

¿UNA CONSTITUCION SIN DECLARACION DE DERECHOS?

(Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea) (*)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

I

La preocupación por la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario europeo ha experimentado un visible y progresivo aumento en las dos últimas décadas. Así lo demuestran la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) y las tomas de posición al respecto de las instituciones políticas de la Comunidad (1). La literatura doctrinal sobre la materia, por lo demás, es hoy día de notable amplitud (2). Las razones de este creciente interés parecen claras, en un doble sentido.

(*) El presente estudio recoge el texto de una conferencia pronunciada el 15 de marzo de 1991 en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Palermo, dentro de un ciclo sobre *L'Europa del 1993* patrocinado por el *Istituto Gramsci siciliano*. Deseo expresar mi gratitud a los organizadores, personificados en el Profesor Francesco Teresi, por su gentileza al autorizar la publicación separada, en lengua castellana, de mi intervención.

(1) Los textos de todas estas resoluciones políticas, así como una selección de las más importantes sentencias en la materia, pueden encontrarse en los Anexos II y III del trabajo de A. CLAPHAM, «Human Rights and the European Community: A Critical Overview», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER (eds.), *European Union: The Human Rights Challenge*, vol. I, Baden-Baden, s. f. (1990).

(2) La bibliografía doctrinal sobre la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario es vastísima. Una buena selección, puesta al día, puede hallarse en A. CLAPHAM, «Human Rights...», pp. 105 y ss. Mención aparte merece el informe realizado a instancia de la Comisión de la Comunidad Europea por el Profesor R. BERNHARDT, Director del Instituto Max-Planck de Heidelberg, «Problèmes liés à l'établissement d'un catalogue des droits fondamentaux pour les Communautés européennes», publicado en *Bulletin de la Communauté européenne*, supl. 5/76. En la

Por una parte, si bien en la etapa fundacional se pensaba que ninguna de las tres Comunidades —por su propia limitación competencial y por el carácter eminentemente especializado de sus cometidos— suponía un grave riesgo para los derechos fundamentales, hace ya tiempo que esta creencia entró en crisis. A ello ha coadyuvado la constante ampliación —a menudo al margen de una reforma formal de las competencias— de la acción comunitaria, la cual incide directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos de los Estados miembros. La amenaza a los derechos fundamentales, consistente en una autoridad altamente intervencionista sobre una sociedad tecnológica de masas, deviene así evidente (3). Téngase presente además que, a partir de 1986, esta tendencia se ha visto acentuada por el Acta Unica Europea, que no sólo ha agilizado los procedimientos de producción normativa (atenuación de la regla tradicional de la unanimidad, potestad cuasi-automática de la Comisión de dictar normas secundarias de desarrollo, etc.), sino que ha sentado las bases para el logro del *mercado único*, en cuyo ámbito el genuino poder público será, por definición, la Comunidad misma y será, en consecuencia, a ella a quien habrá que exigir el respeto hacia los derechos fundamentales (4).

Por otra parte, el proceso de integración europea empuja en este mismo sentido. Es cierto que el Acta Unica Europea está aún lejos de haber dado vida a una auténtica *unión política* y que, por tanto, es inapropiado hablar de ella —al igual que de los demás tratados institutivos— como de *Constitución* de la Comunidad (5); pero no es menos ajustado a la verdad que la

reciente literatura española, cabe citar A. G. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989; D. LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1986; y G. ROBLES MORCHÓN, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988.

(3) Véase, por todos, M. A. DAUSES, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, pp. 401-403.

(4) Véanse J. SCHWARZE, «The Reform of the European Community's Institutional System by the Single European Act», en J. SCHWARZE (ed.), *Legislation for Europe 1992*, Baden-Baden, 1989, pp. 11 y ss., así como R. DEHOUSSE, «1992 and Beyond: The Institutional Dimension of the Internal Market Programme», en *Legal Issues of European Integration*, 1989, vol. I, pp. 109 y ss. Sobre la potestad de la Comisión de dictar normas de desarrollo, puede consultarse mi trabajo «El nuevo régimen de las competencias ejecutivas de la Comisión de las Comunidades Europeas (La decisión del Consejo de 13 de julio de 1987)», en *Noticias CEE*, n.º 37.

(5) Sobre la imposibilidad de configurar los tratados institutivos como una genuina Constitución, véase J. SCHWARZE, «The Reform...», pp. 17-20. Sobre el fracaso de más ambiciosos proyectos tendentes a la constitucionalización, que acaba-

Comunidad no es ya una simple organización internacional o agregado de organizaciones internacionales, sino una estructura supranacional *sui generis* con ciertos rasgos propios de un Estado federal (6). Es precisamente esta inequívoca evolución hacia una configuración estatal —o, si se prefiere, hacia un ordenamiento soberano— la que ha conducido a plantear, en términos claramente jurídico-constitucionales, algunos de los problemas políticos básicos de la integración europea (7). Tal es, por ejemplo, el caso del célebre *déficit democrático* de la Comunidad y tal es, sin duda, el de la protección de los derechos fundamentales en el seno de la misma.

Ocurre, sin embargo, que, si bien el planteamiento de la cuestión responde en gran medida a un esquema jurídico-constitucional, su tratamiento dogmático ha sido con frecuencia abordado desde el punto de vista del Derecho internacional o, específicamente, del Derecho comunitario. Por ello, tal vez no sea del todo ocioso hacer algunas reflexiones sobre los problemas actuales y las perspectivas de desarrollo de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, a partir de la experiencia que ofrece el Derecho constitucional comparado. A este fin es preliminarmente necesario hacer referencia, siquiera somera, a la evolución de dicha protección de los derechos fundamentales y al presente *status quaestionis* en el Derecho comunitario.

II

Como es bien sabido, los tratados institutivos no recogen un catálogo o declaración de derechos. Se limitan a proclamar las llamadas *cuatro libertades básicas* (libertad de circulación de trabajadores, capitales, bienes y servicios), así como a garantizar ciertos derechos conexos a aquéllas, como son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 7 del Tratado CEE) y el principio de igual remuneración a igual trabajo, con independencia del

ron por contentarse con el Acta Unica, véase R. DEHOUSSE, «1992 and Beyond...», pp. 109-111.

(6) Un amplio análisis en este sentido, basado en la idea de supranacionalidad, puede hallarse en J. WEILER, *Il sistema comunitario europeo (Struttura giuridica e processo politico)*, Bolonia, 1985, *passim*.

