

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJCE PARA SU PROTECCIÓN**

## INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

Hasta el día de hoy, el TJCE ha basado su protección de los derechos fundamentales en los principios generales del Derecho Comunitario. Para localizar estos principios utiliza dos fuentes de inspiración: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los convenios internacionales sobre derechos humanos que los Estados miembros hayan suscrito o aquéllos en cuya elaboración hayan participado. Esta última fuente de inspiración ha sido prácticamente monopolizada por el CEDH, convenio que, por su significación especial en el contexto europeo, se ha convertido con mucho en el convenio más utilizado por el juez comunitario.

En esta segunda parte de la tesis nos interesa conocer cómo ha utilizado el TJCE tanto el argumento de las tradiciones constitucionales comunes como el del CEDH, de qué modo se inspira en ellos. Así comprobaremos cómo protege los derechos fundamentales. Con respecto a la primera fuente de inspiración, las tradiciones constitucionales comunes, no se trata aquí de realizar un análisis comparativo de cómo se protege cada uno de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de los Estados miembros. En cambio, se trata de ver qué es lo que le llega al TJCE de esas disposiciones constitucionales cuando se inspira en ellas para resolver un caso concreto. Con respecto a la segunda fuente de inspiración, los convenios internacionales sobre derechos humanos, se trata de tomar como modelo el CEDH y sus protocolos. De entre estos tratados, extraemos cuatro derechos especialmente representativos como parámetro para medir el sistema de protección judicial de derechos fundamentales del TJCE. A continuación, someteremos los pronunciamientos jurisprudenciales del TJCE a una comparación con las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y las sentencias del TEDH en las que éstos últimos hayan estatuido sobre esos mismos derechos. Ello nos permitirá establecer si existen desencuentros o divergencias entre las instancias judiciales de las CCEE y del CEDH en una materia tan sensible como son los derechos fundamentales.

Una de las críticas más repetidas hacia la labor de protección de los derechos fundamentales que realizan el TJCE y el TPI consiste en el reproche de que utiliza de forma poco rigurosa y superficial el Derecho constitucional comparado. Desde la sentencia INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT de 17 de Diciembre de 1970, el TJCE ha afirmado que para localizar los principios generales del ordenamiento comunitario se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Cierto es que el TJCE nunca ha declarado que esas tradiciones constitucionales le vinculen porque es consciente de que tal planteamiento daría al traste con los principios de autonomía y de primacía del ordenamiento comunitario sobre los de los Estados miembros. El TJCE sólo ha afirmado que se inspira o toma como base las tradiciones constitucionales para construir o para dar un contenido propio a esos principios comunitarios sobre derechos fundamentales<sup>546</sup>. En este sentido, la revisión que aquí se haga de la jurisprudencia del tribunal en orden a demostrar la ligereza con la que éste recurre y describe estas supuestas tradiciones constitucionales comunes debe partir de la premisa de que sabemos que al TJCE no le obligan todas estas tradiciones constitucionales comunes como normas jurídico-positivas. Sabemos que no constituyen para él más que meras fuentes de inspiración. Sabemos que sólo se considera obligado a inspirarse en ellas para construir principios propios y específicos del ordenamiento jurídico comunitario, pero no se considera obligado a aceptar el contenido de toda disposición constitucional de un Estado miembro<sup>547</sup>.

Pero sin embargo en nuestra opinión esta premisa, que conocemos y aceptamos, no excusa al TJCE de darles un tratamiento riguroso en aquellas ocasiones en las que él mismo recurre al razonamiento de las tradiciones constitucionales en la búsqueda de un principio propio. Nada obliga al tribunal a mencionar en cada caso judicial que se le eleva cuál es la tradición constitucional que existe en esa materia en el seno de los Estados miembros (si es

---

<sup>546</sup> DÍEZ-HOCHTLEINER, Javier y MARTÍNEZ-CAPDEVILA, *cit.*, p.6: “El recurso al Derecho comparado no ha conducido, sin embargo, al TJCE a la búsqueda de mínimos o máximos comunes denominadores en los ordenamientos de los Estados-miembros; por el contrario, el TJCE, partiendo de las mencionadas tradiciones constitucionales y de los referidos tratados internacionales, ha configurado el contenido de los derechos fundamentales de forma progresiva y en función de las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario”.

<sup>547</sup> Por el contrario, PESCATORE señala que la garantía de la protección de los derechos fundamentales en la CE depende de las garantías que incorporen las constituciones nacionales (PESCATORE, Pierre: “Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, nº2, pp.331-358).

que existe). No obstante, en los casos en que voluntariamente el tribunal elige esta argumentación, debería evitar la superficialidad que supone afirmar que tal derecho surge de una comparación de los sistemas constitucionales de los Estados miembros sin, sin embargo, hacer paralelamente un estudio serio y una descripción detallada del tratamiento de ese derecho en cada uno de los ordenamientos internos de los Estados miembros. En caso contrario, el tribunal puede correr el riesgo de que la doctrina y aún la opinión pública consideren que el recurso a las tradiciones constitucionales comunes es una argucia del tribunal cuando no sabe exactamente cómo (o no quiere) explicar de qué modo o de dónde ha surgido un principio general del Derecho Comunitario que él mismo ha mencionado voluntariamente.

Otra de las razones de la censura al sistema de protección de derechos fundamentales que practican el TJCE y el TPI ha provenido de la interpretación un tanto superficial que han hecho ambos tribunales del CEDH y sus protocolos, sin manifestar habitualmente un especial interés en seguir la jurisprudencia que, sobre estos tratados, han desarrollado los órganos de Estrasburgo -Comisión Europea de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)- a lo largo de 50 años. Ello sin duda se debe a la no integración jurídica del CEDH en el Derecho Comunitario<sup>548</sup>. No deben silenciarse ni minimizarse los riesgos que supone y que puede suponer en el futuro la existencia de una jurisprudencia divergente entre órganos judiciales europeos<sup>549</sup>.

---

<sup>548</sup> En este sentido: “Multipliant les références aux clauses normatives de la CEDH, la Cour développe, directement ou indirectement, sa propre jurisprudence interprétative tout en refusant d’incorporer la Convention au droit communautaire. Si elle décline sa compétence pour apprécier la compatibilité d’une réglementation nationale avec les principes consacrés par la CEDH c’est parce que cette réglementation ne se situe dans le cadre du droit communautaire” (CHARRIER, Carmenza: “La Communauté de Droit, une Étape Sous-estimée de la Construction Européenne”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1996, n°400, Julio-Agosto, pp.521-533, p.526). En opinión de CARRILLO SALCEDO, una de las principales razones por las que las CCEE no están vinculadas jurídicamente por el CEDH es por la ausencia de transferencia de competencias de los Estados miembros a la Comunidad en materia de derechos humanos (CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, 1986, tomo II, Cívitas, Madrid, pp.17-26, p.21).

<sup>549</sup> SCHERMERS preconiza que la existencia de dos jurisprudencias europeas distintas sobre derechos fundamentales puede hacer más mal que bien (SCHERMERS, Henry G.: “The European Communities bound by Fundamental Human Rights”, en *Common Market Law Review*, 1990, n°27, pp.248-258, p.252).

El TJCE ha manifestado en diferentes ocasiones que no tiene obligación de seguir los criterios establecidos por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH cuando interpreta las disposiciones sobre derechos humanos recogidos en el CEDH, ya que el CEDH como tal no obliga en el orden comunitario, sino sólo los principios en que el CEDH se basa, y siempre tal y como éstos sean interpretados por el TJCE<sup>550</sup>. La razón de ello es un intento de salvaguardar la autonomía del ordenamiento comunitario y de los criterios hermenéuticos propios del tribunal comunitario<sup>551</sup> pero el TJCE puede con esta actitud estar produciendo inseguridad jurídica en Europa al haber la posibilidad de que se interpreten de forma distinta en los órganos de Estrasburgo y de Luxemburgo unos mismos derechos fundamentales, e idénticos términos jurídicos y valores.

Todo ello sin perjuicio de que lo habitual será la coherencia entre la interpretación de los derechos del CEDH por parte de los órganos judiciales comunitarios y los órganos del CEDH -puesto que no es presumible que la voluntad del TJCE sea apartarse *ex profeso* de la interpretación auténtica y evolutiva que resulta de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo. Pero la mera existencia de dos tipos de instancias pertenecientes a organizaciones diferentes, sin demasiada conexión institucional entre sí ni, por descartado, relación de subordinación, que además responden a diferentes parámetros (lograr la

---

<sup>550</sup> *vide* p.ej. sentencia del TJCE de 15 de Mayo de 1986, MARGUERITE JOHNSTON/CHIEF CONSTABLE OF THE ROYAL ULSTER CONSTABULARY, C-222/84, Rec.1986, pp.1651ss, p.1682; NOLD, *cit*, Rec.1974, p.508. Con todo, el más clarificador resumen del enfoque del TJCE en esta materia lo proporciona el Abogado General DARMON en sus Conclusiones a la sentencia ORKEM: "Por último, y sobre todo, no puedo dejar de recordar a este Tribunal de Justicia que, según su jurisprudencia, la existencia en el Derecho Comunitario de derechos fundamentales basados en el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales no se analiza como la aplicación pura y simplemente de las disposiciones de dicho texto tal como ha sido interpretado por los órganos de Estrasburgo... los más autorizados comentaristas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia subrayan, además, que la posición de éste con respecto al CEDH consiste frecuentemente en "utilizarlo tan sólo como mera referencia"... Por lo tanto, este Tribunal de Justicia podría hacer de las disposiciones del Convenio una interpretación que no coincidiese exactamente con la realizada por los órganos de Estrasburgo y, especialmente, por el TEDH. Este Tribunal de Justicia no está vinculado, en el sentido de que no está obligado a tener en cuenta sistemáticamente, en lo relativo a los derechos fundamentales del Derecho Comunitario, el tenor de las interpretaciones del Convenio emanadas de los referidos órganos" (Sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1989, ORKEM SA/COMISIÓN, C-347/87, Rec.1989, pp.1-3283ss, pp.3337-3338).

<sup>551</sup> *vide* O'NEILL, Michael: "Fundamental Rights and the European Union", en *Irish Human Rights Yearbook*, 1995, Round Hall Sweet and Maxwell, Dublin, pp.67-96, p.75.

integración de sus Estados miembros, especialmente a nivel económico, en el primer caso<sup>552</sup>, y en el segundo, lograr el respeto de los derechos fundamentales civiles y políticos en Europa<sup>553</sup>) y que, a través de sus sentencias, interpretan el CEDH y sus protocolos por su cuenta, es el mejor caldo de cultivo para conducir a eventuales divergencias, contradicciones, interferencias materiales y procesales, puntos de vista no coherentes entre la jurisprudencia de Luxemburgo y Estrasburgo (lo que CAMPINOS define como “divorcios entre Luxemburgo y Estrasburgo”<sup>554</sup>).

