sirve para descartar también todas aquellas interpretaciones de una disposición que puedan limitar o debilitar los efectos de esta disposición a la vista de los objetivos y del sistema del Tratado⁵⁴.

En la misma línea hay que resaltar la opinión de PESCATORE cuando afirma que el método tradicional de interpretación limitativa típico del derecho internacional clásico, según el cual toda limitación al poder soberano de los Estados debe interpretarse restrictivamente, hoy muy restringido en abundantes materias regidas por el derecho internacional público actual, ha sido abandonado en el derecho comunitario a favor de una concepción extensiva de los Tratados en vistas a la consecución de sus fines⁵⁵.

l'interprétation téléologique des traités internationaux", en *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, T. II, Bruylant, LGPD, Bruxelles, Paris, 1972, pp. 325-363, p. 327.

⁵⁴ Véase ORMAND, R.: "L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur 'effet utile' par la Cour de Justice des Communautés européennes", *RTDE*, 1976, n° 4, pp. 624-634.

⁵⁵ Lo contrario sería, para este autor, "signer l'arrêt de mort des Communautés", PESCATORE, intervención en el debate sobre "Les principes d'interprétation suivis par la Cour" en *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice...*, *op. cit.*, p. 210.

Asimismo, el alcance hermenéutico de la práctica subsiguiente de los Estados miembros o de las instituciones viene limitado a confirmar la interpretación que resulta de otros criterios interpretativos y a condición de que no implique contradicción o derogación de las reglas de los Tratados⁵⁶.

La importancia de los métodos sistemáticos y teleológicos ha sido confirmada en la jurisprudencia del TJCE. Destaca la sentencia *Cilfit*⁵⁷, que proporciona indicaciones expresas sobre la utilización de criterios de interpretación en el derecho comunitario:

"Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que los textos de derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las distintas versiones lingüísticas hacen fe igualmente; la interpretación de una disposición de derecho comunitario implica, pues, una comparación de versiones lingüísticas.

A continuación hay que señalar, incluso en caso de concordancia exacta de las versiones lingüísticas, que el derecho comunitario utiliza una terminología que le es propia. Por lo demás, conviene subrayar que las nociones jurídicas no tienen necesariamente el mismo contenido en derecho comunitario que en los diferentes derechos nacionales.

Finalmente, toda disposición de derecho comunitario debe situarse en su contexto e interpretarse a la luz del conjunto de disposiciones de este

⁵⁶ Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. 1976, pp. 455 y ss., pp. 481-482. Sobre este tema, véase SLYNN, G.: "The Use of Subsequent Practice as an Aid to Interpretation by the Court of Justice of the European Communities", en BIEBER, R.; RESS, G. (Hrsg.): *Die Dynamic des Europäischen Gemeinschaftsrechts/The dynamics of EC-law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 137-145, y GROUX, J.: "Convergences et conflits, dans l'interprétation du Traité CEE, entre la pratique ultérieure des Etats membres et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes", en BIEBER, R.; RESS, G. (Hrsg.): *Die Dynamic...*, op. cit., pp. 147-157.

⁵⁷ Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1982, as. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la Santé*, Rec. 1982, pp. 3415 y ss.

derecho, de sus finalidades, y del estado de su evolución en la fecha en que la aplicación de la disposición en cuestión debe hacerse"⁵⁸.

Los dos primeros párrafos aluden a la problemática de la interpretación literal, expresando una preocupación especial por la uniformidad y la autonomía del derecho comunitario. El tercer párrafo enfatiza el enfoque dinámico que debe tener la interpretación del derecho comunitario. Puede considerarse que esta sentencia aporta criterios de interpretación de segundo nivel, es decir, criterios sobre cómo deben usarse los diferentes métodos de interpretación⁵⁹. Evidentemente, la aplicación preferente de un criterio u otro al caso concreto en derecho comunitario, al igual que en los ordenamientos internos, depende en gran medida de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, puesto que los criterios de segundo nivel no están claramente establecidos, ni siquiera en aquellos ordenamientos jurídicos que aluden expresamente a los métodos de interpretación. Sin embargo, en derecho comunitario, tanto la doctrina como la jurisprudencia del TJCE, ponen de relieve la preferencia por los métodos sistemáticos y teleológicos.

Hay que destacar también una última especificidad en la interpretación del derecho comunitario respecto a otros ordenamientos jurídicos: la mayor importancia de la utilización del método comparado, tanto en la interpretación

⁵⁸ En francés en el original: "*Il faut d'abord tenir compte que les textes de droit communautaire sont rédigés en plusieurs langues et que les diverses versions linguistiques font également foi; une interprétation d'une disposition de droit communautaire implique ainsi une comparaison de versions linguistiques. Il faut noter ensuite, même en cas de concordance exacte de versions linguistiques, que le droit communautaire utilise une terminologie qui lui est propre. Par ailleurs, il convient de souligner que les notions juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu en droit communautaire et dans les différents droits nationaux. Enfin, chaque disposition de droit communautaire doit être replacé dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite*". Rec. 1982, p. 3430.

⁵⁹ BENGOETXEA, *op. cit.*, p. 232.

de los textos comunitarios como en aquellos casos en los que el TJCE debe integrar una laguna del derecho comunitario. La utilización de este procedimiento se materializa en la invocación de principios, ya sea derivados del derecho internacional o de los ordenamientos internos de los Estados miembros. El ámbito de los derechos fundamentales es una buena muestra de ello, como se verá a continuación.