(7) Una cierta constitucionalización del ordenamiento comunitario se habría producido indirectamente desde el momento en que los operadores jurídicos comunitarios y, en particular, el TJCE no razonan en términos jurídico-internacionales, sino que han adoptado criterios claramente jurídico-constitucionales, según observa J. WEILER, «Eurocracy and Distrust (Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities)», en *Washington Law Review*, 1986, p. 1105.

sexo del trabajador (art. 119 Trat. CEE). Aquí terminan los apoyos textuales, de suerte que la construcción de un sistema de tutela de los derechos fundamentales ha sido sustancialmente obra del TJCE (8).

No obstante, con anterioridad a 1970, el TJCE se había negado sistemáticamente a reconocer la existencia de derechos fundamentales, vinculantes para las instituciones comunitarias y operantes como criterio de validez del Derecho derivado por éstas producido, más allá del tenor literal de los tratados institutivos. Tempranamente, en el paradigmático caso *Stork* (1959), el TJCE había señalado que los actos comunitarios son enjuiciables únicamente a la luz de los tratados institutivos, sin que quepan al respecto consideraciones de Derecho nacional, incluso constitucional, de los Estados miembros. Esta línea jurisprudencial, como es también sabido, entró en crisis a finales de los años sesenta, cuando ciertos órganos judiciales nacionales comenzaron a cuestionar la validez y aplicabilidad de actos comunitarios que no respetaran los derechos reconocidos en sus respectivas Constituciones.

Su argumentación era sencilla: es cierto que Derecho comunitario y Derechos nacionales constituyen ordenamientos jurídicos distintos y que por ello las instituciones comunitarias sólo están sujetas al primero de ellos; pero, por idéntica razón, es claro que los órganos judiciales nacionales están obligados a dar aplicación a las normas de sus respectivos ordenamientos, especialmente cuando son de rango constitucional. Los principios de eficacia directa y supremacía del Derecho comunitario —que son, ellos mismos, una creación jurisprudencial del TJCE— no pueden ser llevados hasta el punto de prevalecer sobre normas constitucionales, ya que ello implicaría admitir que la transferencia de competencias estatales habría sobrepasado las disposiciones constitucionales que autorizan la transferencia misma (9). Esta rebelión llegó a su punto culminante en los años 1973 y 1974, cuando los Tribunales Constitucionales italiano y alemán dictaron sendas sentencias en este sentido (10).

(8) Una antología de las más importantes sentencias al respecto puede encontrarse, como se dijo, en el Anexo III del trabajo de A. CLAPHAM, «Human Rights...», pp. 244 y ss., adonde se remite para la completa referencia de las sentencias que a continuación se mencionarán.

(9) Véase, por todos, A. ROTTOLA, «Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario», en *Rivista di diritto europeo*, 1978, pp. 220-221 y 225.

(10) El razonamiento de la *Corte Costituzionale* italiana llegaba aún más lejos, al amenazar con declarar la inconstitucionalidad de la ley de autorización de adhesión a las Comunidades. Sobre toda esta rebelión, véanse T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1988, pp. 219 y ss.; M. HILF, «The Protection of Fundamental Rights in the Community», en E. G. JACOBS (ed.), *European Law and the*

Todo ello condujo al TJCE a modificar su actitud. El cambio de dirección de la jurisprudencia, de alguna manera anunciado en el asunto *Stauder* (1969), se produjo con la famosa sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), en la cual el TJCE afirmó la existencia en el ordenamiento comunitario de principios generales tendentes a la protección de los derechos fundamentales y procedentes de las *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*. Esta nueva línea jurisprudencial se vio completada por las sentencias *Nold* (1974) y *Hauer* (1979), que reconocen a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los Estados miembros y, en particular, al Convenio Europeo de 1950 cierto valor indicativo a la hora de definir los derechos fundamentales vinculantes en el Derecho comunitario. Con posterioridad, el TJCE ha dictado un buen número de resoluciones en las que ha ido progresivamente ampliando la cantidad y la naturaleza —ahora también algunos derechos prestaciones gozan de tutela— de los derechos protegidos; pero, por lo que ahora interesa, el modo de abordar el problema ha permanecido inalterado hasta la fecha (11). En pocas palabras, el TJCE ampara los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho que derivan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, para cuya identificación e interpretación es instrumento cualificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este giro de la jurisprudencia ha sido brillantemente explicado por algún estudioso como la paradoja del continuado esfuerzo del TJCE por afirmar y mantener, cualesquiera que sean las circunstancias, la supremacía del Derecho comunitario (12). En efecto, mientras que en la primera etapa —en la que aún no se habían asentado los principios de eficacia directa y supremacía—

Individual, Amsterdam, 1976, pp. 150 y ss.; U. SCHEUNER, «Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law: Recent Decisions in Italy and in the Federal Republic of Germany», en *Common Market Law Review*, 1975, vol. II, pp. 171 y ss.

(11) Un claro análisis de la evolución de esta jurisprudencia puede hallarse en M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 404 y ss.; y un examen de los principales derechos tutelados (propiedad privada, libertad de empresa, igualdad, etc.), en T. C. HARTLEY, *The Foundations...*, pp. 139 y ss. Sobre la técnica de la elaboración de principios generales por el TJCE, es de necesaria consulta el trabajo de M. AKEHURST, «The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities», en *British Yearbook of International Law*, 1981, pp. 29 y ss. Téngase en cuenta, por lo demás, que el TJCE ha declarado en la sentencia *International Fruit Company* (casos 21 a 24/72) de 1972 que un acuerdo internacional suscrito por todos los Estados miembros —en este supuesto, se trataba del GATT— puede ser vinculante en el ordenamiento comunitario. Esta doctrina ofrece base para la citada utilización por el TJCE del Convenio Europeo.

(12) Véase J. WEILER, «Eurocracy...», pp. 1111 y ss.

la afirmación del valor de los derechos fundamentales por parte del TJCE habría desembocado en la preeminencia de las Constituciones nacionales, posteriormente la legitimación política del propio principio de supremacía del Derecho comunitario —y del papel central del Tribunal, en cuanto guardián de éste— habría exigido mostrar que este ordenamiento satisface las exigencias básicas en sede de protección de los derechos fundamentales (13). Este extraordinario caso de activismo judicial, por lo demás, habría sido aceptado sin gran oposición ni reserva, al menos, por tres órdenes de motivos: el TJCE no ha tenido que afrontar *grandes cuestiones* en materia de derechos fundamentales (derecho a la vida, libertad de expresión, etc.), capaces de sensibilizar a la opinión pública (14); la jurisprudencia del TJCE no ha supuesto —ni hoy por hoy podría hacerlo— una *incorporation* de los derechos fundamentales reconocidos a nivel comunitario dentro de los ordenamientos nacionales, de suerte que no ha habido recelos por parte de aquellos Estados miembros carentes de un genuino control de constitucionalidad de las leyes (15); y, en fin, la estructura no democrática de la Comuni-