Tal eventualidad podría haber sido evitada si los órganos judiciales comunitarios hubieran considerado todo el acervo jurisprudencial de los órganos de Estrasburgo como vinculante para ellos<sup>555</sup>, o si en los tratados constitutivos de las CCEE se hubiera optado por la remisión de una cuestión prejudicial al TEDH cada vez que el TPI o el TJCE se enfrentasen a un asunto en el que estuviesen involucrados derechos fundamentales<sup>556</sup>. Empero, no se ha articulado ningún mecanismo de cooperación entre los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo (que en la práctica supondría la superioridad de la jurisprudencia de los órganos de

---

<sup>552</sup> Esta es la razón por la que el TJCE, respetando los derechos fundamentales, da una posición privilegiada a las libertades comunitarias y hace operar a los derechos fundamentales condicionado por un punto de vista económico que hace presentar al aborto como prestación de servicios, la tutela de las minorías lingüísticas como impedimento a la plena realización de la libertad de circulación, etc... (CARTABIA, Marta: *Principi Inviolabili e Integrazione Europea*, 1995, Giunffré Editore, Milán, p.44).

<sup>553</sup> VERMEULEN recalca la diferencia de objetivos entre el sistema jurídico comunitario y el sistema de protección de los derechos fundamentales del CEDH para demostrar que sus jurisprudencias nunca podrán ser concordantes (VERMEULEN, B.P.: “The Issue of Fundamental Rights and the Administrative Application and Enforcement of Community Law”, en *The Administrative Application and Enforcement of EC Law in the Netherlands*, 1994, John A.E. Vervaele (ed.), Kluwer, Deventer, pp.39-79, p.51).

<sup>554</sup> CAMPINOS, Jorge: “Les Droits Fondamentaux dans l’Ordre Juridique Communautaire. Jurisprudence Récente de la Cour de Justice” en *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia*, 1991, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp.311-318, p.317.

<sup>555</sup> De hecho, hay una minoría de autores que consideran que Luxemburgo está obligado a interpretar el CEDH siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo. Para ello aducen la alta autoridad moral de los juicios del TEDH así como razones de pura coherencia: de este modo, se eludirían conflictos y se soslayaría en el TJCE la incómoda situación de ver rechazada en Estrasburgo una interpretación del CEDH realizada en Luxemburgo (LENAERTS 1991, *cit*, pp.378-379).

<sup>556</sup> Esta solución, sugerente y atractiva en nuestra opinión, ha sido propuesta, entre otros, por SPERDUTI, Giuseppe: “Comment Concevoir, dans sa Spécificité, l’Adhésion des Communautés Européennes à la Convention de Rome sur la Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales”, en *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, 1993, Springer-Verlag, Berlín, pp-903-907, p.907 y VAN GERVEN, Walter: “Toward a Coherent Constitutional System within the European Union”, en *European Public Law*, 1996, vol.2, nº1, pp.81-102, p.98.

Estrasburgo, en los que no todos los jueces provienen de países miembros de las CCEE<sup>557</sup>) a pesar de que el TJCE ha declarado en numerosas ocasiones que el CEDH tiene una significación especial en el ámbito comunitario<sup>558</sup>. En realidad, el TJCE se siente libre para realizar aquella interpretación del CEDH que más se adapte a los objetivos comunitarios<sup>559</sup>.

Así, lo cierto es que el TJCE y el TPI se han permitido a sí mismos un nada desdeñable margen de apreciación para concretar en Derecho Comunitario el contenido de los derechos fundamentales del CEDH y de sus protocolos de la manera más adaptada a los objetivos comunitarios. Incluso pueden llegar a limitarlos -teniendo en cuenta para ello únicamente parámetros de interés comunitario- o a descartar la interpretación dada por el TEDH si al juez comunitario le parece necesario. ALONSO GARCÍA manifiesta su prevención, que compartimos, hacia la posibilidad de entrecruzamientos jurisprudenciales que lleven a variaciones en el contenido de los derechos recogidos por el CEDH tal y como vienen

---

<sup>557</sup> GRIEF, Nicholas: "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated Through Community Law", en *Public Law*, 1991, pp.555-577, p.566. SPERDUTI profundiza en esta idea e indica que la interpretación que el TEDH realiza del CEDH debería ser imperativa para el TJCE (SPERDUTI, Giuseppe: "Discussion", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.47-52, p.49). En la misma línea, LUCAS y KREIKEMEYER indican que se tenía que dar mayor peso al standard de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa que al de la Comunidad Europea (LUCAS, Michael R.; KREIKEMEYER, Anna: "Pan-European Integration and European Institutions: The New Role of the Council of Europe", en *Revue d'Intégration Européenne*, 1992, vol.XVI, nº1, pp.89-107, p.94). Por su parte, COHEN-JONATHAN habla de una "preeminencia natural" de la jurisprudencia del TEDH sobre la del TJCE (COHEN-JONATHAN, Gérard: "L'Adhésion de al CE à la CEDH", en *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 1995, nº17, pp.49-53, p.50).

<sup>558</sup> A favor de algún tipo de coordinación entre las instancias de Luxemburgo y Estrasburgo, así como del eventual sometimiento de los órganos judiciales comunitarios a los del CEDH en materia de derechos fundamentales, se muestran MANCINI y DI BUCCI: "Quelles seraient les conséquences pour la Cour de Justice? Dans l'optique que nous venons d'esquisser, le contrôle de sa jurisprudence par les organes de Strasbourg, inconcevable tant qu'il s'agissait de juridictions internationales distinctes, chacune avec une compétence sectoriale, pourrait être perçu aujourd'hui comme un signe de maturité et une consécration de son rôle de cour suprême d'une communauté quasi-étatique. En tant que telle, la Cour de Luxembourg devrait se soumettre à la cour des droits de l'homme, tout comme les plus hautes juridictions nationales" (MANCINI, Federico; DI BUCCI, Vitorio: "Le Développement des Droits Fondamentaux en Tant que Partie du Droit Communautaire", en *Collected Courses of the Academy of European Law* 1990, vol.I nº1, pp.35-52, p.51).

En contra, se manifiesta HILF: "It would be too complicated and not in the interest of speeding up the procedures, to oblige the Luxembourg Court to obtain preliminary ruling from the Strasbourg Court" (HILF, 176, *cit.*, p.157).

<sup>559</sup> A menudo el TJCE se ve tentado a dar su propia interpretación del CEDH bajo el pretexto de la imprecisión o inexistencia de jurisprudencia de los órganos del CEDH (MENDELSON, Maurice: "L'Incidence du Droit Communautaire sur la Mise en Oeuvre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Dossiers sur les Droits de l'Homme*, 1984, nº6, Consejo de Europa, Estrasburgo, *passim*).

siendo interpretados por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH<sup>560</sup>. Cabría preguntarse si la peculiar naturaleza del ordenamiento comunitario justificaría esa confusión jurídica en organizaciones internacionales del mismo entorno.

La realidad de la posibilidad de divergencias entre los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo es reconocida incluso por el Presidente del TJCE, el cual también advierte sobre la no obligatoriedad (aunque sí aparente buena voluntad) del TJCE y el TPI para acomodarse a la jurisprudencia de Estrasburgo:

“En definitiva, creo que en este caso no ha habido contradicción con la jurisprudencia existente. Ahora bien, puede haberla; lo que puede ocurrir es que el año que viene, el tribunal de derechos humanos diga que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser invocado por las personas jurídicas, en relación con sus locales de negocios. Eso, naturalmente, no se puede evitar, y si la contradicción es sobrevenida, naturalmente habrá que vivir con ella y, normalmente -creo yo-, habrá que rectificar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En mi opinión -creo que esto puedo decirlo-, aunque no sea perceptible con toda claridad en la jurisprudencia, creo que hay elementos que apuntan a que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas trata de conformar su propia jurisprudencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y evitar conflictos”<sup>561</sup>.

Hay intentos doctrinales de minimizar y quitar importancia a este problema<sup>562</sup>, existiendo incluso algunos autores que esconden o niegan la posibilidad de divergencias<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo: “Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E.García de Enterría*, 1991, tomo II, Cívitas, Madrid, pp.799-836, p.818.

<sup>561</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS 1993, en *El Defensor del Pueblo...*, cit, p.244. Idea que repite PAREJO ALFONSO (PAREJO ALFONSO, Luciano: “Conclusiones. Reflexiones a modo de Recapitulación”, en *El Defensor del Pueblo... op.cit*, pp.257-310, p.275).

<sup>562</sup> “L’une et l’autre cours interprètent la Convention, vivent la Convention de la même manière. Globalement l’apprôche, la lecture de la Convention est la même à Luxembourg et à Strasbourg... On peut dire en fin de compte que très naturellement la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour Européenne des Droits de l’Homme pétrissent la même matière” (BONICHOT, Jean-Claude: “La Cour de Justice des Communautés Européennes, la Convention Européenne des Droits de l’Homme et l’Intégration de l’Europe”, en *Quelle Europe pour les Droits de l’Homme?*, 1996, Paul Tavernier (ed.), Bruylant, Bruselas, pp.93-101, p.98-99).

Sin embargo, coincidimos con aquella parte de la doctrina que considera que la situación actual no es satisfactoria. Al ser la interpretación y aplicación del CEDH en Derecho Comunitario competencia exclusiva del TJCE, éste puede acabar, cuando ejerce su jurisdicción, infringiendo derechos del CEDH<sup>564</sup>. Profundizando más en esta idea de la posible contravención del CEDH por parte del TJCE (o de otra institución comunitaria) se puede añadir aún que el problema se puede agravar porque puede ocurrir, como de hecho ya ha ocurrido en más de una ocasión, que quien crea vulnerados los derechos fundamentales conferidos por el CEDH por parte de instituciones comunitarias, acuda a los órganos de Estrasburgo para obtener protección. Como obviamente a las CCEE como tales no las podrá demandar (por no ser parte en el CEDH) la víctima podría intentar demandar a los Estados miembros colectivamente, a cada uno de ellos por separado o a alguno de ellos. Estas últimas tres alternativas serían factibles ya que todos los Estados miembros de las CCEE son parte al mismo tiempo del CEDH. Ello llevaría a un problema añadido: la eventual interpretación que los órganos de Estrasburgo podrían hacer en estos casos del Derecho Comunitario<sup>565</sup>.

Comenzaremos esta segunda parte de la tesis explicando el modo cómo el TJCE utiliza el argumento de las tradiciones constitucionales comunes en su política de protección

---

En términos parecidos se expresan JACOBS (JACOBS, Francis G.: "European Community Law and the European Convention on Human Rights", en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G.Schermers*, 1994, vol.II, Deirdre Curtin and Tom Hemkels (eds), Martinus Nijhoff Publishers, pp.561-571, p.564) y ROTTOLA (ROTTOLA, Alessandro: "Il Problema della Tutela dei Diritti Fondamentali nell'Ambito dell'Ordinamento Comunitario", en *Rivista di Diritto Europeo* 1978, pp.219-228, p.227).

<sup>563</sup> "Si l'on observe aussi l'absence de tout conflit réel entre l'application du droit communautaire et celui du droit de la Convention..." (LECOURT, Robert: "Cour Européenne des Droits de l'Homme et Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gérard Wiarda*, Franz Matscher, Herbert Petzold, Carl Heymanns (eds), Verlag K.G, Berlín, pp.335-340, p.340).