Como recapitulación de lo dicho hasta aquí podría afirmarse que el TJCE realiza una labor eminentemente creativa y constructiva de desarrollo e integración del derecho comunitario. Para ello se sirve de la utilización amplia y preferente de procedimientos dinámicos de interpretación, destacando el recurso a análisis sistemáticos y finalistas, potenciando al máximo la regla del efecto útil, y recurriendo con mucha frecuencia al derecho comparado. Hay que destacar, por último, que ello está estrechamente relacionado con otro rasgo eminente de la jurisprudencia del TJCE: la invocación de principios, ya sea a efectos de justificar una determinada interpretación o para integrar con su aplicación una laguna del derecho comunitario. Así, los principios generales del derecho comunes a los Estados miembros responden a la utilización del método comparado, mientras que las interpretaciones teleológicas o finalistas se concretan a menudo con la invocación de los principios fundamentales o estructurales de la Comunidad.

Estas características quedan perfectamente ejemplificadas en el caso de los derechos fundamentales. Como se ha destacado antes, puede afirmarse que la mayor parte de los casos relativos a los derechos fundamentales ante el TJCE pueden calificarse como casos difíciles. En efecto, la primera cuestión que se le acostumbra a plantear al TJCE en materia de derechos fundamentales es la determinación de la norma a aplicar. Ante la invocación de la violación de un derecho fundamental, lo primero que debe resolverse es la constatación de la

existencia de dicho derecho en el ordenamiento comunitario. Como ya se ha visto, el TJCE protege los derechos fundamentales a partir de los principios, ya sean éstos derivados o expresados por las propias disposiciones del derecho comunitario, ya sean principios generales no escritos, para los cuales el TJCE se inspira en el derecho internacional o en los ordenamientos de los Estados miembros. En el primer supuesto, analizar la argumentación jurídica del TJCE exige examinar los métodos por los que el TJCE interpreta una disposición del derecho comunitario para esclarecer si de ella se desprende la protección de un derecho fundamental. En el segundo supuesto, se trata de examinar la operación que realiza el TJCE ante la ausencia de una disposición escrita en el derecho comunitario, es decir, cómo el TJCE integra el derecho comunitario.

2. LA ARGUMENTACIÓN DEL TJCE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Generalmente, cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario se piensa en los derechos que el TJCE ha protegido por la vía de los principios generales no escritos, mediante el recurso a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Aunque es cierto que la mayoría de los derechos fundamentales han sido protegidos de esta manera, no puede olvidarse que en determinadas ocasiones el TJCE ha basado la respuesta a las alegaciones que se le han formulado en esta materia en disposiciones escritas del propio derecho comunitario. Se trata de analizar ahora la metodología jurídica que ha seguido el TJCE para interpretar estas disposiciones en favor de asegurar una protección de los derechos fundamentales. Destacan dos aspectos: la escasa relevancia de métodos de interpretación literal y la importancia de los argumentos sistemático-teleológicos.

2.1. Los métodos de interpretación relevantes en el ámbito de los derechos fundamentales.

Al no existir en los Tratados ni en el derecho derivado disposiciones que expresamente aborden la formulación de los derechos fundamentales, no resulta sorprendente constatar que el método de interpretación literal no le ha sido de mucha ayuda al TJCE en este ámbito. Tal vez la única sentencia que merece la pena reseñar como ilustrativa de las cuestiones relacionadas con el empleo de criterios literales de interpretación en materia de derechos fundamentales es la

del caso *Stauder*⁶⁰. En este asunto las versiones de una Decisión de la Comisión diferían en alemán y neerlandés respecto al francés e italiano.

En efecto, se trataba de la Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 1969, dirigida a todos los Estados miembros, por la que se autorizaba a los Estados a poner a disposición de determinadas categorías de consumidores, beneficiarios de una asistencia social, mantequilla a precio reducido. Dicha medida se hallaba vinculada a la necesidad de reducir los excedentes de dicho producto en el mercado comunitario. La autorización de venta a precio reducido estaba sujeta a determinados requisitos con el fin de evitar que los productos comercializados a bajo precio se utilizaran en el mercado con otros fines.

Al respecto, el artículo 4 de la Decisión estipulaba en dos de sus versiones (la alemana y la neerlandesa) que los Estados debían adoptar todas las medidas para que los beneficiarios no pudieran comprar este producto más que con la presentación de un "bono en el que figure su nombre". Las versiones francesa e italiana de este mismo artículo 4 se referían únicamente a un "bono individualizado", lo cual permitía aplicar medidas de control que no consistieran necesariamente en la designación nominativa del beneficiario. El TJCE, en su sentencia, puso de relieve dos criterios: la necesidad de tener en cuenta todas las versiones lingüísticas, puesto que todas son igualmente oficiales, y buscar una interpretación uniforme en función del objetivo de la disposición litigiosa, y la preferencia por la solución más liberal entre las que permiten el cumplimiento del objetivo al que atiende la disposición. Así, en los fundamentos 3 y 4 de la sentencia, estableció:

⁶⁰ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Erich Stauder contre ville d'Ulm-Sozialamt*, Rec. 1969, pp. 419 y ss.