(13) J. WEILER, «Eurocracy...», p. 1111, añade una segunda explicación de este giro jurisprudencial: el sistema comunitario de *judicial review*, modelado sobre el Derecho administrativo francés, tendría como principal misión, no salvaguardar la supremacía de los tratados institutivos, sino evitar extralimitaciones competenciales de la Comunidad. Sería, así, un órgano de *Staatsgerichtsbarkeit*, más que de *Verfassungsgerichtsbarkeit*. En sentido similar parecen pronunciarse E. STEIN y G. J. VINING, «Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal Context», en E. G. JACOBS (ed.), *European Law...*, pp. 129-131, donde se hace un parangón de la situación de la revisión de la actividad administrativa en Estados Unidos y la Comunidad Europea. Con ser probablemente correctas las observaciones de Weiler, ninguno de estos dos planteamientos parece enteramente convincente, porque en materia de derechos fundamentales —precisamente por su *naturaleza fundamental*— el punto de referencia no puede ser la *judicial review of administrative action*, sino la *judicial review of legislation*. Sólo esta última protege específicamente derechos fundamentales, y no cualquier otra clase de derechos subjetivos. No parece lícito, dicho de otro modo, equiparar en bloque toda la actividad comunitaria a actividad de naturaleza administrativa.

(14) Cfr. A. CLAPHAM, «Human Rights...», p. 40, donde hace la afirmación, excesivamente generalizadora, de que los sistemas constitucionales de protección de los derechos fundamentales están diseñados para dar respuestas sólo a esas *grandes cuestiones*.

(15) En la terminología constitucional norteamericana se denomina *incorporation* la aplicación del *Bill of Rights* federal también a los actos de los distintos Estados. El proceso de *incorporation* fue iniciado con la aprobación de la XIV Enmienda en 1868, que tenía como objetivo evitar el renacimiento del viejo *status quo* en los recién derrotados Estados del Sur; pero fue necesaria una larga evolución jurisprudencial antes de que los *standards* federales en materia de derechos fundamentales alcanzaran plena

dad enerva cualquier tentación —más bien, opera en sentido opuesto— de esgrimir el gran argumento contra el activismo judicial, es decir, su naturaleza antimayoritaria. Conviene subrayar, sin embargo, que toda esta articulada explicación no es incompatible con la constatación de un hecho mucho más elemental: a pesar del radical cambio de posición del TJCE en cuanto a los derechos fundamentales, puede percibirse en su jurisprudencia un constante hilo conductor, consistente en la afirmación de que el único criterio de validez de los actos de la Comunidad es el Derecho comunitario mismo. De aquí que, cuando el TJCE ha creído necesario dotar de protección a los derechos fundamentales, no ha declarado la aplicabilidad directa de las normas constitucionales nacionales, sino que ha buscado medios propios de integración de las lagunas del ordenamiento comunitario, a fin de preservar la plenitud de éste (16).

Llegados a este punto, es menester examinar no ya si los derechos fundamentales son protegidos en el Derecho comunitario, sino más bien cuál es el tipo de tutela que éste les dispensa. Este interrogante puede ser desdoblado en tres: ¿cuál es el rango jerárquico de las normas o principios que reconocen derechos fundamentales y, por tanto, a quién vinculan?; ¿a qué obligan los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario?; ¿cuáles son las vías procesales existentes para hacer valer dichos derechos?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, parece pacífico que los derechos fundamentales reconocidos por el TJCE en cuanto principios generales —y, *a fortiori*, ello sería también predicable de las libertades expresamente consagradas en los tratados institutivos— se encuentran en un escalón jerárquico superior al Derecho comunitario derivado. De aquí se desprende que operan como canon de validez de los actos de las instituciones comunitarias (arts. 173 y 177 Trat. CEE), constituyendo un límite que éstas deben respetar (17). No es claro, en cambio, cuál es la posición de esos principios generales en relación con el Derecho comunitario primario —esto es, los tratados institutivos—, si bien probablemente lo más que puede afirmarse es que, de alguna manera, forman parte de él. Por lo demás, vale la pena indicar que existe la base para el reconocimiento, por parte del TJCE, de principios gene-

eficacia en el interior de los Estados. A este respecto, véase, por todos, J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA y J. N. YOUNG, *Constitutional Law*, St. Paul, 1986, pp. 315 y ss.

(16) Véase A. ROTTOLA, «Il problema...», pp. 222-224.

(17) Véase, por todos, M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 410-411. Un interesante examen de los distintos niveles en que deben ser protegidos los derechos fundamentales en el ámbito comunitario (frente a la actividad de las instituciones comunitarias, frente a las autoridades nacionales en materias de relevancia comunitaria, etc.) puede hallarse en A. CLAPHAM, «Human Rights...», pp. 29 y ss.

rales vinculantes para las instituciones comunitarias: se halla expresamente recogida en los artículos 164 y 173 del Tratado CEE, cuando hablan, respectivamente, del «Derecho» y de «cualquier norma jurídica», como de algo distinto del tratado mismo, a efectos de controlar la validez del Derecho derivado (18).

En cuanto al contenido de la vinculación de las instituciones comunitarias a los derechos fundamentales, el TJCE estableció en el ya mencionado caso *Hauer* las tres reglas básicas al respecto: toda medida que afecte a los derechos fundamentales debe estar justificada por la persecución de un fin de interés general propio de la Comunidad; la medida debe ser proporcionada a dicho fin; y, en todo caso, ha de respetarse la sustancia o núcleo duro —el *contenido esencial*, en terminología constitucional germano-española— del derecho afectado (19). Los derechos fundamentales, de este modo, representan límites en el proceso de creación y aplicación de las normas comunitarias, cuya infracción incide sobre la validez del acto mismo de creación o aplicación. Se trata, en otras palabras, de que, para incidir sobre derechos fundamentales, los actos comunitarios han de cumplir ciertas condiciones.

Por lo que respecta, en fin, a las vías procesales idóneas para invocar protección frente a la violación de derechos fundamentales, es preciso poner de relieve que en el Derecho comunitario no existen procesos específicos para

(18) El artículo 164 Tratado CEE dice: «El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado.» Por su parte, el artículo 173 Tratado CEE dispone en su primer párrafo: «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes. A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o de desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión.» Sobre la base que ofrecen los preceptos transcritos para el reconocimiento de la existencia y fuerza vinculante de ciertos principios generales, véanse M. AKHURST, «The Application...», p. 49, así como T. C. HARTLEY, «The Foundations...», pp. 129-131. Por lo demás, es claro el paralelismo con el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn o con el artículo 103 de la Constitución española, que, como es notorio, distinguen el *Derecho* como algo más amplio que la *ley*. Véase, a este respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984.