<sup>564</sup> *vide*, entre otros, O'BOYLE, M. y HARRIS, D.J; WARBRICK, C.: *Law and the Convention on Human Rights*, 1995, Butterworths, Londres, pp.27 y 28; MOURA RAMOS, *op,cit*, p.207; CAMPINOS, Jorge: "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Orden Jurídico Comunitario: Presente y Futuro", en *Europako Elkarteko Zuzenbidea*, 1993, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, pp.351-373, p.368; COHEN-JONATHAN, Gérard: "Sur la Pluralité des Systèmes Européens de Protection des Droits de l'Homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, vol.4, pp.615-649, p.626.

<sup>565</sup> Para demostrar las manifiestas contradicciones y los diferentes enfoques jurídicos que sobre un mismo asunto pueden producirse en los órganos de Estrasburgo y Luxemburgo, nos remitimos al posterior estudio que se hará de aquellos casos que han sido oídos ante los órganos de Estrasburgo y Luxemburgo sobre un mismo

de los derechos fundamentales. En los siguientes capítulos de esta segunda parte estudiaremos cómo aplica varios de los derechos del CEDH. Habida cuenta de la imposibilidad de poder tratar exhaustivamente todos y cada uno de los derechos contenidos en el CEDH y en sus protocolos, hemos optado por elegir cuatro artículos del convenio (art.8, relativo a la vida privada, familiar, secreto de la correspondencia e inviolabilidad del domicilio; art.10, sobre la libertad de expresión y la libertad de información; art.1. Protocolo 1, sobre el derecho de propiedad y art.6, sobre los derechos de defensa). La elección de estos cuatro derechos se debe a un doble motivo: en primer lugar, nos parecen de especial relevancia en el ámbito comunitario dado que son más susceptibles de violación en él que p.ej. el derecho a la integridad física. En segundo lugar, existe suficiente jurisprudencia del TJCE sobre todos ellos, lo cual facilita nuestra labor de análisis y eventual producción de una teoría sobre el modo en que el TJCE aplica ese derecho en cuestión. Nuestro modo de exposición cuando estudiemos el modo de aplicación de cada uno de estos derechos por parte del TJCE, será el siguiente: primeramente analizaremos cómo entiende y aplica esa disposición convencional. En segundo lugar o simultáneamente, según nos lo exija la lógica expositiva del caso, estudiaremos cómo aplica esa misma disposición convencional el juez de Estrasburgo. En último lugar, confrontaremos ambas jurisprudencias para comprobar si entre ambas existen divergencias o si hay sintonía.

---

asunto y con un mismo reclamante en ambas instancias (*vide infra* en la parte III de la tesis, el capítulo XI relativo al control por parte de los órganos del CEDH de la actividad comunitaria).

## CAPÍTULO IV

### EL USO POR PARTE DEL TJCE

#### DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

#### A LOS ESTADOS MIEMBROS

##### 1. Concepto de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

El primer problema que se plantea en torno a las tradiciones constitucionales comunes es el hecho de que el TJCE no haya aclarado nunca a qué se refiere en concreto cuando habla de tradiciones constitucionales o de principios de los sistemas constitucionales de los Estados miembros. De hecho, ni siquiera su apelación es uniforme porque en ocasiones se refiere a principios de los órdenes jurídicos nacionales<sup>566</sup>, de principios comunes a los Derechos de los Estados miembros<sup>567</sup>, concepciones compartidas por la mayoría de los Estados miembros<sup>568</sup> o reglas comunes a los Estados miembros<sup>569</sup>, olvidando o ignorando en todos estos casos la mención del adjetivo "constitucionales".

En principio, un análisis literal de la expresión "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" debería llevar a entender como contenido de esta expresión sólo al texto de las Constituciones de los Estados miembros, y como mucho, también al texto de las

---

<sup>566</sup> Este es el caso de la sentencia de 7 de Noviembre de 1985, STANLEY GEORGES ADAMS/COMISIÓN, C-145/83, Rec.1985, pp.3539ss, en su pag.3547.

<sup>567</sup> Caso HOESCHT, *cit.*, Rec.1989, p.2860.

<sup>568</sup> Sentencia del TJCE de 14 de Diciembre de 1995, VAN SCHIJNDEL Y VAN DEEN, as.ac.C-430-431/93, Rec.1995, pp.I-4705ss, p.4738.

<sup>569</sup> Conclusiones del Abogado General en el asunto BOEHRINGER, *cit.*, Rec.1972, p.1296.

leyes con rango constitucional (leyes orgánicas, en el caso español)<sup>570</sup>. Si tal es el caso, la pregunta a este respecto sería si también se debería tener en cuenta los principios incluidos en sus Constituciones ya no vigentes, en las Constituciones con las que estos Estados han contado a lo largo de su historia. Este y no otro parece ser el significado riguroso de la expresión "tradición constitucional" y, por ello, en esto deberían consistir unas tradiciones constitucionales comunes en la normativa estrictamente constitucional<sup>571</sup>. Sin embargo, bajo este calificativo, frecuentemente el tribunal en el texto del fallo, o el juez ponente en su informe para la vista y el Abogado General en su escrito de Conclusiones, incluyen o "esconden" referencias a normas internas de carácter infraconstitucional. Justo es reconocer que en algunas sentencias el TJCE ha establecido claramente que a través de estas tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros el Derecho Comunitario recogía "derechos fundamentales consagrados por las constituciones nacionales y "recibidas" por el Derecho Comunitario<sup>572</sup>, pareciendo demostrar que las tradiciones constitucionales comunes se extraían únicamente del Derecho Constitucional *strictu sensu*. Pero por el contrario, en otras muchas sentencias, la mayoría en realidad, el TJCE parece buscar el contenido de las tradiciones constitucionales comunes inspirándose para ello en toda clase de normativa interna que tenga relación con el tema que dio origen al caso -por ejemplo, Códigos Penales<sup>573</sup>, normativa médica<sup>574</sup>, principios y garantías procesales<sup>575</sup> y hasta prácticas administrativas

---

<sup>570</sup> Así lo entiende el concepto ANCORA: "Le Tradizioni Costituzionali Comuni. Con questa espressione nella giurisprudenza si indica il riferimento alle normative costituzionali in tema di diritti fondamentali" (ANCORA, Felice: "Corte di Giustizia CEE e Diritti Fondamentali", en *Giurisprudenza di Merito*, 1992, anno XXIV, Giunffré Editore, Milán, pp.747-766, p.754).

<sup>571</sup> Así entiende el concepto GOSALBO, quien considera que la expresión "tradiciones constitucionales comunes" está compuesta por las constituciones (incluso las no escritas), más el bloque constitucional, más el resultado de antiguas fuentes comunes (p.ej. el Derecho Romano) y de una historia compartida (GOSALBO BONO, Ricardo: "Reflexiones en Torno al Futuro de la Protección de los Derechos Humanos en el Marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: Insuficiencias y Soluciones", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, n°1, pp.29-68, p.35).

<sup>572</sup> Sentencia NOLD, *cit*, Rec.1974, p.502. Similar tenor se observa en la más reciente sentencia de 30 de Marzo de 1993, KONSTANTINIDIS/STADT ALTENSTEIG, C-168/91, Rec.1993, pp.I-1191ss. en cuyas Conclusiones se habla de "principios constitucionales" (p.1207).

<sup>573</sup> Sentencia BOEHRINGER, *cit*, Rec.1972, p.1283 en relación con lo expresado en las Conclusiones del Abogado General MAYRAS en la p.1295.

<sup>574</sup> Sentencia de 5 de Octubre de 1994, X/COMISIÓN, C-404/92P, Rec.1994, pp.I-4737ss, p.4791, donde se habla de "un principio generalmente admitido en el Derecho médico de los Estados miembros" y donde también se habla, más escuetamente, de "un principio de Derecho médico".

internas<sup>576</sup>. Por esta razón, entendemos que esta expresión ha de entenderse en sentido amplio a pesar de su tenor literal<sup>577</sup>. No en vano, tal parece ser el significado que implícitamente le otorga el TJCE (y también el TPI) en su jurisprudencia al término "tradiciones constitucionales comunes".

Otro problema añadido y que lleva a una auténtica reflexión sobre la licitud del recurso a las tradiciones constitucionales comunes consiste en que prácticamente es imposible encontrar una sentencia en la que el propio tribunal analice por sí mismo una de ellas. Una excepción a esta afirmación está en la sentencia RAZZOUK Y BEYDOUN<sup>578</sup>. Pero la realidad es que quien normalmente avanza la hipótesis de la aplicabilidad a un caso de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración de principios comunitarios es el Abogado General en sus Conclusiones. Y por lo general -aunque esto no tiene una precisión matemática- junto a esta referencia a las tradiciones constitucionales comunes, el Abogado General incluirá un estudio más o menos preciso de cómo se articula tal derecho en la normativa de los Estados miembros. Eventualmente el TJCE adoptará esta argumentación sugerida por el Abogado General, pero si lo hace, prácticamente en ningún caso repetirá, retomará, rehará, ni intentará mejorar el estudio constitucional o normativo esbozado previamente por el Abogado General.

Abundando en lo ya conocido, diremos que los Abogados Generales, que son miembros del TJCE (pero no del TPI<sup>579</sup>), a pesar de su nombre, son asistentes independientes

---

<sup>575</sup> Sentencia VAN SCHIJNDEL *cit.* Rec.1995, p.4706.

<sup>576</sup> Sentencia de 27 de Octubre de 1976, PRAIS/CONSEJO, C-130/75, VIVIEN PRAIS/CONSEJO, C-130/75, Rec.1976, pp.1589ss., p.1598.

<sup>577</sup> Se han de entender como "principios rectores proclamados... en los Estados miembros aunque su alcance específico sea variable de uno a otro" (ROLDÁN BARBERO 1996 *cit.*, p.803); lo que JIMÉNEZ-BLANCO, usando otras palabras, denomina "herencia común" (JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio: "El Sistema de Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Europeo", en *Actualidad Administrativa*, 1989, n°48, pp.3025-3035, p.3033).

<sup>578</sup> Sentencia de 20 de Marzo de 1984, RAZZOUK Y BEYDOUN/COMISIÓN, as.ac.C-75 y 117/82, Rec.1984, pp.1509ss.

<sup>579</sup> Ante el TPI no hay Abogados Generales, aunque en determinadas circunstancias un juez pueda ser llamado a desempeñar tal función para un caso concreto. Pero por lo general esta figura no existe. La razón su ausencia del TPI es doble: por un lado, se pensó que la función del TPI sería principalmente establecer los hechos y no necesaria del apoyo de Abogados Generales. Por otro, se pensó que su introducción en todos los procesos de

de este órgano pero no participan en las deliberaciones del tribunal que dan lugar a la sentencia final. Su función, por el contrario, es la descrita en el párrafo 2 del art.166<sup>580</sup>. En otras palabras, el Abogado General da su opinión jurídica sobre el caso, pudiendo además incluir en sus Conclusiones elementos que no aparecen en un fallo judicial, como puedan ser reflexiones personales sobre la trascendencia del objeto a tratar, comparaciones entre el caso que analiza en ese momento y otros previamente juzgados, comentarios sobre las circunstancias específicas que han desencadenado la controversia, sobre las irregularidades del procedimiento o sobre la compatibilidad entre el Derecho Comunitario y un acto estatal. En resumen, sus Conclusiones son documentos en cuya redacción el Abogado General es bastante libre, pueden ir más allá de lo estrictamente jurídico y del juicio que normalmente se manifiesta en la sentencia del TJCE, que es un documento mucho más formal en su redacción<sup>581</sup>. Como es bien sabido, las Conclusiones del Abogado General no obligan al TJCE. De hecho, nos encontramos con sentencias en las que no se ha hecho la más mínima referencia a la opinión de aquél<sup>582</sup>, e incluso otras en las que claramente el tribunal ha fallado en contra de lo mantenido por el Abogado General<sup>583</sup>. En otros casos, los Abogados Generales se han explayado en la justificación de un punto en el que luego el tribunal no ha considerado necesario entrar<sup>584</sup>.