"considerando que, cuando una única decisión está dirigida a todos los Estados miembros, la necesidad de una aplicación y por tanto una interpretación uniformes excluye que este texto sea considerado aisladamente en una de sus versiones, sino que exige que sea interpretado en función, tanto de la voluntad real de su autor como de la finalidad perseguida, a la luz en particular de la versiones adoptadas en todas las lenguas;

que en un caso como el de autos, debe prevalecer la interpretación menos coactiva, si basta para asegurar los objetivos que se propone la decisión de la que se trata;

*que no puede admitirse, además, que los autores de la decisión hayan querido imponer en ciertos países miembros obligaciones más estrictas que en otros"*⁶¹.

Del texto de esta sentencia queda claro que en el ámbito de los derechos fundamentales la interpretación literal vendrá condicionada por la selección de la versión o del sentido que no suponga una violación de los derechos fundamentales⁶².

Como ya se ha recordado, el ámbito de los derechos fundamentales ha estado presidido por la utilización de otros medios de interpretación distintos de

⁶¹ En francés en el original: "*attendu que, lorsqu'une décision unique est adressée à tous les Etats membres, la nécessité d'une application et dès lors d'une interprétation uniformes exclut que ce texte soit considéré isolément dans une de ses versions, mais exige qu'il soit interprété en fonction, tant de la volonté réelle de son auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues; que dans un cas comme celui de l'espèce, l'interprétation la moins contraignante doit prévaloir, si elle suffit à assurer les objectifs que se propose la décision dont s'agit; qu'on ne saurait en outre admettre que les auteurs de la décision aient voulu, dans certains pays membres, imposer des obligations plus strictes que dans d'autres;*", Rec. 1969, pp. 424 y 425.

⁶² RASMUSSEN sostiene que en caso de divergencia lingüística el TJCE escoge la versión más favorable a la integración comunitaria, aun a costa de no respetar el derecho de los individuos a la seguridad jurídica y la certeza legal, RASMUSSEN, H.: "Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law", *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1992, pp. 135-178, p. 168.

los literales. El TJCE ha extraído del derecho comunitario escrito la existencia de determinados principios que ha calificado como fundamentales y que son claramente principios que protegen derechos considerados fundamentales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Estos principios no se hallan formulados expresamente como tales ni en el derecho primario ni en el derecho derivado, sino que son el resultado de aplicar criterios sistemáticos y teleológicos en la interpretación de determinadas disposiciones que de esta manera se muestran como expresiones específicas de un principio más general, lo que condiciona su aplicación en un determinado sentido.

Entre los principios que el TJCE ha formulado a partir de las normas escritas de derecho comunitario, destacan por sus implicaciones para los derechos fundamentales el de no discriminación, el de libre circulación, el del respeto a los derechos de la defensa y el del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. No se trata aquí de realizar un análisis de la jurisprudencia, abundantísima, del TJCE sobre estos principios. Simplemente se traerán a colación algunas sentencias que reflejan la técnica jurídica seguida por el TJCE para interpretar determinadas normas de los Tratados en clave de derechos fundamentales, considerando que constituyen expresiones particulares de un principio general.

Tal es el caso, por ejemplo, de la interpretación dada por el TJCE al artículo 119 del Tratado en las dos sentencias *Defrenne*, la primera de 1976 y la segunda de 1978⁶³. En la primera de estas sentencias el TJCE debía resolver dos cuestiones prejudiciales sobre el efecto y la aplicación del artículo 119 del

⁶³ Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, *cit.* y sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978, as. 149/77, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. 1978, pp. 1365 y ss.

Tratado. Dichas cuestiones se plantearon en el marco de un litigio entre la Sra. Defrenne y Sabena, en el que la demandante reclamaba una indemnización por haber sido objeto de una discriminación salarial en relación con sus colegas masculinos. La primera cuestión que debía resolver el TJCE era si el artículo 119 tenía efecto directo o no. Para resolver sobre ello el Tribunal partió de un análisis sistemático-teleológico de dicho artículo:

*"considerando que la cuestión del efecto directo del artículo 119 debe apreciarse a partir de la naturaleza del principio de igualdad de remuneración, del objeto perseguido por esta disposición y de su lugar en el sistema del Tratado"*⁶⁴.

En cuanto a su finalidad, el TJCE afirma que el artículo 119 responde a un doble objetivo: económico, en el sentido de evitar el falseamiento de las condiciones de competencia entre las empresas, y social, dado que la Comunidad no se limita a una unión económica sino que, como se dice en el Preámbulo del Tratado, debe asegurar el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de empleo. Esta finalidad social del artículo 119 el TJCE la extrae también del lugar que este artículo ocupa en el sistema del Tratado: el artículo 119 se encuentra inscrito en el capítulo consagrado a la política social, cuyo primer artículo señala la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. De esta doble finalidad el TJCE deriva que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad. Y el TJCE señala que el propio texto del artículo 119 corrobora dicha interpretación al utilizar el término "principio" que, en el

⁶⁴ En francés en el original: "*attendu que la question de l'effet direct de l'article 119 doit être appréciée au regard de la nature du principe d'égalité de rémunération, de l'objectif poursuivi par cette disposition et de sa place dans le système du Traité.*", Rec. 1976, p. 472.

sistema del Tratado, es, según el TJCE, una expresión que designa el carácter fundamental de ciertas disposiciones.

Todas estas consideraciones de carácter sistemático y teleológico sirven de base al TJCE para concluir el efecto directo del artículo 119. Dicha cuestión puede considerarse clave en el ámbito de los derechos fundamentales, puesto que si una disposición no tiene efecto directo y, por tanto, no puede ser invocada por los particulares ante un tribunal, difícilmente podrá considerarse esta disposición como expresión de ningún derecho fundamental.