(19) Sobre las tres mencionadas reglas básicas, véase M. A. DAUSES, «La protección...», pp. 405-406. Sobre la recepción del principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario —así como sobre la influencia en el mismo de la jurisprudencia alemana—, véase T. C. HARTLEY, *The Foundations...*, pp. 145 y ss. Sobre el concepto de contenido esencial, véase L. PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, pp. 169 y ss.

la tutela de los mismos. Ello significa que esta tutela ha de llevarse a cabo a través de las formas procesales ordinarias existentes en el Derecho comunitario y, en especial, a través de aquéllas tendentes a la fiscalización de la validez de los actos comunitarios: el recurso directo (art. 173 Trat. CEE), el recurso indirecto o excepción (art. 184 Trat. CEE) y la cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por órganos judiciales nacionales (art. 177 Tratado CEE) (20).

He aquí, esquemáticamente expuesta, la situación vigente de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, situación que normalmente no es valorada como satisfactoria (21). Las críticas suelen centrarse en la falta de certeza que provoca la falta de una declaración de derechos —lo que determina una clara dependencia de la casuística jurisprudencial—, así como en las lagunas que este sistema no colma. Es ampliamente sentida como necesaria, verbigracia, una mayor sensibilidad hacia los derechos sociales de cara al mercado único. Prueba de este sentimiento de insatisfacción es, por lo demás, la larga serie de tomas de posición oficiales en favor de una declaración de derechos (22). Los problemas políticos e incluso meramente técnicos (seleccionar los derechos a incluir, lograr definiciones suficientemente precisas y restringidas, etc.) que conllevaría la elaboración de una declaración de derechos no necesitan ser comentados (23). Es en este cuadro, para concluir, en el que se han avanzado algunas propuestas intermedias, entre las que destaca la de la posible adhesión de la Comunidad en cuanto tal al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ello supondría, al menos, la existencia de una tabla de derechos con la que operar, por más que

(20) En materia de vías procesales de tutela en el ordenamiento comunitario, es obligada la referencia a H. G. SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, 4.ª ed., Deventer, 1987. Específicamente sobre los aspectos procesales de la protección de los derechos fundamentales, véanse E. STEIN y G. J. VINING, «Citizen Access...», *passim*, así como J. WEILER, «Methods of Protection of Fundamental Rights in the European Community: Towards a Second and Third Generation of Protection», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER (eds.), *European Union...*, vol. II, pp. 555 y ss.

(21) Véase, por todos, A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER, «What are our Rights? Agenda for a Human Rights Action Plan», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER (eds.), *European Union...*, vol. II, pp. 1 y ss. Una excepción a este generalizado juicio negativo viene dada por A. ROTTOLA, «Il problema...», pp. 227-228.

(22) Una recopilación de los textos de todas estas resoluciones, hasta las más recientes de 1989 sobre derechos y libertades fundamentales y sobre derechos sociales, puede encontrarse, como se dijo, en el Anexo II del trabajo de A. CLAPHAM, «Human Rights...», pp. 116 y ss. Para un análisis de la evolución y el significado de estas tomas de posición, véase M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 418-419.

(23) Véase M. HILF, «The Protection...», pp. 154 y ss.

no se adaptara completamente a las necesidades específicas de la realidad comunitaria y no cubriera los derechos sociales (24).

III

La situación recién descrita de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario inspira, como se apuntó anteriormente, algunas reflexiones desde la experiencia, más antigua y prolongada, del Derecho constitucional comparado. Estas reflexiones han de partir del también referido sentimiento de difusa insatisfacción por el sistema de tutela de los derechos fundamentales en una organización, como es la Comunidad Europea, que aspira a superar definitivamente una configuración de base jurídico-internacional. Por ello es preciso hacer una valoración crítica de dicho sistema de tutela, poniendo de relieve sus principales insuficiencias e incoherencias. En este punto, parece conveniente examinar por separado los aspectos problemáticos concretos de la actual situación y la cuestión más general del significado de los derechos fundamentales —así como de las declaraciones solemnes de los mismos— en toda organización jurídico-política que quiera calificarse como dotada de un *gobierno constitucional* (25).

Comenzando, pues, por los problemas específicos, parece aconsejable recordar preliminarmente una distinción básica que suele ser hecha por la jurisprudencia y la doctrina de aquellos países europeos provistos de sofisticadas reglas constitucionales en esta materia y que puede resumirse con la fórmula de la *doble faz de los derechos fundamentales* (26). Con esta expresión se

(24) Véase, por todos, A. CLAPHAM, «Human Rights...», pp. 97 y ss. Es verdad que ciertas libertades clásicas resultan de difícil vulneración por parte de la Comunidad; pero, aun así, ello es posible. Baste citar, como ejemplo paradigmático, la sentencia *Prais* (caso 130/75), dictada en 1976, en la que se planteaba un problema de libertad religiosa, cual era el de una concursante a un puesto de trabajo que fue llamada a examinarse en un día que, según su religión —la judía—, era festivo.

(25) Sobre la idea de gobierno constitucional, véase, por ejemplo, G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bolonia, 1990, pp. 11 y ss.

(26) Esta distinción tiene su origen en el Derecho constitucional alemán. Véase, por ejemplo, Ch. STARCK, «Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms», en Ch. STARCK (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Baden-Baden, 1987, pp. 33 y ss. Sobre la recepción de esta idea en España, véase P. CRUZ VILLALÓN, «La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 1, pp. 72-77. No es casual, por tanto, que un jurista alemán como M. A. DAUSES («La protección...», p. 423) aplique esta distinción en el ordenamiento comunitario.