---

modo generalizado alargaría los procesos (SCHERMERS, Henry G.: "The European Court of First Instance", en *Common Market Law Review*, 1988, nº25, pp.541-558; GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, Rafael: "El Tribunal de Primera Instancia", en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, 1993, Liñán Noguera y Rodríguez Iglesias (directores), Cívitas, Madrid, pp.403-452, p.415).

<sup>580</sup>"... presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia, a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión, tal como queda definida en el art.164".

<sup>581</sup> En las Conclusiones, el Abogado General realiza una síntesis objetiva de los puntos debatidos y propone argumentos que en su opinión tengan un especial relieve para la decisión (DÍEZ DE VELASCO, Manuel: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Fundamentos Jurídicos y Estructura", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, 1986, tomo I, Cívitas, pp.629-653, p.641).

<sup>582</sup>*vide* p.ej. sentencia de 15 de Julio de 1960, COMPTOIRS DE VENTE DU CHARBON DE LA RUHR, as. ac. C-36, 37-38, 40/59, Rec.1960, pp.857ss.

<sup>583</sup>Sentencia VAN GEND ET LOOS, *cit* Rec.1963, p.1ss; sentencia de 8 de Noviembre de 1983, COMISIÓN/REINO UNIDO, C-165/82, Rec.1983, pp.3431ss.

<sup>584</sup> Sentencia del TJCE de 4 de Octubre de 1991, SOCIETY FOR THE PROTECTION OF THE UNBORN CHILDREN (SPUC)/GROGAN, C-159/90, Rec.1991, pp.I-4685ss.

No por conocido, el anterior repaso a la actividad que realiza el Abogado General era menos necesario. La razón principal de la anterior semblanza de la figura del Abogado General era dar una idea de por qué puede ser que casi ninguna sentencia del TJCE analice las tradiciones constitucionales comunes que cita mientras que a menudo este análisis sí lo realiza previamente el Abogado General. Como afirman BROWN Y KENNEDY:

"The Court's judgement, by contrast is less free and less full, usually setting out only those propositions which are necessary to its decision, and often not seeking to justify or substantiate them"<sup>585</sup>.

Así pues, estos autores también están de acuerdo en que el tribunal demasiado frecuentemente no intenta justificar jurídicamente todas y cada una de las decisiones que adopta en su fallo. Quizá sea la propia formalidad de las sentencias del tribunal, su propio formato escueto y a menudo telegráfico, la causa de que a duras penas podamos encontrar una sentencia en la que el tribunal se tome la molestia de hacer una revisión del Derecho comparado para fundamentar una tradición constitucional común que él mismo cita. Normalmente el tribunal cita una tradición constitucional sin explicarla, dando por obvio su origen y contenido. Parece en otras ocasiones que hace suya implícitamente la argumentación del Abogado General, puesto que menciona la misma tradición constitucional que éste citó y explicó, pero sin que el tribunal la explique él mismo. Otras veces, el tribunal facilita nuestra labor de interpretación cuando se remite expresamente al razonamiento desarrollado por el Abogado General respecto a una tradición común.

No obstante, a pesar de esta elucubración sobre las razones que pueden llevar a que el tribunal no haya profundizado en cómo y en base a qué en un momento dado decidió inspirarse en lo que él llama tradiciones constitucionales comunes, ello no nos lleva a ignorar el problema. Un problema que se agrava (o al menos se mantiene) con el TUE, donde se vuelve a poner el dedo en la llaga. Así, en su art.F.2 se vuelve a hacer referencia a que se respetarán los derechos fundamentales "...tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho

comunitario". Por su parte, como ya vimos en la primera parte de esta tesis, el Tratado de Amsterdam mantiene este tenor. Según LIÑAN, en el TUE "...la referencia a los sistemas constitucionales internos es imprecisa, insegura e inquietante. Imprecisa, porque los ámbitos materiales de los derechos humanos son hoy extraordinariamente complejos y no hay en ella un sólo elemento de identificación claro"<sup>586</sup>. Es cierto: hoy por hoy ni el TJCE ha definido en qué consisten esas tradiciones constitucionales comunes de las que el TUE también habla con toda naturalidad -como si su significado fuera de todos conocido- ni parece que el TJCE proteja los derechos fundamentales "tal y como resultan" de esas tradiciones, puesto que nunca las razona o explica en el texto de sus sentencias. En nuestra opinión, a pesar de la necesidad que tienen los jueces de Luxemburgo de ser escuetos, ello no les exime del deber de exponer, aunque sea brevemente, los fundamentos de derecho en los que se basa un fallo.

## 2. Análisis jurisprudencial

Los casos en los que TJCE, Abogado General o juez ponente han hecho alusión a las tradiciones constitucionales comunes no se caracterizan precisamente por su uniformidad. De hecho, si algo destaca con respecto a estas sentencias es el hecho de que no siguen patrones o hilos argumentales similares. El resultado es que no se puede hablar de un discurso uniforme o fijo en esta materia por parte del tribunal. La lógica conclusión de ello es la inseguridad que produce el uso de esta fuente de inspiración por parte del TJCE, de tal modo que no podemos establecer pautas de comportamiento, teorías, ni tan siquiera hipótesis sobre el modo y el tipo de ocasiones en que se acude a éstas. Un análisis de estas sentencias nos muestra su variedad y la falta de reglas fijas que existe en el tribunal cuando de usarlas se trata.

### 2.1. Análisis de las primeras sentencias en las que el TJCE utilizó el argumento de las tradiciones constitucionales comunes

---

<sup>585</sup>BROWN, Neville; KENNEDY, Tom: *The Court of Justice of the European Communities*, 1994, Sweet and Maxwell, Londres, p.63.

Ante todo, lo primero que hay que señalar en esta materia es que no fue el TJCE quien ideó el recurso a las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración de principios comunitarios. Tal mérito hay que reconocérselo al Abogado General LAGRANGE, quien redactó las Conclusiones del caso COMPTOIRS DE VENTE DE CHARBON DE LA RUHR en el año 1960<sup>587</sup>. Por tanto, nueve años antes de que el TJCE en su sentencia STAUDER admitiese estar ligada por los principios generales del derecho<sup>588</sup>, y diez años antes de que en su sentencia INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT acudiese por primera vez a las tradiciones constitucionales comunes como modo de inspiración para localizar tales principios<sup>589</sup>, ya un Abogado General había propuesto la utilización de este argumento para, entre otras cosas, templar los ánimos de los tribunales constitucionales que veían cómo los derechos fundamentales protegidos por sus constituciones eran puestos en entredicho en la actuación comunitaria.

En sus Conclusiones en el caso COMPTOIRS DE VENTE, el Abogado General LAGRANGE fue premonitorio, aunque lo avanzado de su teoría impidió su adopción por parte del TJCE, que desoyó totalmente su argumento sin citarlo siquiera en el pronunciamiento judicial. En este asunto, relativo al derecho de propiedad de las empresas y a sus derechos adquiridos, cuando ni siquiera el TJCE había comenzado con su protección de los derechos fundamentales, inmerso como estaba en plena fase inhibicionista en materia de derechos fundamentales, LAGRANGE indicó que el tribunal no podía aplicar reglas de derecho interno, ni siquiera de tipo constitucional, pero que sí podía eventualmente inspirarse en ellas como expresión de un principio general susceptible de ser tenido en cuenta para la aplicación del tratado. A ello añadía el Abogado General que existía "una regla de Derecho común a los seis países por la que ha de protegerse el derecho de propiedad frente a todo

---

<sup>586</sup>LIÑAN NOGUERAS 1996 *op.cit.*, p.346.

<sup>587</sup> Rec.1960, pp.857ss, pp.906-931.

<sup>588</sup> Sentencia del TJCE de 12 de Noviembre 1969, STAUDER/COMISIÓN, C-29/69, Rec.1969, pp.419ss.

<sup>589</sup> Sentencia del TJCE de 17 de Diciembre de 1970, INTERNATIONALE HANDELSGELLSCHAFT mbH/EINFUHR-UND VORRATSSTELLE FÜR GETREIDE UND FUTTERMITTEL, C-11/70, Rec.1970, pp.1161ss.

atentado"<sup>590</sup>. Sin lugar a dudas, cuando el Abogado General se refiere a una regla de derecho común a los seis Estados miembros (los seis miembros originales) se está refiriendo, aunque aún no se le de ese nombre, a la posibilidad de que exista en Derecho europeo una tradición constitucional común en materia de propiedad.

La certeza de que fueron los Abogados Generales quienes abrieron camino al TJCE en este ámbito de la protección de los derechos fundamentales se ve confirmada en otra sentencia posterior, la sentencia STAUDER, famosa por ser la primera de toda esa saga de decisiones en las que el tribunal se proclama garante de los derechos fundamentales en calidad de contenido de principios generales del Derecho Comunitario.

Quizá lo que haya pasado más desapercibido de esta sentencia fueran las Conclusiones de su Abogado General, KARL ROEMER. Y sin embargo, en su texto nos encontramos con otro precedente del caso INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT, puesto que un año antes de la consagración por el tribunal de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración suya, ROEMER al alegar el demandante que el derecho comunitario violaba su derecho a la dignidad garantizado por la Ley Fundamental de Bonn -por tener que dar su nombre a las autoridades alemanas si quería conseguir gratuitamente mantequilla excedentaria de la CE- afirmó:

"... la question posée ne concerne pas, comme on pourrait le croire à première vue, la compatibilité d'un acte communautaire avec le droit constitutionnel national. En fait, selon votre jurisprudence antérieure, cet examen ne serait pas possible. Le tribunal qui vous saisit vous demande plutôt d'apprécier la validité juridique de la décision de la Commission sur la base des principes juridiques du droit communautaire en vigueur...

...le tribunal pense ainsi qu'il faut *s'orienter* d'après les principes du droit national. Cela est conforme à l'opinion de nombreux auteurs: pour eux, il faut dégager, par une étude critique de droit comparé, les notions qualitatives communes du droit constitutionnel national, en particulière, des droits nationaux fondamentaux qui, en tant que partie intégrante non écrite

---

<sup>590</sup> Rec.1960, p.910.

du droit communautaire, devraient être respectés lors de l'élaboration du droit communautaire dérivé"<sup>591</sup>.