Sin embargo, la relación entre el principio de igualdad de remuneración y los derechos fundamentales no afloró en esta sentencia sino en otra posterior, en la que estaban involucradas las mismas partes litigantes. En la sentencia *Defrenne* de 1978 se trataba de dilucidar el alcance del artículo 119, en el sentido de si la prohibición de discriminación que en él se enuncia puede cubrir otros aspectos de la relación laboral distintos de la remuneración⁶⁵. El TJCE situó el artículo 119 en el sistema de las disposiciones sociales del Tratado y constató que a diferencia de otras disposiciones esencialmente programáticas, como los artículos 117 y 118, el artículo 119 es una regla especial, limitada al problema de las discriminaciones salariales, cuya aplicación está ligada a circunstancias precisas. Por tanto, este artículo no cubre otros aspectos de la relación laboral. Sin embargo, el TJCE acepta que la prohibición de discriminaciones basadas en el sexo es un derecho fundamental, y que por tanto forma parte de los principios generales del derecho comunitario. El TJCE no precisa en qué se basa para establecer la existencia de este derecho, simplemente afirma:

⁶⁵ El caso concreto versaba sobre una cláusula en el contrato laboral que preveía la terminación del contrato cuando la trabajadora, una azafata, cumpliera los 40 años, y que no constaba en los contratos con trabajadores de sexo masculino que desempeñaban el mismo trabajo.

*"que no se puede poner en duda el hecho que la eliminación de las discriminaciones fundadas sobre el sexo forma parte de estos derechos fundamentales"*⁶⁶.

A mayor abundamiento añade que esta misma concepción es reconocida por la Carta Social Europea⁶⁷ y el Convenio 111 de la OIT de 25 de junio de 1958⁶⁸.

Sin embargo, la afirmación de este derecho fundamental en este caso no es suficiente para apoyar los argumentos de la demandante, puesto que el TJCE concluye que su protección de los derechos fundamentales solamente opera en los ámbitos en los que interviene el derecho comunitario, y que las condiciones de trabajo diferentes de la retribución no estaban cubiertas en aquel momento por el derecho comunitario. El razonamiento del TJCE puede parecer sorprendente, puesto que por un lado afirma el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo y por otro hace prevalecer una interpretación del artículo 119 limitada, como regla especial que no cubre más que los salarios. Se diría que ante un principio general de no discriminación, si existe una regla especial en el Tratado prima la regla especial, aunque en este caso no sea la interpretación más liberal la que prevalezca. Pero no hay que olvidar que el TJCE no rechaza que la acción que se le somete viole un derecho fundamental, sino que lo que hace es afirmar que se trata de un ámbito sometido al derecho

⁶⁶ En francés en el original: "*qu'on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie de ces droits fondamentaux*", Rec. 1978, p. 1379.

⁶⁷ Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, BOE nº 153, de 26 de junio de 1980.

⁶⁸ Convenio 111 de la OIT de 25 de junio de 1958, BOE nº 291, de 4 de diciembre de 1968.

interno y al derecho internacional por no entrar dentro del campo de aplicación del derecho comunitario⁶⁹.

La manera estricta con la que el TJCE consideró en esta sentencia el ámbito de aplicación comunitario contrasta con la interpretación dada por el TJCE en la sentencia *Gravier*⁷⁰. Se discutía en este asunto el alcance del artículo 7 del TCEE, que enuncia la prohibición de discriminaciones por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado. El caso concreto versaba sobre la compatibilidad con dicho artículo de una legislación nacional que imponía una tasa o derecho de inscripción a los nacionales de otros Estados miembros para el acceso a cursos de enseñanza profesional. El TJCE constata que si bien la organización de la educación y la política de enseñanza no son ámbitos que el Tratado someta a la competencia de las instituciones comunitarias, el acceso y la participación a cursos de enseñanza y aprendizaje, especialmente cuando se trata de formación profesional, no son extraños al derecho comunitario.

A partir de aquí el TJCE realiza un examen sistemático de diversas disposiciones del derecho comunitario, en especial del artículo 128 del Tratado, a la luz de los objetivos generales del Tratado: la libre circulación de personas, la movilidad de la mano de obra y la mejora del nivel de vida de los trabajadores. Ello le permite concluir que las condiciones de acceso a la formación profesional entran en el ámbito de aplicación del Tratado y por tanto es de aplicación el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, a pesar de que las instituciones comunitarias no habían ejercido ninguna competencia en la

⁶⁹ Sobre este tema relativo al ámbito de aplicación de la protección comunitaria de los derechos fundamentales, véase *infra*, cap. VI.

⁷⁰ Sentencia del TJCE de 3 de febrero de 1985, as. 293/83, *Françoise Gravier contre Ville de Liège*, Rec. 1985, pp. 593 y ss.

materia. La sentencia *Gravier* es un ejemplo, entre muchos otros, de cómo el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha sido interpretado por el TJCE en el sentido de contribuir a la protección de los derechos de los ciudadanos no sólo en relación con actividades económicas (trabajadores asalariados o independientes, y prestadores o receptores de servicios) sino también al margen de estas actividades, siempre que haya una mínima relación con los Tratados⁷¹.