intenta poner de manifiesto que los derechos fundamentales pueden operar de dos modos no enteramente coincidentes, a saber: como *derechos subjetivos* y como *valores objetivos*. En su primera condición —y de acuerdo con una idea generalmente admitida de derecho subjetivo—, los derechos fundamentales representan facultades que el ordenamiento reconoce a los individuos para la protección de ciertos intereses de los mismos (ámbitos de libertad o inmunidad, participación en determinados asuntos, prestaciones exigibles de los poderes públicos). En su segunda calidad, en cambio, 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. El modo de operar de los derechos fundamentales en cada uno de estos dos planos es diferente. En cuanto derechos subjetivos, la principal exigencia es que los individuos dispongan de un remedio adecuado para hacer frente, si lo desean, a todo acto atentatorio —cualquiera que sea su naturaleza (normativa, administrativa, jurisdiccional)— contra sus derechos fundamentales. En cuanto valores objetivos, los derechos fundamentales son criterio de enjuiciamiento de la validez de los actos de los poderes públicos —y, en particular, de la constitucionalidad de la legislación—, canon privilegiado y obligatorio de interpretación del entero ordenamiento jurídico y, con todas las reservas derivadas de la idea de *Constitución abierta*, directriz inspiradora de la acción de los poderes públicos (27). Esta distinción sobre el doble modo de operar de los derechos fundamentales requiere dos ulteriores aclaraciones. Por una parte, es preciso señalar que no se trata de una distinción únicamente sustantiva, sino que, como es obvio, en cada uno de los dos aspectos mencionados. Así, mientras determinadas vías procesales conocidas en el Derecho constitucional comparado (*habeas corpus*, recurso al *tribunale della libertà*, etc.) están destinadas a proteger concretas situaciones jurídicas subjetivas, otras, como destacadamente el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes, tienden a salvaguardar la pureza objetiva del ordenamiento. Por otra parte, es claro que no todo ordenamiento en el que los derechos fundamentales gozan de reconocimiento a nivel constitucional da plena satisfacción a las exigencias subjetivas y objetivas de tutela de los derechos fundamentales, sino que puede decirse, más bien, que existe

(27) Sobre el principio de la llamada *interpretación conforme a la Constitución*, véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 95 y ss. Sobre la idea de Constitución abierta —esto es, como marco pluralista que debe consentir el desarrollo de diferentes opciones políticas—, véase I. DE OTTO, *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, Barcelona, 1987, pp. 46-48.

una tendencia a favorecer uno u otro aspecto. Así, verbigracia, parece lícito afirmar que la tradición constitucional norteamericana privilegia la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales en mayor grado que la tradición europeo-continental. Pues bien, la distinción que se acaba sumariamente de ilustrar puede resultar útil para una mejor comprensión de ciertos problemas del vigente sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales.

Vaya por delante la observación de que, desde el punto de vista estrictamente procesal, este sistema da respuesta adecuada a las necesidades subjetivas anteriormente indicadas o, al menos, no en menor medida en que lo hacen los ordenamientos que pueden reputarse paradigmáticos en cada uno de esos dos aspectos; y ello porque de la referida necesidad de impetrar la protección de los derechos fundamentales por medio de las vías procesales ordinarias existentes en el Derecho comunitario se siguen dos conclusiones. Por un lado, el Derecho comunitario ofrece, en principio, remedio a los individuos contra toda vulneración de los derechos fundamentales, al menos desde el punto de vista —conforme a la naturaleza, anteriormente descrita, de esos derechos en la jurisprudencia del TJCE— de la revisión de la validez de los actos comunitarios que atenten contra los mismos (28). Por otro lado, haciendo un parangón con los modelos existentes de justicia constitucional, puede decirse que el sistema comunitario de *judicial review* se aproxima al modelo concentrado o europeo; y ello, tanto en el sentido de que cabe un *control abstracto* promovido por las instituciones políticas —que no requieren de una especial legitimación— cuanto sobre todo en el sentido de que, en el ámbito geográfico de la Comunidad, todo litigio en el que se pretenda que un acto comunitario ha violado algún derecho fundamental debe pasar por el filtro del TJCE (art. 177, *in fine*, Trat. CEE). No obstante, siguiendo con el parangón, este sistema se aparta del modelo concentrado o europeo puro en un extremo importante: el particular afectado tiene siempre acceso directo al órgano de *judicial review* y, tratándose de cuestiones prejudiciales,

(28) El único problema que, en puridad, se plantea es el de la legitimación activa *ex* artículo 173 Tratado CEE de aquellos particulares que no sean los destinatarios nominales del acto que se pretende impugnar. Sobre ello, véase E. STEIN y G. J. VINING, «Citizen Access...», p. 124. Sobre los específicos problemas en sede de derechos prescricionales, véase J. WEILER, «Methods...», pp. 562 y ss. Conviene señalar, además, que la protección de los derechos fundamentales por las vías procesales ordinarias permite la tutela de aquéllos frente a la mera inactividad de las instituciones comunitarias (art. 175 Tratado CEE), así como que los remedios no se limiten a la anulación de actos, sino que comprendan, en su caso, la indemnización (art. 178 Tratado CEE).

éstas deben llegar antes o después al TJCE (29). La intermediación de otros órganos judiciales —o sea, en este caso, los Tribunales nacionales— es notablemente menor y, en esta medida, el sistema se aproxima al modelo difuso o norteamericano. Puede decirse, en definitiva, que el sistema comunitario de *judicial review* es concentrado únicamente en un sentido impropio, esto es, en la medida en que existe un solo órgano judicial de la Comunidad —o dos, a partir de la creación del Tribunal de Primera Instancia, autorizada por el art. 26 del Acta Unica Europea—; pero no lo es en modo alguno en su sentido propio de existencia de un órgano al que corresponden las cuestiones de índole constitucional y sólo éstas. Así, si hubiera toda una red de Tribunales comunitarios, el sistema de *judicial review* devendría sin necesidad de modificación alguna del vigente Derecho, bastante próximo al modelo difuso (30).

De todo lo anterior se sigue que las cuestiones problemáticas no tienen raíz procesal, sino que son más bien de naturaleza sustantiva y proceden de haber tenido que configurar los derechos fundamentales como principios generales, habida cuenta de la falta de una declaración de derechos en los tratados institutivos. Es precisamente de aquí de donde nacen las más graves carencias de tutela subjetiva y objetiva. Por lo que se refiere al primer aspecto, podría afirmarse que, en el ordenamiento comunitario, los derechos fundamentales 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

(29) Como es sabido, el artículo 177 Tratado CEE autoriza a cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros a plantear ante el TJCE cuantas cuestiones pre-judiciales de Derecho comunitario se susciten en el curso de los procesos que ante ellos se desarrollen. Pero —y éste es el punto más importante— el párrafo final de dicho precepto transforma en deber el planteamiento de la cuestión cuando se trate de un Tribunal «cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno». Así, resulta clara la diferencia con el régimen de la cuestión de inconstitucionalidad en los diferentes ordenamientos nacionales, donde siempre existe un cierto margen de discrecionalidad del Juez *a quo* a la hora de apreciar la relevancia de la cuestión (art. 1.º de la Ley Constitucional n.º 1 de 1948, en Italia; art. 163 de la Constitución, en España, etc.).