Una lectura atenta de este texto demuestra que el Abogado General ROEMER secundaba la del Abogado General LAGRANGE en la sentencia *COMPTOIRS DE VENTE* al sugerir al tribunal que se orientara por los principios del derecho nacional. Una parte del argumento de ROEMER (la referencia a la protección de los derechos fundamentales como principios generales del ordenamiento comunitario) fue recogida por el tribunal en su fallo, no así la parte referida a la posibilidad de acudir al Derecho Constitucional nacional como fuente de inspiración para concretar esos principios. Cabe preguntarse si el hecho de que el TJCE no se atreviera aún a aventurarse por el camino que le proponía el Abogado General sobre la legitimidad del argumento de las tradiciones constitucionales comunes podría ser debida a su prevención y miedo de "se lancer dans des développements comparatifs, compliqués par nature, et de s'attirer alors le reproche d'imprécision..."<sup>592</sup>

Merece destacarse, por otra parte, que el Abogado General propone aquí al tribunal realizar un estudio crítico del derecho constitucional comparado. Posteriormente veremos alguna sentencia del TJCE en la que la argumentación del tribunal ha sido menos inteligente que la expuesta tan premonitoriamente en *STAUDER* por ROEMER. En este caso, ROEMER ya intuye la imposibilidad de proteger como principios comunitarios todos y cada uno de los derechos incluidos en todos los ordenamientos internos. Sin embargo, en alguna sentencia posterior, cuando ya el tribunal había hecho suyo el uso de las tradiciones constitucionales comunes como fuentes de inspiración, llegó torpemente a afirmar que cualquier derecho reconocido en cualquier Constitución de cualquier Estado miembro debía

---

<sup>591</sup> Conclusiones del caso *STAUDER*, Rec.1969, p.428.

<sup>592</sup> PESCATORE, Pierre: "Le Recours, dans la Jurisprudence de la Cour des Communautés Européennes, à des Normes Deducites de la Comparaison des États Membres", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980, n.2, pp.337-359, p.346.

constituir para el TJCE un principio general (*vide* a este respecto sentencias NOLD<sup>593</sup> e IRCA<sup>594</sup>).

Como se ha adelantado anteriormente, fue el caso INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT aquél en el que por primera vez el TJCE asumió el argumento de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración de los principios generales del Derecho Comunitario. Paradójicamente, nos encontramos con que el redactor de las Conclusiones de este caso, el señor ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE, no sugirió al TJCE el uso de éstas -como en cambio sí lo habían hecho otros Abogados Generales en asuntos previos. Es cierto que LAMOTHE alega la necesidad de utilizar en este asunto los principios generales. También es cierto que se toma la molestia de definir los principios generales como derecho no escrito que constituye el sustrato filosófico, político y jurídico común a los Estados miembros que sirven al tribunal para proteger los derechos fundamentales<sup>595</sup>. Pero sin embargo, este Abogado General no avanzó ninguna tesis sobre el posible (o posibles) origen(es) de esos principios generales.

Fue por tanto el propio tribunal quien en este asunto relativo, una vez más, a los límites del derecho de propiedad de personas jurídicas, afirmó -tal vez inspirado en las premonitorias Conclusiones de otros casos- que:

"Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être dans le cadre de la structure de la Communauté"<sup>596</sup>.

No obstante, se diría que el TJCE incluyó esta frase en el texto de la sentencia de un modo casi mecánico, puesto que la sentencia realmente no indica si en este asunto concreto

---

<sup>593</sup> Rec.1974, pp.491ss.

<sup>594</sup> Sentencia del TJCE de 7 de Julio de 1976, IRCA (INDUSTRIA ROMANA CARNI E AFFINI SPA)/AMMINISTRAZIONE DELLE FINAZE DELLO STATO, C-7/76, Rec.1976, pp.1213ss.

<sup>595</sup> Conclusiones a la sentencia INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT, Rec.1970, p.1149.

<sup>596</sup>Rec.1970, p.1126.

estamos o no ante una tradición común y, por supuesto, menos aún explica el origen en los textos de Derecho Constitucional comparado de la hipotética tradición constitucional común. Parece que el mencionar tal fuente de inspiración fue más bien una estrategia del TJCE para conjurar el peligro consistente en tener que aplicar, como alegaba la empresa demandante, el derecho de propiedad tal y como aparece protegido en la Constitución alemana. Esta sería la razón de la inclusión en esta sentencia de una frase tan teórica, y que parece no guardar relación con el resto del texto del fallo. Basta una lectura rápida de este fallo judicial para comprobar que la mención a las tradiciones constitucionales comunes está como "trasplantada" en ella, sin que se profundice siquiera sea mínimamente en sus consecuencias y sin llegar a afirmarse en ningún momento que el derecho de propiedad constituya una de esas tradiciones constitucionales europeas. Por supuesto que para quien mínimamente conozca la historia de Europa y las Constituciones de los Estados miembros, resulta evidente que el derecho de propiedad es un derecho clásico, protegido a nivel constitucional en unos países que se caracterizan por su tradición liberal y burguesa. Pero lo que aquí se critica es el hecho de que en ningún lugar se afirme en esta sentencia que este derecho provenga de una tradición constitucional, ni se explique tal tradición. Podría pensarse que si el tribunal no hace nada de todo esto es porque previamente ya hubiera analizado en otra sentencia al derecho de propiedad como tradición constitucional. En opinión de PI LLORÉNS:

"Tampoco se debe olvidar que una vez formulado un determinado principio general, basándose en un análisis de derecho comparado, las referencias posteriores a dicho principio se harán en cuanto principio del derecho comunitario, sustituyéndose la invocación a los ordenamientos estatales por la alusión a las propias sentencias del TJCE que ya han aplicado el principio de que se trate"<sup>597</sup>.

Siguiendo a esta autora en algo que nos parece coherente como modo de actuación del TJCE, una vez que el TJCE, en un primer caso que se le plantea sobre la situación de un derecho en el ordenamiento comunitario, se refiere a la existencia de una tradición constitucional específica en la materia y explica su origen y aplicación en Derecho comunitario, el tribunal, en futuros casos que se le planteen sobre ese derecho, queda exento

de transcribir de nuevo todos los datos aportados previamente sobre el modo en que se protege ese derecho en Derecho comparado, así como las conclusiones que de ello se extrae para el Derecho Comunitario. A partir de esa segunda sentencia, el TJCE podría citarse a sí mismo, es decir, aquélla sentencia previa en la que adaptó al Derecho Comunitario un derecho ya existente en los ordenamientos constitucionales internos.

La lógica de este argumento es irreprochable pero su problema con respecto al caso INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT consiste en que la manera en que el TJCE procedió con respecto a este asunto no nos permite aplicarlo. En efecto: no podemos excusar al tribunal por no explicarnos el modo cómo se ha inspirado en las constituciones de los Estados miembros para proteger la propiedad como principio general del Derecho comunitario, por la simple razón de que éste es el primer caso en que el TJCE utilizaba el argumento de las tradiciones constitucionales comunes, de manera que nunca antes podía haber dicho que la protección de la propiedad fuera una tradición común en los Estados de la Comunidad. Así pues, siendo ésta la primera vez que el TJCE se ocupa del tema, bien podía haber profundizado en él. En primer lugar, el TJCE debería haber dicho expresamente que el derecho de propiedad constituía una tradición común que le servía para construir un principio comunitario -cosa que ni siquiera hace, como hemos comentado anteriormente. Y una vez dicho esto, el TJCE debería haber analizado el derecho de propiedad en las constituciones de los Estados miembros, para luego interpretar tales datos y extraer conclusiones adaptadas al Derecho Comunitario en materia de propiedad. Nada de esto hace el TJCE en ésta su primera sentencia en la que alude a las tradiciones constitucionales comunes.

Siguiendo de momento con este orden cronológico de las sentencias que citan, o utilizan sin citarlas como tales, a las tradiciones constitucionales comunes, llegamos al caso NOLD<sup>598</sup>, renombrado más que nada por ser el primer caso en que junto a las tradiciones constitucionales comunes, se hace referencia a los tratados internacionales como fuente de inspiración de los principios generales del Derecho Comunitario. En este asunto, el Abogado General TRABUCCHI, una vez que el TJCE ya hubo aceptado el uso de las tradiciones

---

<sup>597</sup>PI LLORÉNS, Monserrat: *La Protección de los Derechos Fundamentales...*, cit, p.206.

<sup>598</sup> Rec.1974, pp.491ss.

constitucionales comunes -al menos en teoría- a través de la sentencia anteriormente citada, lleva a cabo un auténtico estudio práctico de lo que supone, literalmente hablando, una tradición constitucional común. En efecto, para demostrar que la protección del derecho de propiedad es una tradición común a los ordenamientos de los Estados miembros, TRABUCCHI se remonta hasta la antigüedad y explica cómo se protegía desde el Derecho Romano hasta las constituciones actuales pasando por los códigos europeos decimonónicos<sup>599</sup>. Analiza el derecho de propiedad como tradición constitucional común a los Estados miembros pero intenta demostrar que esa tradición considera al derecho de propiedad no como absoluto, sino como un derecho limitado en nombre del interés público<sup>600</sup>. Para ello alega la esencia del derecho, añadiendo que eso es lo infranqueable de él y señalando que la diferencia entre lo accesorio y lo esencial en materia de propiedad es algo bien conocido en el plano constitucional de los Estados miembros<sup>601</sup>. Curiosamente, para demostrar este punto, sólo analiza la Constitución de un miembro, Alemania.

En nuestra opinión, el hecho de que sea de todos conocido que las Constituciones limitan el derecho de propiedad por razones de interés público, no excusaba al Abogado General de terminar el razonamiento que él mismo había voluntariamente comenzado, y así analizar que eso ocurre también en otras constituciones del mismo entorno geográfico, no únicamente en la alemana.

En cuanto a la recepción por parte del tribunal de la argumentación del Abogado General en el asunto, hay que decir que fue completa. En otra sede, analizaremos el hecho de que a esta argumentación del Abogado General, el tribunal añadiera por su cuenta otra fuente de inspiración no avanzada por él (los tratados internacionales sobre derechos humanos). Por lo que a las tradiciones constitucionales comunes respecta, el tribunal sigue al Abogado General pero incluso va más lejos que éste teorizando en un sentido que, en nuestra opinión, ha sido contradicho por su propia jurisprudencia posteriormente. Así, al elaborar sobre esta tradición constitucional que reconoce que existe en materia de propiedad, el tribunal añade

---

<sup>599</sup> Rec.1974, p.514.

<sup>600</sup> Rec.1974, p.515.

<sup>601</sup> Rec.1974, p.516.

que al actuar inspirado por las tradiciones constitucionales comunes, el tribunal *no puede* admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de los Estados miembros. En esta misma línea, el tribunal introduce el argumento del standard de protección:

"La protection effective du droit de propriété étant conçue de manière différente dans les divers états membres, sa concrétisation devrait s'orienter en fonction du standard national maximum... Qu'en assurant la sauvegarde de ces droits la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États"<sup>602</sup>.