La prohibición de discriminaciones entre productores o consumidores de la Comunidad en el ámbito de la organización común de los mercados agrícolas enunciada en el artículo 40, apartado 3, párrafo segundo del Tratado también ha sido interpretada por el TJCE, desde la sentencia *Ruckdeschel*⁷², como expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del derecho comunitario. En esta sentencia el TJCE afirmó que si bien el artículo 40.3.2 prohíbe cualquier discriminación entre productores de un mismo producto, de su texto no se deduce claramente que deba aplicarse a las relaciones entre diferentes sectores industriales o comerciales en el ámbito de los productos agrícolas transformados. Sin embargo, dado que este artículo es una manifestación específica de un principio más general, debe ser interpretado extensivamente y admitir que cubre dicho tipo de discriminaciones. El criterio teleológico que sostiene dicha interpretación se deduce claramente de las conclusiones del Abogado General CAPOTORTI,

⁷¹ Véanse, entre otras, las sentencias *Mutsch* (sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, as. 137/84, *Ministère public contre Robert Heinrich Maria Mutsch*, Rec. 1985, pp. 2681 y ss.), *Reed* (sentencia del TJCE de 17 de abril de 1986, as. 59/85, *Estado neerlandés contra Ann Florence Reed*, Rec. 1986, pp. 1283 y ss.), y *Wolf* (sentencia del TJCE de 7 de julio de 1988, ass. 154, 155/87, *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) contre Heinrich Wolf y NV microtherm Europe y otros*, Rec. 1988, pp. 3897 y ss.)

⁷² Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 1977, ass. 117/76 y 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Diamalt AG contre Hauptzollamt Itezohe*, Rec. 1977, pp. 1753 y ss.

cuando analiza cuál es la finalidad del artículo 40.3.2. TCEE y concluye que ésta consiste en garantizar a los administrados la igualdad de trato ante el ejercicio del poder de la Comunidad de intervenir en la organización de la agricultura⁷³.

El principio de libre circulación ha sido consagrado también como un principio general que encuentra su consagración en diferentes disposiciones específicas de los Tratados. En efecto, en la sentencia *Watson & Belmann*⁷⁴ el TJCE realiza una aproximación general a las disposiciones del Tratado CEE relativas a los trabajadores, el derecho de establecimiento y los servicios:

*"que resulta de una aproximación entre estas distintas disposiciones que, en la medida en que son susceptibles de ser aplicables en casos como el de autos, éstas se fundan en los mismos principios en lo que se refiere tanto a la entrada y estancia, en el territorio de los Estados miembros, de personas afectadas por el derecho comunitario, como a la prohibición de toda discriminación ejercida sobre ellas en relación de la nacionalidad"*⁷⁵.

⁷³ Conclusiones del Abogado General F. CAPOTORTI, presentadas el 22 de setiembre de 1977, ass. 117/76 y 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Diamalt AG contre Hauptzollamt Itezohe*, Rec. 1977, pp. 1774 y ss. El Abogado General señala la importancia del principio de no discriminación: *"Dans les droits internes, il représente en premier lieu un aspect essentiel de tout catalogue des droits de l'homme et c'est pourquoi il a généralement une valeur constitutionnelle; mais, parallèlement au développement des interventions publiques dans l'économie, il a été appliqué également en faveur des entreprises dans le cadre de droit de l'économie. L'interdiction des discriminations en matière économique a pris de l'importance en premier lieu dans la jurisprudence américaine, depuis la fin du siècle dernier, en liaison surtout avec les principes qui protègent la liberté de concurrence. Mais la notion a été ensuite étendue dans le sens de limiter la liberté d'action des pouvoirs publics quant aux interventions en matière économique, dans le but de protéger les entreprises contre des différences abusives de traitement"*, Rec. 1977, p. 1778.

⁷⁴ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1185 y ss.

⁷⁵ En francés en el original: *"qu'il apparaît cependant d'un rapprochement entre ces différentes dispositions que, dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'être d'application dans des cas tels que celui d'espèce, elles sont fondées sur les mêmes principes en ce qui concerne tant l'entrée et le séjour, sur le territoire des États membres, des personnes relevant du droit communautaire, que l'interdiction de toute discrimination exercée à leur égard en raison de la nationalité"*, Rec. 1976, p. 1196.

Esta idea es recalcada posteriormente en la misma sentencia cuando el TJCE, tras hacer un repaso de los artículos correspondientes del Tratado, afirma:

*"que las disposiciones del Tratado y del derecho derivado comunitario que se acaban de citar representan la aplicación de un principio fundamental consagrado por el artículo 3, letra c), del Tratado donde se estipula que, a los fines del artículo 2, la acción de la Comunidad comporta la abolición, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios;"*⁷⁶.

Por tanto, el TJCE sitúa las diversas disposiciones del Tratado en el contexto de su sistema y de sus objetivos para subrayar la existencia de un principio general, de carácter fundamental, la libertad de circulación⁷⁷.

El derecho comunitario escrito ha servido también de base para el reconocimiento por parte del TJCE del derecho a una tutela judicial efectiva.

⁷⁶ En francés en el original: *"que les dispositions du traité et du droit communautaire dérivé qui viennent d'être citées mettent en œuvre un principe fondamental consacré par l'article 3, lettre c), du traité où il est dit qu'aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes et des services"*, Rec. 1976, p. 1198.

⁷⁷ La jurisprudencia sobre las distintas manifestaciones de este principio es abundantísima y su análisis exigiría entrar a analizar dicho principio en sus distintos elementos: ámbito material, ámbito personal, contenido, etc... Baste con señalar que el carácter fundamental de dicho principio ha llevado al TJCE a realizar una interpretación extensiva y finalista de estas disposiciones del Tratado. Sobre ello, véase ABELLÁN HONRUBIA, V.: "La contribución de la jurisprudencia del TJCE a la realización del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirigido por): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 771-803, y MANCINI, F.: "La circulación de trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirigido por): *El derecho comunitario europeo...*, op. cit., pp. 805-817.