(30) En este sentido parece pronunciarse J. WEILER, «Methods...», p. 560. Por otra parte, conviene subrayar que, en la práctica jurisprudencial, los requisitos de legitimación de los órganos federales y de los Estados son casi inexistentes en el Derecho constitucional norteamericano, de suerte que no puede decirse que éste sea un rasgo distintivo del sistema concentrado de control de constitucionalidad. Véase, a este respecto, J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA y J. N. YOUNG, *Constitutional Law...*, pp. 83-85.

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 (31). 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 (32).

En cuanto a los derechos fundamentales en su vertiente de valores objetivos, el panorama no es mucho más alentador. Es cierto que la propia configuración de los derechos fundamentales como principios generales debería favorecer la operatividad de aquéllos en su faceta de valores objetivos; y así parece haber sucedido, en tanto en cuanto su consagración por el TJCE ha tenido por finalidad utilizarlos como patrón de la validez del Derecho comunitario derivado. Pero ocurre que, aparte de la falta de certidumbre previa y del carácter fragmentario de su reconocimiento —que tienen una influencia igualmente negativa en esta faceta—, la tutela objetiva no se limita a la fiscalización de la validez de normas o actos, sino que, como se dijo, se refleja también en el plano interpretativo y de los objetivos de la acción pública. Aquí la falta de una tabla de derechos determina que esas finalidades de la tutela objetiva sean inalcanzables por la indeterminación misma de las premisas sobre las que ha de realizarse. Es obvio, por ejemplo, que sin tener una idea clara sobre cuáles son los derechos fundamentales, mal pueden ser éstos empleados como guía en la actividad hermenéutica. Conviene destacar, no obstante, que el problema surge precisamente de la falta de una declaración de derechos y no de una carencia en los tratados institutivos de base para hacerlos eventualmente funcionar como valores objetivos. Recuérdense

(31) Curiosamente, el problema resulta ser el opuesto al existente en Estados Unidos, donde para el reconocimiento de *nuevos derechos* ha de buscarse —so riesgo de caer en la acusación de *activismo*— un *enganche* con algún derecho ya consolidado; lo que, en principio, conduce al *self-restraint*.

(32) Véase *supra*, nota 11.

que, al abordar la cuestión del rango jerárquico de los principios generales reconocidos por el TJCE, se hizo mención de cómo hay quien se interroga acerca de si prevalecen también sobre los preceptos del Derecho comunitario primario (33). Este es probablemente un pseudoproblema, porque, salvo que se practique un tosco iusnaturalismo, sería difícil sostener en cualquier ordenamiento que los derechos declarados en la Constitución son jerárquicamente superiores a las demás normas constitucionales. Pero el mencionado interrogante es de interés, 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 el Derecho constitucional el privilegiado valor interpretativo de los derechos fundamentales es predicable también de la interpretación de la Constitución misma (34), así en el Derecho comunitario debería serlo de los tratados institutivos si la identificabilidad de los derechos fuera posible. El art. 164 Trat. CEE da una innegable base para ello, como se ha indicado ya un poco antes, al disponer: «El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado.»

Con todo, el problema más intrincado que suscita la falta de una declaración de derechos no es el de la identificación de éstos, sino, paradójicamente, el de la determinación de su contenido. En efecto, al haber tenido que proteger los derechos fundamentales como principios generales procedentes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la cuestión verdaderamente espinosa no es tanto si un determinado derecho existe en todas esas tradiciones —ya que es indudable que hay un conjunto mínimo de libertades propio de cualquier ordenamiento liberal-democrático—, sino más bien que el alcance de ese derecho no es el mismo en todos los Estados miembros. Ello se debe, sin duda, a la existencia de diferencias no desdeñables en la definición textual de los derechos y en la práctica judicial; pero procede también de la profunda diversidad de estructura constitucional entre los Estados miembros. Como es obvio, no es idéntico el contenido de un mismo derecho en un ordenamiento dotado de Constitución rígida y de específicos procedimientos judiciales para hacer valer la supremacía constitucional (control de constitucionalidad de las leyes en sus diversas formas, *Verfassungsbeschwerde*, etc.) que en ordenamientos carentes de dichos rasgos. No es de extrañar, por ello, que la resistencia al TJCE enarbolando la bandera de los derechos fundamentales haya venido de aquellos países pro-

(33) Véase M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 410-411.

(34) Véase *supra*, nota 27.

vistos de los más completos sistemas de justicia constitucional, como son Alemania e Italia, y ello porque el funcionamiento mismo de sus Tribunales Constitucionales ha producido un imponente cuerpo jurisprudencial que perfila al detalle el significado y contenido constitucional de cada derecho fundamental. Así, la pregunta es si el TJCE, al analizar las tradiciones constitucionales, debe dar preferencia a los *standards* más altos y exigentes de este tipo de países o si, por el contrario, puede conformarse con la llamada *opción minimalista* o mínimo común a todos los Estados miembros (35).

Con independencia de que, en la práctica, el TJCE haya cortado este nudo gordiano afirmando una jurisprudencia específicamente comunitaria en la materia —las tradiciones constitucionales comunes son sólo fuente de inspiración para el TJCE, el cual puede reconocer incluso un derecho que no exista en algunos Estados miembros (36)—, el problema continúa siendo sumamente relevante, al menos por dos órdenes de motivos. Por una parte, si bien es cierto que una actitud maximalista sería contraria al principio de *autonomía institucional* por imponer a ciertos Estados exigencias establecidas por otros, no es menos claro que la solución adoptada no corta de raíz las razones constitucionales del disenso de ciertos órganos judiciales nacionales hacia el TJCE. Por otra parte —y este punto, en verdad crucial, es raramente puesto de relieve—, toda la discusión acerca de los *standards* máximos o mínimos muestra bien a las claras que, en puridad, no existen tradiciones constitucionales comunes en materia de derechos fundamentales, al menos desde un punto de vista jurídico. Ni la forma de reconocer los derechos (declara-

(35) Véase, por todos, M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 412-413. Por su parte, J. WEILER, «Eurocracy...», pp. 1127-1128, señala que hablar de *standards* altos o bajos es incorrecto, porque decidir si un derecho es mejor o peor protegido con uno u otro criterio depende de una opción axiológica previa; y pone el ejemplo de las diferentes decisiones constitucionales sobre el aborto y el derecho a la vida. ¿Cómo puede decirse que una decisión más permisiva representa un *standard* más alto, o viceversa? Ocurre, sin embargo, que esta objeción es en gran medida un sofisma; y ello, no sólo porque en la mayoría de los derechos fundamentales no se plantea un conflicto interno de valores similar al suscitado en materia de aborto, sino sobre todo porque el mayor o menor grado de exigencia en sede de derechos fundamentales no puede medirse por los contenidos sustantivos de las decisiones. Ha de medirse, por el contrario, por el número y la sofisticación de los *tests* exigidos por la jurisprudencia constitucional. En otras palabras, no se trata de un problema sustantivo —donde sí caben distintos juicios de valor—, sino procedimental.