Esto es, que ante la alternativa de proteger todos y cada uno de los derechos constitucionales de los Estados miembros (hipótesis del máximo común múltiplo) o sólo aquéllos que sean comunes a todas sus constituciones (hipótesis del mínimo común denominador) el tribunal opta por el standard que asegura la protección comunitaria de todo derecho contenido en cualquier Constitución de un Estado miembro. En teoría, el argumento es impecable. Sin embargo, existen casos más recientes que han demostrado al tribunal el peligro de este razonamiento: p.ej, el asunto GROGAN<sup>603</sup>, sobre el derecho a la vida del *nasciturus*, constitucionalmente protegido en Irlanda. Si en este asunto el TJCE hubiera considerado que existía un nexo comunitario -cosa que no ocurrió afortunadamente para él- se habría tenido que plantear si un derecho reconocido en una sola Constitución y que parece bastante relativizado en constituciones como la finlandesa<sup>604</sup> o la no escrita del Reino Unido, constituía una tradición constitucional común.

Tras haber analizado de forma cronológica las primeras sentencias en las que se citaron las tradiciones constitucionales comunes, conviene ahora agrupar de una forma

---

<sup>602</sup>Rec.1974, pp.503 y 508.

<sup>603</sup> Rec.1991, pp.I-4685ss.

<sup>604</sup>El artículo 6 de esta Constitución declara en su primer párrafo que "Todo ciudadano finlandés está protegido por la ley en su vida, honra, libertad personal y libertad", texto que ha sido interpretado como permitiendo la

sistemática el resto de sentencias en las que se ha utilizado este argumento, en lugar de por simple orden de aparición. En este sentido, la primera categoría podría ser la de aquellas sentencias en las que el Abogado General propuso al TJCE fallar con base en las tradiciones constitucionales comunes, y sin embargo el tribunal hizo caso omiso de esta sugerencia. Otro tipo de sentencias sería aquél formado por todos aquellos fallos en que abogado y tribunal coinciden en la pertinencia de aplicar una tradición constitucional común al caso. Un tercer tipo, sería aquél de las sentencias en que Abogado General y tribunal usan el argumento de las tradiciones constitucionales pero cada uno de ellos hace referencia a una tradición constitucional distinta. La última categoría de sentencias que nos encontramos sería la de aquellas pocas en las que el tribunal hace referencia a las tradiciones constitucionales pero sin embargo el Abogado General en sus Conclusiones no las menciona.

Huelga repetir que no pretendemos ni insinuamos, en ningún caso, que el tribunal deba sentirse vinculado por las Conclusiones del Abogado General. De hecho, ya se comentó previamente que se parte de la base de que las Conclusiones nunca son vinculantes para el TJCE. Es más, esta es una de las razones por las que la figura del Abogado General se ha considerado innecesaria en el TPI. Pero tal análisis al menos nos permite comprobar que el recurso a las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración (recurso al que a menudo se hace referencia por la doctrina) donde habitualmente se produce no es en el propio tribunal, sino previamente, en las Conclusiones del Abogado General.

## 2.2. Casos en los que el Abogado General utilizó el argumento de las tradiciones constitucionales comunes y el TJCE lo ignoró

En este primer grupo de sentencias nos encontramos la del asunto CASAGRANDE<sup>605</sup>, relativo al derecho a la educación de los hijos de trabajadores migrantes comunitarios. Se trataba de analizar el Reglamento 1612/68 sobre Realización Progresiva de la Libre

---

práctica de aborto siempre que se cumplan los requisitos marcados por la ley. Algo similar se puede decir de la inmensa mayoría de los textos constitucionales de los miembros de la CE, incluido el español.

<sup>605</sup>Sentencia de 3 de Julio de 1974, CASAGRANDE/LANDESHAUPTSTADT MÜNCHEN, C-9/74, Rec.1974, pp.773ss.

Circulación de Trabajadores, para saber si la igualdad de trato entre alumnos nacionales de un Estado y alumnos nacionales de otro Estado hijos de trabajadores migrantes se debía aplicar sólo al acceso a la enseñanza o también debía aplicarse a todo beneficio del que disfrutasen los alumnos nacionales de ese Estado. A tal fin, el Abogado General WARNER analizó qué ocurría en el derecho interno de países como Italia, Alemania, Bélgica y Francia en materia de educación de hijos de trabajadores migrantes<sup>606</sup>, pero olvidó o no nombró intencionadamente la situación en Luxemburgo, Países Bajos, y los tres Estados recién admitidos en las CCEE en la primera ampliación de 1972 (Irlanda, Dinamarca y Reino Unido). Tras el estudio de la legislación en los cuatro Estados analizados, WARNER se mostró a favor de una interpretación amplia o extensiva del art.12 de dicho Reglamento. Puesto de otra manera: no bastaba con que no existiese discriminación a la hora de admitir escolares de otros Estados miembros en cursos de enseñanza para poder declarar que Alemania respetaba el principio de igualdad de trato en toda su extensión. La igualdad de trato entre escolares de Estados miembros se debía manifestar con el acceso de hijos de trabajadores migrantes a todos los beneficios y ventajas (becas y ayudas económicas para fomentar la formación) que Alemania o sus Lander garantizasen a los escolares alemanes.

Interesa destacar que en este asunto el Abogado General no se refirió a las tradiciones constitucionales comunes utilizando tal acepción, sino que lo que hizo fue examinar el derecho interno de cuatro de los entonces nueve Estados miembros sin exponer en base a qué invocaba lo que ocurría en esos Estados, sin explicar por qué considera que lo que ocurría en esos Estados sería extrapolable al ámbito comunitario o constituiría una inspiración para que el TJCE construyese sus propios principios generales.

Por su parte el tribunal, rechazó la utilización de este recurso jurídico. Si bien es cierto que también él realizó una interpretación extensiva de este artículo del Reglamento 1612/68 -y por tanto llegó al mismo resultado que el Abogado General- en realidad a ese resultado llegó por otras vías, sin referirse a las tradiciones constitucionales comunes ni expresa ni tácitamente.

---

<sup>606</sup>Rec.1974, p.783.

Otro asunto en el que el tribunal desoyó la opinión del Abogado General de basar su fallo en la existencia de una tradición constitucional común a los Estados miembros es el caso BOEHRINGER<sup>607</sup>. En esta controversia, que enfrentaba a una empresa alemana con la Comisión por considerar la primera que se le estaba sancionando por segunda vez por una única infracción cometida, el Abogado General MAYRAS analiza exhaustivamente el Derecho Penal de los Estados miembros para ver si se puede deducir que es aplicable en Derecho Comunitario el principio *ne bis in idem* a las personas jurídicas en materia de sanciones administrativas. En concreto, intenta buscar si a través del Derecho de los Estados miembros se puede deducir la existencia de una tradición constitucional por la que las CCEE no pudieran imponer una multa a una empresa que ha realizado prácticas contrarias a la libre competencia, cuando consta la imposición previa de una multa a esa empresa por ese mismo motivo por parte de las autoridades estadounidenses.

Para ello, el Abogado General analiza el alcance de la regla *ne bis in idem* en el derecho interno de los Estados miembros, concluyendo que sin lugar a dudas existe un principio en la normativa penal de todos ellos por el que un hecho delictivo que ha sido ya objeto de una decisión judicial que tiene el carácter de cosa juzgada no puede dar lugar a ulteriores acciones represivas ni a una nueva condena. Pero sin embargo el Abogado General también constata en su amplio y escrupuloso estudio del derecho de los Estados que en 1972 eran miembros de las Comunidades, que este principio sólo se aplica al caso de las infracciones penales y que por tanto, en todos ellos (salvo en el caso de Francia) es posible la acumulación de una sanción administrativa y otra penal<sup>608</sup>. También constata que el principio *ne bis in idem* se aplica únicamente en el interior de cada uno de los Estados, y en consecuencia sería posible que unos hechos sancionados o condenados en un Estado posteriormente fueran objeto de una segunda sanción en otro Estado que fuera competente sobre él.

---

<sup>607</sup> Rec.1972, pp.1281ss.

<sup>608</sup> Rec.1972, pp.1295-1297.

Para llegar a estas conclusiones, MAYRAS analiza sucesivamente, con respecto a cada una de estas cuestiones, el derecho aplicable en los Estados miembros. Su punto de vista, en última instancia, es el siguiente:

"Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'en déduire l'affirmation d'un principe général du droit qui s'imposerait également dans l'hypothèse d'un concours de poursuites et, éventuellement, de sanctions, communautaires d'une part, émanant d'autorités ou de juridictions d'un État-tiers d'autre part"<sup>609</sup>.

"Tout d'abord, elles frappent [les amendes], exclusivement non des personnes physiques mais des entreprises, des personnes morales, dans leur patrimoine. Le souci de protection de la personne humaine contre la dualité de répressions pénales, spécialement lors qu'il s'agit de peines privatives de liberté, n'intervient donc pas dans ce domaine"<sup>610</sup>.

Así pues, el Abogado General, aunque reconoce la existencia de un principio general común al derecho nacional de los nueve Estados miembros que prohíbe la doble incriminación y condena por unos mismos hechos delictivos, circunscribe esta tradición constitucional al interior de los Estados miembros, cuando se trata de infracciones penales y además la acusación es contra una persona física. Pero considera que no existe una tradición constitucional -a pesar de lo afirmado en la legislación francesa- por lo que se refiere a las personas jurídicas, en el ámbito administrativo y cuando además las sanciones que se acumulan provienen una de un país y otra de la CE.

El TJCE llega a idéntica conclusión (la CE puede infligir una multa a una empresa a la que los EEUU hayan ya impuesto de acuerdo con su legislación una sanción por actos contrarios a la libre competencia) pero usando un razonamiento jurídico que es justo el contrario del esgrimido por el Abogado General:

En primer lugar, el tribunal no analiza ni menciona ni las tradiciones constitucionales comunes, ni el Derecho Penal de los Estados miembros. Únicamente menciona la existencia

---

<sup>609</sup> Rec.1972, p.1301.

<sup>610</sup> Rec.1972, p.1303.

del principio general del Derecho Comunitario que prohíbe la acumulación de sanciones por un mismo hecho. Seguidamente, considera que tal principio sí se aplica a las personas jurídicas por sanciones que se le impongan por infracciones cometidas contra el derecho de la competencia en el territorio comunitario. En tercer lugar, considera que la Comisión, al imponer una sanción a una empresa sí debe tener en cuenta las ya soportadas por esa empresa en virtud de ese mismo hecho en territorio comunitario. Pero incluso en el caso de que la sanción proviniese de un Estado tercero, la Comisión debería tener en cuenta este hecho a la hora de evaluar la pertinencia de imponer una segunda sanción. En último lugar, se indica que, no obstante, en este caso concreto, la imposición de la sanción por parte de la Comisión es posible por no estar fundada en exactamente el mismo hecho que motivó la imposición de la multa estadounidense.

Al igual que en las sentencias anteriores, en la sentencia PRAIS<sup>611</sup> el TJCE no tuvo a bien fundamentar su sentencia en la existencia de una tradición común a los Estados miembros sobre libertad religiosa, la cual le sirviese para modular un principio general del derecho comunitario. Esto no significa, ni mucho menos, que el tribunal negase la existencia de tal tradición constitucional. Simplemente consideró más adecuado usar otro tipo de argumentos diferentes al que en este sentido le propuso el Abogado General WARNER.