Este derecho fue consagrado como un principio general del derecho comunitario en la sentencia *Johnston*⁷⁸.

Se trataba de un incidente prejudicial planteado por una jurisdicción británica en el marco de un litigio entre el *Chief Constable* que dirige la policía de Irlanda del Norte y la Sra. Johnston, agente auxiliar de esta policía. El contrato de la agente no fue renovado, debido a una reorganización por la que la mayoría de agentes de policía se destinaron a misiones que exigían el uso de armas de fuego. La autorización para que los agentes de policía pudiesen usar armas de fuego, en contra de la tradición británica, por razón de la situación particular de Irlanda del Norte, se concedió sólo a los hombres y excluyó a las mujeres. La Sra. Johnston consideró que había sido objeto de una discriminación por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976 sobre igualdad de trato, y a la *Sex Discrimination Order* de 1976 que efectuaba la transposición de dicha directiva al derecho interno. Frente a la demanda de la Sra. Johnston, el *Chief Constable* presentó un certificado ministerial que afirmaba que la decisión causante de la discriminación obedecía a la necesidad de salvaguardar la seguridad del Estado y de proteger la seguridad y el orden público. Según el artículo 53 de la *Sex Discrimination Order* dicho certificado ministerial tendría valor de prueba irrefutable. Ante ello el tribunal británico decidió interrogar al TJCE, no sólo sobre el contenido del principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva de 1976, sino sobre el alcance del derecho a invocar dicho principio ante las jurisdicciones nacionales, derecho que la Sra. Johnston consideraba que quedaba vaciado de contenido por la prerogativa concedida al ministro por el artículo 53 de la normativa británica.

⁷⁸ Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.

La respuesta del TJCE se basó en el artículo 6 de dicha Directiva que dispone que: "*Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato...pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes*"⁷⁹. El TJCE interpreta dicho artículo dentro del conjunto de normas al que pertenece, es decir, la totalidad de la directiva, y concluye que los Estados miembros deben adoptar las medidas eficaces para conseguir los objetivos de la directiva, y por tanto que los derechos que ésta confiere pueden ser invocados ante las jurisdicciones internas. El TJCE añade que el artículo 6 de la Directiva es la expresión de un principio general:

*"El control jurisdiccional impuesto por dicho artículo es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este principio está igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950"*⁸⁰.

A partir de esta interpretación el TJCE concluye que una disposición nacional de tipo de la que se juzgaba en este caso es contraria a dicho principio expresado en el artículo 6 de la Directiva.

⁷⁹ Directiva del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, 76/207/CEE, DOCE L 39 de 14 de febrero de 1976, pp. 40 y ss., EE 05 vol. 2, pp. 70 y ss.

⁸⁰ Rec. 1986, p. 1682.

Esta sentencia ejemplifica la interrelación entre derecho comunitario escrito y derechos fundamentales. Por un lado, el artículo de la Directiva sirve de base al TJCE para afirmar la existencia de un principio general que protege un derecho. Por otro, el hecho que este derecho esté reconocido en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes sirve para justificar a mayor abundamiento una determinada interpretación del artículo de la Directiva.

Esta interrelación entre disposiciones del derecho comunitario y principios generales del derecho propios de los ordenamientos estatales o de instrumentos internacionales ha sido también muy visible en el ámbito de los derechos de la defensa. Por ejemplo, en la sentencia *AM & S*⁸¹ el TJCE elabora el principio del respeto a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente a partir de consideraciones de derecho comparado y de las disposiciones del derecho comunitario.

En efecto, el TJCE parte por un lado de un análisis de conjunto del reglamento n° 17/62 y en particular de su artículo 14, que habilita a la Comisión a verificar los documentos profesionales de una empresa que ella considere necesarios para poder investigar una infracción del derecho comunitario de la competencia. El TJCE constata a continuación que esta reglamentación comunitaria debe interpretarse teniendo en cuenta los principios y las orientaciones de los ordenamientos de los Estados miembros en materia de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente.

En esta ocasión el TJCE hace explícito en el texto de la sentencia el análisis de derecho comparado, resaltando las diversidades y las coincidencias

⁸¹ Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, as. 155/79, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, pp. 1575 y ss.

entre los distintos ordenamientos jurídicos en esta materia. Este análisis le lleva a concluir que puede considerarse como criterio común el hecho de proteger la confidencialidad, siempre que se trate de una correspondencia intercambiada en el marco y para la defensa del cliente y que emane de abogados independientes, es decir que no se encuentren sometidos a la estructura laboral de la empresa. Estas condiciones el TJCE las justifica no sólo a partir de su análisis de derecho comparado sino también a partir del propio derecho comunitario. Por un lado, el artículo 19 del Reglamento nº 17/62 protege los derechos de la defensa, por otro la exigencia de que se trate de abogados independientes deriva de una concepción del papel del abogado, considerado como colaborador de la justicia, que se halla presente en los artículos 17 del Estatuto del Tribunal CEE y CEEA y 20 del Estatuto del Tribunal CECA. Todas estas consideraciones llevan al TJCE a concluir:

"A la vista de todos estos elementos, hay que concluir que si el reglamento nº 17/62 y en particular su artículo 14, interpretado a la luz de sus términos, de su sistema y de sus finalidades, y teniendo en cuenta el derecho de los Estados miembros, habilita a la Comisión a reclamar, en el curso de una verificación en el sentido de dicho artículo, todos los documentos profesionales que estime necesario conocer, incluido la correspondencia entre abogado y cliente, para la persecución de eventuales infracciones a los artículos 85 y 86 del Tratado, este poder encuentra sin embargo un límite en la exigencia del respeto a la confidencialidad, en las condiciones arriba definidas, y en el supuesto que la correspondencia en cuestión sea intercambiada entre un abogado independiente, es decir, que no esté ligado al cliente por una relación laboral, y este último"⁸².