(36) Téngase en cuenta que, para justificar la existencia de una *tradición constitucional común*, el TJCE rara vez hace un análisis explícito del Derecho de todos los Estados miembros. Suele citarse como excepción el completo análisis de Derecho comparado hecho en la sentencia *Algera* (caso 7/56) de 1957. Sobre este problema, véase M. AKEHURST, «The Application...», pp. 32 y ss.

ciones constitucionales, legislación ordinaria, etc.), ni la forma de dotarlos de protección (jurisdicción constitucional, vías judiciales ordinarias, *Ombudsman*, etc.), ni, en fin, el contenido que de todo lo anterior se deriva para cada derecho coinciden en los distintos Estados miembros. Antes bien, existen diferencias cualitativas de tal calibre que incluso hablar de derechos *fundamentales* no posee el mismo significado en todas partes, porque mientras en ciertos países ese carácter fundamental implica un inequívoco rango constitucional —con todas las consecuencias teóricas y prácticas que ello conlleva— de las normas que declaran tales derechos, en otros la fundamentación no pasa de representar una difusa superioridad meramente moral. Así las cosas, lo único que tienen en común los Estados miembros es una *concepción política de los derechos fundamentales*, es decir, el disfrute efectivo, independientemente de sus mecanismos jurídicos, de un mínimo de libertades sin las cuales no puede afirmarse siquiera la existencia de un ordenamiento liberal-democrático (37). Pero ésta es ciertamente una pobre base para edificar, por vía jurisprudencial, un sistema jurídico de tutela de los derechos fundamentales, de donde se sigue que el TJCE no sólo ha adoptado una actitud indudablemente activista, sino que este activismo carece en realidad de cauces y directrices efectivos externos al propio Tribunal.

El único documento donde puede decirse que se recoge una visión jurídica común de los derechos fundamentales es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en este sentido, probablemente tienen razón quienes, a la espera de una declaración comunitaria de derechos, abogan por la adhesión al mismo de la Comunidad en cuanto tal (38). Ello colmaría algunas lagunas. Así, habría un mínimo de certeza en los aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales y la actividad litigiosa, así como los razonamientos del propio TJCE, tendría ciertos márgenes. Además, no cabe duda que el Convenio Europeo gozaría, en el ordenamiento comunitario, de rango superior al Derecho derivado (39). Sin embargo, no es posible ignorar los problemas que esta adhesión acarrearía. Aparte de la anteriormente mencionada no perfecta adecuación del Convenio Europeo a las peculiares necesidades de la Comuni-

(37) Paradigmático es, a este respecto, el caso inglés, por su falta de una declaración constitucional de derechos. Sobre la naturaleza política de la llamada Constitución británica, véase J. A. G. GRIFFITH, «The Political Constitution», en *Modern Law Review*, 1979.

(38) Véase, por todos, M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 416-417 y 421-422.

(39) Véase T. C. HARTLEY, *The Foundations...*, pp. 153 y ss. Por lo demás, no sería la primera vez que el Convenio Europeo es incorporado a nivel constitucional, ya que existe el precedente de Austria. Véase A. DRZEMCZEWSKI, *European Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1983, pp. 93 y ss.

dad, sería preciso cuestionarse sobre la modalidad más conveniente de adhesión, es decir, si se reconocería o no la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 46 del Convenio Europeo). Una respuesta positiva tendría la ventaja de incorporar de algún modo al Derecho comunitario todo el acervo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo; pero implicaría otorgar a éste —que no está compuesto sólo por Jueces procedentes de los Estados miembros de la Comunidad— una cierta superioridad sobre el TJCE, sin que cupiera, en todo caso, descartar eventuales conflictos entre ambos Tribunales (40). Por el contrario, una respuesta negativa, que dejara al TJCE una mayor libertad de maniobra a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones del Convenio Europeo en el ámbito comunitario, podría desnaturalizar las exigencias de aquél y provocar ulteriores conflictos, de naturaleza política, con el Consejo de Europa. Así, pues, tampoco la adhesión al Convenio Europeo parece una panacea ni solventaría todos los problemas derivados de la falta de una declaración comunitaria de derechos.

IV

Hasta aquí los principales aspectos problemáticos que, desde el punto de vista del Derecho constitucional comparado, cabe detectar en el vigente sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Pero no se acaban aquí las reflexiones que dicho sistema de protección puede inspirar a un constitucionalista, ya que, como se indicó anteriormente, el afán por garantizar los derechos fundamentales, incluso en ausencia de una declaración, ha de impulsar a interrogarse, siquiera brevemente, sobre el significado jurídico-político último de las declaraciones de derechos en cualquier ordenamiento que aspire a merecer el calificativo de liberal-democrático o, más simplemente, de *constitucional*. Algunos especialistas han puesto el dedo en la llaga al señalar cómo, más allá de la tutela objetiva de bienes o valores y de la tutela subjetiva de situaciones individuales, la importancia de la protección de los derechos fundamentales —y, por consiguiente, la necesidad de adopción de una declaración— radica en que ellos cumplen una *función de integración y legitimación* del ordenamiento en su conjunto (41). Esta integración y esta legitimación, sin embargo, no pueden ser

(40) Véase A. ROTTOLA, «Il problema...», p. 226.

(41) Véanse M. A. DAUSES, «La protection...», pp. 423-424, así como J. A. FROWEIN, «Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe», en M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE y J. WEILER (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, vol. I, Berlín, 1986, pp. 300 y ss.

simplemente entendidas en su sentido más superficial de creación de una conciencia común europea o de consenso hacia la realidad comunitaria, sino que han de ser engarzadas con el significado originario del constitucionalismo en cuanto concepción política y jurídica. Es aquí donde, como es indiscutible, el parangón con el momento fundacional de los Estados Unidos resulta inevitable (42); y ello, al menos en dos sentidos parcialmente diversos.