En esta disputa, la demandante pretendía que debía existir en Derecho Comunitario una práctica por la que se pudiera cambiar la fecha de la oposición a aquellos candidatos de un concurso público que alegasen que la fecha escogida coincidía con una celebración religiosa del credo profesado por aquéllos. La norma que la señorita Vivien PRAIS consideraba que estaba siendo violada por la Comisión, que era quien organizaba esa oposición, era un supuesto principio según el cual una institución pública ha de convocar oposición para el reclutamiento de personal de tal manera que esa fecha no afecte a las convicciones religiosas de ningún candidato.

Pero el Abogado General verifica exhaustivamente las prácticas administrativas sobre el particular en el Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos, Alemania, Irlanda, Bélgica, Francia,

---

<sup>611</sup> Rec.1976, pp.1589ss.

Italia y Luxemburgo -es decir, en todos los países miembros en esa época- y llega a la conclusión que en su derecho interno y en sus prácticas no hay uniformidad. Por eso en su opinión, no se puede extraer una regla de las Constituciones o de su legislación, ya que ninguno de ellas la reconoce<sup>612</sup>.

En cuanto al TJCE, éste coincide con el Abogado General en el diagnóstico: no existe un principio de esas características en Derecho Comunitario porque con tal de que la fecha de una oposición se fije de forma objetiva, sin tener en cuenta si se trata de una fiesta religiosa para ninguna religión, se está actuando sin discriminar a nadie. Si al convocar un concurso público no se pretende incomodar voluntariamente a los practicantes de una creencia determinada, entonces no se produce violación de la libertad religiosa de nadie<sup>613</sup>. Pero para llegar a este resultado, el TJCE no menciona las prácticas de la Administración de cada uno de los Estados miembros, sino que lo que hace es interpretar el art.9 CEDH sobre libertad religiosa según sus propios criterios.

La sentencia del asunto SLOMAN NEPTUN<sup>614</sup> es un ejemplo de fallo polémico. Pero al margen de ser polémica por el objeto que dio lugar al caso, es también una sentencia en la que el análisis del Abogado General en sus Conclusiones sobre el derecho interno quedó en letra muerta cuando el caso pasó a manos del tribunal. En sus Conclusiones, el Abogado General DARMON realizó una revisión del derecho interno de los Estados miembros en una cuestión, por lo demás, técnica y en la cual los textos constitucionales no tenían cabida. Se trataba de un tema de derecho naviero relativo, en concreto, a las reglas de contratación de marineros de países no comunitarios en cada uno de los Estados miembros. Para abordarlo, el Abogado General analiza este derecho en varios países comunitarios, a saber: Grecia, España, Irlanda, Portugal, Italia, Alemania y Reino Unido. Su deducción final es la siguiente:

"Este breve análisis de la situación existente en los Estados miembros revela que, en ningún caso, puede considerarse como una norma general la aplicación de la legislación del

---

<sup>612</sup> Rec.1976, p.1607.

<sup>613</sup> Rec.1976, pp.1598-1599.

<sup>614</sup> Sentencia de 17 de Marzo de 1993, SLOMAN NEPTUN SCHIFFAHRSTS/SEEBETRIEBSRAT BODO ZIESEMER, as.ac.C-72-73/91, Rec.1993, pp.I-887ss.

Estado del pabellón a las condiciones salariales del contrato de trabajo de los marineros no residentes, que sean nacionales de Estados terceros. La legislación que se limita a permitir la aplicación de otro derecho no tiene pues ningún carácter de excepción respecto a lo que, de alguna manera, es la "normalidad jurídica"<sup>615</sup>.

Por ser una cuestión tan técnica, el Abogado General DARMON no se molesta en mencionar si lo analizado es la eventual vigencia de una tradición constitucional. Simplemente realiza un examen del derecho de los Estados y nos introduce un concepto que evoca el de las tradiciones constitucionales comunes, a saber, el concepto de normalidad jurídica. En cualquier caso lo que sí es evidente es que el tribunal no asume la tesis del Abogado General, puesto que da otros derroteros a su argumentación jurídica, sin referirse a lo que ocurre en los Estados miembros con relación a este tema, a su "normalidad jurídica".

El caso GROGAN<sup>616</sup> es uno de los pocos en el que estaban implicados derechos con carácter realmente constitucional, a pesar de lo cual el tribunal no halló en él elementos que le permitieran afirmar la existencia de una tradición constitucional. Tampoco halló en él ningún nexo comunitario que le permitiera responder al caso. El asunto versaba sobre la prohibición total del aborto en territorio irlandés, que alcanza la prohibición de cualquier acto realizado en territorio irlandés que pueda atacar o que pueda favorecer el ataque del derecho a la vida del feto, aunque tal ataque se produzca fuera de Irlanda. En este contexto, un grupo de estudiantes que editaba una revista universitaria, publicó informaciones sobre clínicas abortistas en el vecino Reino Unido, y por ello fueron demandados ante los tribunales irlandeses por la sociedad SPUC, por conculcar el art.40 de la Constitución irlandesa<sup>617</sup>. El juez interno planteó una cuestión prejudicial por cuanto se enfrentaba a cuestiones cuya respuesta desconocía: por una parte, los demandados alegaban la libre prestación de servicios comunitaria, en virtud de la cual tendrían derecho a anunciar en la prensa irlandesa servicios a los que se podía someter una residente en Irlanda embarazada en otro Estado miembro. Junto a ello, alegaban su

---

<sup>615</sup> Rec.1993, p.925.

<sup>616</sup> *cit.*, Rec.1991, pp.4685ss.

<sup>617</sup> El artículo 40.1.3º reza así: "El Estado reconoce el derecho a la vida del niño nonato y, con la debida consideración a la igualdad del derecho a la vida de la madre, garantiza el respeto y, en la medida de lo posible, respetar y defender este derecho en sus leyes".

libertad de expresión e información, establecidas en el art.10 CEDH para justificar la publicidad que habían dado a tales clínicas. Por otra parte, el demandante alegaba el derecho a la vida del nonato como derecho constitucional que el TJCE no podía desoír, por cuanto Irlanda no se había adherido a las CCEE para ver menoscabados sus derechos constitucionales y ningún derecho supuestamente concedido por el ordenamiento comunitario podía suprimir un derecho fundamental garantizado por la Constitución de un Estado.

No es aquí el lugar para analizar cuál fue el curso de este caso, sino sólo de observar aquéllos de los elementos de juicio sugeridos por el Abogado General VAN GERVEN relativos a las tradiciones constitucionales comunes. En este sentido, VAN GERVEN analizó la libertad de expresión como tradición constitucional, aunque no describió el tipo de protección que merece ese derecho en los Estados miembros<sup>618</sup>. Con respecto al derecho a la vida del nonato, VAN GERVEN pretende demostrar que no existe tradición común al respecto, sabedor de que nadaba en aguas movidas donde no había consenso entre los estados:

"Ahora bien, tratándose de la protección de la vida en gestación, no existe una concepción moral común a los Estados miembros ni en el interior de cada Estado miembro (salvo en lo que se refiere al respeto del derecho de la madre a la vida) de las condiciones en que se permite o debería permitirse el aborto.

...Por tanto procede admitir un amplio margen de apreciación a cada Estado miembro...

...normativa que halla su justificación en un juicio de valor ético considerado en el Estado miembro de que se trata como uno de los pilares del ordenamiento jurídico y consagrado en la Constitución tras una consulta popular realizada en 1983 mediante referéndum"<sup>619</sup>.

El Abogado General, en este caso tan conflictivo que enfrentaba el derecho a la vida intrauterina con la libertad de expresión y la libre prestación de servicios, consideró que ante

---

<sup>618</sup> Rec.1991, p.4725.

<sup>619</sup> Rec.1991, p.4728.

tal dilema, las disposiciones del tratado no impedían a Irlanda prohibir la difusión de información sobre clínicas abortistas -por estar la vida intrauterina protegida constitucionalmente- y que ello era posible porque tanto la libertad de expresión como la libertad de prestación de servicios pueden ser objeto de limitaciones o excepciones con el objeto de proteger el orden y la moral públicos. Así pues, en su opinión, el orden y la moral públicos -que podían quedar en entredicho con tal tipo de propaganda abortista en una sociedad que se había manifestado mayoritariamente en las urnas en contra del aborto- legitimarían o justificarían la restricción a las libertades de expresión y de prestación de servicios.

Por su parte, la argumentación del TJCE es un ejemplo de lo calculados que pueden resultar los fallos de este tribunal. El TJCE evita introducirse en un tema tan conflictivo alegando la falta de nexo comunitario -en concreto, porque como los universitarios no recibían ninguna ventaja económica de la publicación de esos anuncios sobre clínicas británicas, no estábamos ante la figura de la libertad de prestación de servicios. Con este pretexto, el TJCE evita tratar el tema de los derechos fundamentales, de las eventuales tradiciones constitucionales comunes en liza, y más aún, evita pronunciarse sobre qué ocurre cuando un derecho que está reconocido en una Constitución de los Estados miembros, es especialmente polémico porque se enfrenta al punto de vista que sobre la materia defienden sus otros socios comunitarios.

La falta de nexo comunitario permitió al TJCE afirmar que ninguna norma del Derecho Comunitario (incluidos los principios generales) impedía a Irlanda prohibir la publicación de tales anuncios -por la simple razón de que el TJCE no puede juzgar un caso que sea estrictamente de Derecho interno, como es este caso desde el momento que el TJCE afirma que no estamos ante un caso de prestación de servicios.

Ciertamente este es un caso en el que, si el tribunal hubiese seguido la argumentación que le proponía el Abogado General y no hubiese estimado tan astutamente la falta de nexo

comunitario, se hubiera tenido que enfrentar al problema de tener que confirmar su jurisprudencia previa en casos como NOLD<sup>620</sup> o IRCA<sup>621</sup> o cambiarla.

El TJCE tenía frente a sí un derecho protegido únicamente en una Constitución de un Estado miembro. En ocasiones similares el tribunal había aventurado -en nuestra opinión, un tanto a la ligera- que no podía dejar de reconocer un derecho contenido en una Constitución de un Estado miembro. Sin embargo tal argumentación habría provocado en este caso el rechazo de otros Estados miembros cuyas constituciones son más liberales que la irlandesa. El TJCE, consciente de que se enfrentaba a un asunto difícil, evita en esta sentencia tener que pronunciarse sobre la cuestión del standard de protección, alegando la inexistencia de nexo comunitario en el asunto. Cabe por tanto plantearse qué hubiera ocurrido de apreciarse la existencia de nexo comunitario, lo cual es fácilmente concebible si en vez de publicarse los anuncios sobre clínicas abortivas de forma gratuita, los estudiantes hubieran recibido por este servicio una compensación económica de las clínicas británicas. En cualquier caso, parece verosímil imaginar que en un futuro se le puedan presentar casos de similares características pero en los que realmente sí quede comprometida la libre prestación de servicios. Habrá quien considere que de haber tenido el TJCE que entrar en el fondo del asunto, el problema para él no hubiese sido tan gravoso, desde el momento que antes de la sentencia GROGAN pero después de las sentencias NOLD e IRCA, el tribunal ya había cambiado el sentido de su jurisprudencia en relación al standard de protección, y de hecho ya había optado por métodos de comparación crítica y selectiva de los derechos vigentes en el derecho comparado a la hora de establecer los derechos vigentes en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, consideramos que el asunto GROGAN le habría deparado al TJCE más perjuicios que beneficios, de no haberse solucionado mediante argumentos técnicos, ya que se trata de un tema especialmente sensible para la opinión pública, y que genera posturas muy extremas. En efecto, las críticas de un lado y de otro se habrían producido tanto si el TJCE hubiese seguido la opinión del Abogado General como si hubiese optado por considerar -como pretendía la sociedad demandante- que ningún derecho supuestamente concedido por el ordenamiento

---

<sup>620</sup> Rec.1974, p.491ss.