⁸² En francés en el original: "Au vu de tous ces éléments, il ya donc lieu de conclure que si le règlement nº 17/62, et, en particulier son article 14, interprété à la lumière de son libellé, de son système et de ses finalités, et compte tenu du droit des Etats membres, habilite à la Commission à se faire présenter, lors d'une vérification au sens dudit article, tous les documents professionnels qu'elle estime nécessaire de connaître, y inclus la correspondance

En el ámbito de los derechos de la defensa también resultan particularmente interesantes, por lo que se refiere a la metodología seguida por el TJCE, las sentencias *Hoechst*, por un lado, y *Orkem* y *Solvay* por otro⁸³.

En la sentencia *Hoechst*⁸⁴ la discusión fundamental giraba en torno al alcance y los límites de los poderes de verificación de la Comisión enunciados en el artículo 14 del reglamento nº 17/62. La empresa demandante sostenía que dicho artículo no podía interpretarse en el sentido de llevar a cabo un "registro" sin mandato judicial previo, puesto que ello sería contrario a los derechos fundamentales, en concreto al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Tras recordar que los derechos fundamentales están protegidos en el ordenamiento comunitario según reiterada jurisprudencia, el TJCE limitó el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas físicas.

El Tribunal no reconoció la existencia de tal derecho para las personas jurídicas, basándose en la ausencia de criterios comunes al respecto en los sistemas de los Estados miembros y por considerar que no estaba reconocido en el artículo 8 del CEDH, señalando en particular la ausencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en este sentido. Sin embargo, el TJCE admite que de los derechos de los Estados miembros se deriva el principio que las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de

entre avocat et client, pour la poursuite d'éventuelles infractions aux articles 85 et 86 du Traité, ce pouvoir rencontre cependant une limite dans l'exigence du respect de la confidentialité, aux conditions ci-dessus définies et dans la circonstance que la correspondance en question est échangée entre un avocat indépendant, c'est-à-dire non lié au client par un rapport d'emploi, et ce dernier.", Rec. 1982, p. 1612.

⁸³ Sobre estas sentencias puede verse el comentario de VILÀ COSTA, B.: "Los derechos de defensa en el derecho comunitario", *RIE*, 1990, nº 2, pp. 499-523.

⁸⁴ Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2859 y ss.

la actividad privada de las personas deben tener un fundamento legal y estar debidamente justificadas. A la luz de este principio el TJCE pasa a analizar los límites a la intervención de la Comisión que se derivan del propio reglamento nº 17/62. Del texto del artículo 14 el TJCE enuncia que la Comisión, en sus verificaciones, deberá respetar las garantías procesales previstas en el derecho interno y que las autoridades internas, si bien no tienen la capacidad de apreciación de la necesidad de una verificación, sí pueden apreciar la autenticidad de la decisión, así como su posible carácter arbitrario o excesivo en relación con el objeto de la verificación y deben velar por el cumplimiento de las reglas nacionales de procedimiento en el desarrollo de tales medidas.

En este caso, pues, el TJCE no reconoce la existencia de un determinado derecho fundamental, pero extrae de las disposiciones escritas del derecho comunitario, determinadas garantías que, según la interpretación que hace el TJCE, corresponde sobre todo controlar a las autoridades internas.

En los asuntos *Orkem*⁸⁵ y *Solvay*⁸⁶ las demandantes solicitaban la anulación de una Decisión de la Comisión por la que ésta solicitaba determinados datos a las empresas, por considerar que las cuestiones planteadas por las Comisión obligaban a producir respuestas autoinculporatorias, utilizables por la Comisión posteriormente como pruebas de las infracciones, lo cual vulnera el derecho fundamental a no declarar en contra propia. El TJCE parte de la constatación de que el Reglamento nº 17/62 no reconoce a la empresa objeto de una medida de investigación ningún derecho a sustraerse a la ejecución de tal medida, debido a que el resultado de la misma pudiera conducir a la admisión

⁸⁵ Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989, as. 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3283 y ss.

⁸⁶ Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989, as. 27/88, *Solvay & Cie. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3355 y ss.

de una infracción. En ausencia de un derecho al silencio consagrado expresamente por el reglamento, el TJCE pasa a examinar si, y en qué medida, los principios generales del derecho comunitario, de los que los derechos fundamentales forman parte integrante y a la luz de los cuales todos los textos de derecho comunitario deben ser interpretados, impone, como argumentan las empresas recurrentes, el reconocimiento de un derecho a no proporcionar elementos de información susceptibles de ser utilizados para establecer, en contra de quien los proporciona, la existencia de una infracción a las reglas de la competencia.