Por una parte, los norteamericanos han sido desde el comienzo conscientes de que una Constitución no es sólo la ley fundamental y suprema que dota de validez a un ordenamiento y diseña sus órganos y mecanismos de funcionamiento básico. Una Constitución, en sentido sustancial, no es un simple *frame of government*. Una Constitución, antes que eso, debe contener —debe ser— un *bill of rights* (43). En la codificación constitucional de las diferentes colonias sublevadas existía la conciencia de que no podía haber una adecuada organización del poder sin una previa declaración de derechos, porque la misión del poder público consiste precisamente en garantizar el goce de esos derechos y porque, sólo en la medida en que lo haga, será un poder legítimo. El reconocimiento de los derechos inalienables es, así, condición necesaria del propio pacto fundacional (44). Hay quien podría pensar

(42) La comparación entre distintos sistemas jurídicos debe hacerse, para cada problema concreto, parangonando momentos históricos similares o equivalentes de su respectiva evolución, como certeramente ha mostrado A. WATSON, *La formazione del diritto civile* (trad. it.), Bolonia, 1986, p. 63.

(43) Esta idea está tomada de G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, 1976, pp. 559 y ss. Véase, asimismo, N. MATTEUCCI, «Costituzionalismo», en N. BOBBIO, N. MATEUCCI y G. PASQUINO (eds.), *Dizionario di politica*, Turín, 1983, pp. 270 y ss., así como H. WALZER, «Diritti costituzionali e forma della società civile», en T. BONAZZI (ed.), *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bolonia, 1988, pp. 125 y ss.

(44) Véase G. TARELLO, *Storia...*, pp. 603 y 607-613, de quien vale la pena reproducir el siguiente pasaje: «Sotto un altro profilo la caratteristica strutturale della costituzionalizzazione americana, quella di avere distinto i diritti individuali dalle regole di organizzazione ponendo le seconde in funzione dei primi, va posta in rilievo. Questa caratteristica, in concomitanza con una concezione (già tradizionale nell'esperienza inglese) dell'organizzazione giuridica come di un insieme di rimedi processuali, ha consentito di vedere le costituzioni americane come dotate di un alto grado di giustiziabilità ('*justiciability*'). Per 'giustiziabilità' si intende una qualità delle costituzioni e un'idea operativa in talune esperienze costituzionali: la qualità delle costituzioni di essere formulate in modo da consentire il ricorso al giudice da parte dei soggetti che sono o si pretendono lesi in un loro diritto costituzionalmente garantito, e l'idea secondo cui una costituzione è veramente tale se formulata in modo da rendere possibile una tutela giurisdizionale dei diritti individuali. Effettivamente le prime costituzioni americane (specialmente quelle che inclusero una esplicita dichiarazione dei diritti) si prestarono ad essere viste come altamente 'giustiziabili', e l'atteggiamento prag-

que esta idea estaba también presente en el temprano constitucionalismo europeo, como lo demostraría el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero, disputas sobre la racionalidad abstracta aparte, es lo cierto que el constitucionalismo europeo no ha llevado a la práctica una genuina supremacía de la Constitución hasta bien entrado el siglo xx; y esta recuperación del tiempo perdido, por lo demás, debe aún hoy pagar el precio de una defensa más bien objetiva de la constitucionalidad, que no da todo el debido relieve a la preeminencia de ciertos derechos subjetivos sobre cualesquiera actos de los poderes públicos (45). Como ya ha sido puesta de relieve por un autorizadísimo estudioso, la gran innovación del más moderno constitucionalismo europeo no es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, sino el redescubrimiento de que ésta contiene normas directamente accionables por los ciudadanos (46).

Por otra parte, la historia constitucional norteamericana es instructiva también en el plano superior del significado de una declaración de derechos en una Constitución federal. Sabido es cómo, en el verano de 1787, se alzaron voces en la Convención de Filadelfia para denunciar la carencia de una declaración de derechos en el proyecto de Constitución; y, frente al argumento de los federalistas de que los derechos fundamentales estaban ya protegidos por las Constituciones de los Estados, se puso de relieve que también la federación —que, por definición, goza de supremacía directa sobre los individuos— podía poner en peligro esos derechos. Fue por este motivo por el que la inmediata aprobación de las diez primeras enmiendas, que recogen el *Bill of Rights* norteamericano, fue la condición impuesta por muchos Estados para ratificar la Constitución (47). Pero detrás de esta condición para entrar a formar parte de una estructura federal no hay que ver únicamente cierta aprensión ante posibles abusos federales. Hay que ver también un más profundo temor a perder en el escalón superior los logros jurídico-políticos obtenidos en el interior, en términos de legitimación del poder y de defini-

matico e 'rimediale' della cultura giuridica americana le adoperò in modo da renderle sempre piú tali» (p. 611).

(45) Este extremo ha sido subrayado con particular intensidad por B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, *passim* y, en especial, pp. 41 y ss.

(46) Esta es una de las principales ideas rectoras del trabajo de F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979.

(47) En este punto, es de obligada consulta el libro de B. SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind (A History of the American Bill of Rights)*, Nueva York, 1977, pp. 103 y ss.

ción de sus fines. Es cierto que la mayor parte de la gloria fundacional y la siempre popular reputación de cosmopolitismo y amplitud de miras se la llevaron los federalistas; pero ello no debe ocultar el hecho de que, si la Constitución norteamericana es lo que ha sido —incluyendo la ulterior posibilidad de *incorporation* o aplicación del *Bill of Rights* federal a los Estados (48)— también se debe a la testarudez un punto localista de los antifederalistas, que forzaron la aprobación de una declaración de derechos.

Las enseñanzas a extraer de estos acontecimientos no necesitan de larga glosa. Un ciudadano libre no debe asentir a ser regido por un gobierno que no ha garantizado previamente el respeto hacia ciertos derechos, máxime cuando, como es el caso de la Comunidad, ése no es un gobierno plenamente democrático. Si la Comunidad quiere legitimarse a través de un auténtico *contrato social de los europeos*, ese pacto habrá de basarse en el previo reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de suerte que éstos no pierdan, al entrar en una organización superior, lo que trabajosamente han conseguido en sus respectivos Estados. Este es, además, un paso obligado antes de poder exigir en el interior de los Estados los mismos *standards* de protección de los derechos que se aplican en el ámbito comunitario. Todo ello, como se ha mostrado, pasa por la aprobación de una específica declaración de derechos de la propia Comunidad Europea. Entre tanto, no se apagará del todo la voz de los Tribunales nacionales disidentes, que —dígase lo que se diga— se hacen eco de una irreprochable lógica constitucional, hoy por hoy aún diferente de la lógica comunitaria, ni será posible neutralizar por la vía de la razón a los modernos antifederalistas.

(48) Sobre las posibilidades de *incorporation* en el ámbito comunitario, véase J. WEILER, «Eurocracy...», pp. 1136 y ss.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