El Tribunal señala que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros reconocen generalmente el derecho a no declarar en contra propia sólo a las personas físicas y en el marco de un procedimiento penal. Por tanto, del derecho comparado no se concluye la existencia de tal derecho para las personas jurídicas en el ámbito de infracciones de naturaleza económica. Tampoco el TJCE considera que este derecho esté reconocido en el artículo 6 del CEDH ni en el artículo 14 del Pacto Internacional, que también se limita al ámbito penal. Sin embargo, el TJCE deduce la existencia de un derecho a la no autoincriminación a partir de los límites de los poderes de investigación que representan los derechos de la defensa:

"Por consiguiente, aunque para preservar la eficacia de los apartados 2 y 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17 la Comisión tenga la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la

competencia, la referida institución no puede, mediante una solicitud de información, vulnerar el derecho de defensa reconocido a la empresa.

Así, pues, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión"⁸⁷.

Al igual que en la sentencia *Hoechst*, las garantías de las empresas frente a las verificaciones de la Comisión no procederán de un derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio sino de las limitaciones que el propio derecho comunitario prevé para los poderes de la Comisión; en las sentencias *Solvay* y *Orkem* el derecho a no declarar en contra propia se extrae de los derechos de la defensa garantizados por el derecho comunitario y no de la existencia de un derecho fundamental común a los Estados miembros y reconocido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. No resulta fácil extraer las consecuencias de la distinción que el TJCE realiza en estas sentencias. Ya se ha señalado⁸⁸ que en el caso *Hoechst* podría considerarse, como apunta el juez RODRÍGUEZ IGLESIAS⁸⁹, que el no reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas como un derecho fundamental exime al TJCE de establecer un estándar comunitario de protección, operándose una remisión a los derechos internos. Pero en el caso de las sentencias *Orkem* y *Solvay* el TJCE no hace ninguna remisión a los derechos internos y establece un límite o una prohibición clara para la Comisión: no puede imponer a las empresas la obligación de dar respuestas por las cuales se

⁸⁷ Rec. 1989, p. 3351.

⁸⁸ Véase *supra*, cap. II.

⁸⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, en la Sede de la Universidad en Getafe*, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1993, pp. 201-233, p. 220.

admita la existencia de una infracción. Y a partir de este criterio general, el TJCE examina las preguntas que la Comisión formuló en la Decisión objeto de recurso y anula aquéllas que considera contrarias a este principio general. La consecuencia, por tanto, de la vulneración del principio general por parte de la Comisión es la anulación de la Decisión.

En todas las sentencias que se han examinado hasta ahora el TJCE afirma la protección de un derecho fundamental a partir de una determinada interpretación de un precepto de derecho comunitario. Pero en materia de derechos fundamentales, el derecho comunitario escrito no siempre ha sido suficiente para ofrecer una respuesta a los casos que se han planteado ante el TJCE. Por ello el TJCE ha debido no sólo interpretar en el sentido estricto de esta expresión, sino también integrar el derecho comunitario.

2.2. La integración del derecho comunitario en el ámbito de los derechos fundamentales.

El tema de las decisiones judiciales que colman lagunas o, dicho de otro modo, de la integración de los ordenamientos jurídicos, ha sido históricamente objeto de polémica entre los estudiosos de la teoría del derecho. La doctrina clásica sobre la función judicial se ampara en el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico para afirmar que interpretar consiste en determinar el sentido de la norma, no cambiar ni innovar, completar o substituir, sino exclusivamente declarar y reconocer el significado de la norma escrita que está contenido en el texto. El problema se complica cuando el juez está en presencia de un vacío jurídico de la norma, que no prevé una solución aplicable al caso concreto. Este problema lo resuelve la concepción clásica rechazando la existencia de lagunas auténticas o, en otras palabras, sosteniendo el carácter

completo del ordenamiento jurídico y, consiguientemente, se afirma que si una situación jurídica no cae bajo el imperio de los textos jurídicos escritos, no se trata de una laguna verdadera sino que se aplica el principio general de libertad de las acciones no prohibidas.

La plenitud del ordenamiento jurídico ha sido teorizada desde diversos planteamientos: por ejemplo, desde la teoría de los "espacios jurídicos"⁹⁰, según la cual hay un "espacio jurídico lleno" y un "espacio vacío de derecho" y también por autores que afirman la existencia de una "norma general excluyente"⁹¹ que cierra el ordenamiento, según la cual todo lo que no está prohibido ni es obligatorio está permitido. Sin embargo, la afirmación de que los ordenamientos jurídicos son completos dista mucho de poder ser aceptada totalmente. En efecto, parece ingenuo pensar que pueda existir un cuerpo jurídico capaz de prever con antelación todos los casos posibles⁹², a lo que hay que añadir las imperfecciones y obscuridades que implica necesariamente el lenguaje.

El reconocimiento de las lagunas combinado con la regla de *non liquet* hace que la actividad de interpretación realizada por los jueces no puede verse limitada a construir el sentido de las normas, sino que también incluye la integración de los textos jurídicos en caso de lagunas. Como señala el juez

⁹⁰ Tesis sustentada principalmente por BERGBOHM y por SANTI ROMANO.

⁹¹ KELSEN utilizó esta supuesta solución en la última edición (1960) de su *Teoría pura del derecho*, traducción al castellano de R.J. VERNENGO, UNAM, Méjico, 1979, p. 252.

⁹² Así lo expresa HART: "*Si el mundo en que vivimos estuviere caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad (...); las reglas podrían especificar pr adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica mecánica. Obviamente este mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar*", HART, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 160.