<sup>621</sup> Rec.1976, p.1231ss.

comunitario podía suprimir un derecho humano fundamental garantizado por la Constitución de un Estado<sup>622</sup>.

En el asunto KONSTANTINIDIS<sup>623</sup>, también el Abogado General JACOBS invitó al TJCE a acudir a la inspiración de las tradiciones constitucionales comunes como modo de solucionar el caso en base a los principios generales del Derecho Comunitario, pero tal oferta fue implícitamente rechazada por el tribunal, que no se pronunció sobre el particular.

En este asunto, que versaba sobre el derecho a un nombre y a la propia imagen, se comprueba hasta qué punto el TJCE está teniendo que entrar en casos relativos a derechos difícilmente catalogables dentro de los derechos socio-económicos; hasta qué punto se equivocan quienes consideran que al ser las CCEE unas organizaciones eminentemente económicas, su incidencia sobre los derechos fundamentales es mínima o incluso anecdótica. Los antecedentes fácticos del caso son los siguientes: un nacional griego que había ejercido su libertad de establecimiento y estaba radicado en Alemania comprobó cómo las autoridades alemanas decidían traducir su nombre de sus originales caracteres griegos a latinos, distorsionando de esta guisa tanto el significado originario de su nombre como su pronunciación.

Con estos datos, el problema que se planteaba era "decidir si el trato recibido por el señor KONSTANTINIDIS respecto de la grafía de su nombre es contrario al CEDH o a cualquier otro instrumento o principio constitucional relativo a los derechos humanos cuyo respeto deba garantizar el Tribunal de Justicia dentro de la esfera del derecho Comunitario"<sup>624</sup>.

A este respecto, el Abogado General Sr.JACOBS consideró que existía un vacío en los instrumentos internacionales sobre el derecho a un nombre, pero consideró que tal laguna podía ser subsanada acudiendo a las disposiciones constitucionales de los Estados<sup>625</sup>.

---

<sup>622</sup> Informe para la vista del caso GROGAN, Rec.1991, p.4694.

<sup>623</sup> Sentencia del TJCE de 30 de Marzo de 1993, KONSTANTINIDIS/STADT ALTENSTEIG, C-168/91, Rec.1993, pp.I-1191ss.

<sup>624</sup> Rec.1993, p.1207.

<sup>625</sup> Rec.1993, p.1208.

De esta manera, el Abogado General realiza un escueto pero clarificador repaso de la normativa estrictamente constitucional empezando por el articulado de la Constitución española (ar.10: dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad; art.15: derecho a la vida e integridad física y moral; art.18: derecho al honor y a la propia imagen) y siguiendo con: Constitución portuguesa (art.25: integridad física y moral; art.26.1: derecho a la identidad personal, fama, reputación, imagen e intimidad); Constitución griega (art.2: respeto y protección del valor del ser humano; art.5: derecho a desarrollar libremente la personalidad); Irlanda (art.40.1: igualdad ante la ley; art.40.3: respeto a los derechos personales del ciudadano; art.40.3.2: protección de la vida, de la persona y de la reputación) y finalizando con la Constitución italiana (art.3: igual dignidad social de los ciudadanos; art.22: nadie puede ser privado de su capacidad jurídica, nacionalidad o nombre). Llegado este momento, el Abogado General JACOBS se explaya en el análisis del caso italiano, por ser el único cuya Constitución prohíbe expresamente al Estado privar a un ciudadano de su nombre<sup>626</sup>. Curiosamente, el Abogado General concluye que "cabe deducir de las disposiciones anteriores, en particular, y de la tradición constitucional de los Estados miembros, en general, la existencia de un principio según el cual el Estado debe respetar no sólo el bienestar físico del individuo, sino también su dignidad, integridad moral y sensación de identidad personal. No creo que pueda haber la menor duda de que tales "derechos morales" se vulneran cuando un Estado obliga a renunciar a su nombre o modificarlo, salvo en la medida en que lo haga por un motivo muy sólido..."<sup>627</sup>.

Decimos curiosamente, porque parece que el Abogado General se basa principalmente en un precepto de una sola Constitución (la italiana) para construir al menos la última parte de esta tradición constitucional (la relativa a la identidad personal del ciudadano). Y decimos curiosamente también porque el Sr.JACOBS no estudia las constituciones de bastantes Estados igualmente miembros de las CCEE, a saber los Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, Francia, Luxemburgo y Alemania. Ello, teniendo en cuenta además que es en Alemania donde se produjeron los hechos, es un dato a remarcar. El análisis por nosotros

---

<sup>626</sup> Rec.1993, p.1209.

<sup>627</sup> Rec.1993, p.1209.

realizado del texto de las Constituciones de los Estados no estudiados por el Abogado General nos revela que los Países Bajos no dan pie a hablar de un derecho a la identidad personal, puesto que en su Constitución, lo más parecido al derecho a un nombre o a la identidad personal es el derecho a la integridad física del art.11. En cuanto a la Constitución de Luxemburgo, protege los "derechos naturales de la persona humana" (art.11.3), sin quedar claro en absoluto si uno de esos derechos naturales podría ser el derecho a mantener el nombre recibido desde el nacimiento. En el caso del Reino Unido, cuya Constitución no es un texto escrito, ni el análisis de su Petición de Derechos de 1628 ni el análisis de su Bill of Rights de 1689 revela ningún elemento que nos aporte luz en el tema. Tampoco ayuda a este respecto la Constitución francesa. Ni la Constitución danesa, cuyo Capítulo Octavo se refiere al régimen de libertades. La Constitución alemana, por su parte, habla de la inviolabilidad de la dignidad humana (art.1), del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida e integridad física (art.2) y de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (art.3) pero de todo ello no parece desprenderse la idea que con tanta claridad exponía la Constitución italiana.

A la vista de todo ello, cabría preguntarse si la tradición constitucional alegada por el Abogado General es realmente común. En nuestra opinión, nada impide al TJCE -dado que sólo se considera obligado a inspirarse en el derecho comparado, no a transcribirlo o transponerlo literalmente al plano comunitario-, buscar de entre los ordenamientos internos aquellos preceptos que más se adecuen al ordenamiento comunitario y una vez seleccionados éstos, construir su propia visión de ese derecho en el nivel comunitario<sup>628</sup>.

En cualquier caso, todas estas elucubraciones del Abogado General y las nuestras propias sobre este caso no llevan a ningún lugar por la simple razón de que el TJCE decidió ignorar los argumentos del Abogado General. El TJCE no nombra en su sentencia ni a los derechos fundamentales en general ni menos aún a las tradiciones constitucionales comunes en particular. Su respuesta al caso es incluso diferente a la ofrecida por el Abogado General y se basa en ideas de tipo técnico, dejando en última instancia la decisión sobre el cambio de nombre de KONSTANTINIDIS en manos de Alemania.

---

<sup>628</sup>Esto es lo que la profesora PÍ LLORENS denomina "la búsqueda de una solución "funcional" al derecho comunitario" (PÍ LLORENS, 1996, *La Protección de los Derechos... op.cit*, pp.230-235).

### 2.3. Casos en los que tanto el Abogado General como el TJCE utilizan en sintonía el argumento de las tradiciones constitucionales comunes

La segunda categoría de sentencias a la que nos vamos a referir sería la de aquellas en las que tanto el Abogado General como el tribunal mencionan las tradiciones constitucionales comunes, con lo que ambos parecen coincidir en el diagnóstico y tratamiento del problema planteado. Sin embargo, es necesario precisar que en la inmensa mayoría de las sentencias que en esta sede se va a tratar, la mención en el TJCE de esta fuente de inspiración se realiza escuetamente, como de pasada, sin profundizar en absoluto en el tema, mientras que normalmente es el Abogado General quien en todas ellas realiza el análisis exhaustivo de las tradiciones constitucionales comunes, para facilitarle al TJCE su labor. Como conclusión de ello, parece en ellas que el TJCE aprovecha la minuciosidad del trabajo del Abogado General y por ello retoma la argumentación partiendo de la base que le brinda el análisis de Derecho comparado del Abogado General. Ello le redime del deber de demostrar con datos de Derecho comparado que las tradiciones constitucionales comunes que cita, existen realmente.

Entre estas sentencias, destaca la del asunto IRCA<sup>629</sup> en la que Abogado General y TJCE mencionan las tradiciones constitucionales comunes. Sin embargo éste es un caso polémico en el haber del tribunal. Se trata de un caso en el que se puede decir que el TJCE pagó su falta de experiencia. Efectivamente, constituye una de las primeras ocasiones en las que el TJCE recurría a los principios generales para fundamentar una sentencia, pero realmente no debió medir las consecuencias del argumento que le proponía el Abogado General, puesto que lo aceptó en su totalidad. Concretamente, el argumento polémico es el descrito en la página 1237 del fallo:

---

<sup>629</sup> Rec.1976, pp.1231ss.

"un derecho fundamental reconocido o protegido por la Constitución de un Estado miembro *debe* ser también reconocido y protegido por el Derecho comunitario" (la cursiva es nuestra).

El objeto del caso era la retroactividad de las leyes. El problema radicaba en que el Abogado General WARNER creyó descubrir en el Derecho Constitucional de varios Estados miembros (Alemania, Irlanda e Italia) muestras de la aplicación de la regla de la no retroactividad al terreno penal, pero sólo una Constitución (la alemana) la aplicaba también al ámbito del Derecho civil, que era el ámbito en el que se desarrollaba este caso IRCA. El Abogado General, de modo muy arriesgado en nuestra opinión, aventuró que como el TJCE no podía mantener en vigor medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las constituciones de los Estados miembros, el TJCE debía dar protección a todo derecho que estuviese protegido a su vez en una Constitución<sup>630</sup>.

Este argumento teórico, aplicado a nuestro caso y llevado a sus últimas consecuencias, obligó al Abogado general WARNER a considerar como regla aplicable al derecho comunitario una disposición que únicamente aparecía contenida en el derecho alemán, a saber: la imposibilidad de las instituciones de legislar retroactivamente en materia civil defraudando la confianza legítima<sup>631</sup>.

De este modo nos encontramos con una tradición constitucional común en el ámbito comunitario que en realidad de común sólo tendría el nombre, puesto que es ajena a las tradiciones de ocho de los entonces nueve miembros de las comunidades.

El TJCE confirmó la opinión del Abogado General en su sentencia<sup>632</sup>, sumiéndonos de este modo en una duda: es cierto que, si así lo desea, el TJCE parece tener libertad para descubrir una tradición constitucional comunitaria basándose para ello en el derecho de un único Estado miembro, pero, ¿tiene el TJCE la obligación de reconocer como operativo en el ámbito comunitario todo derecho contenido en una Constitución interna? Porque si tiene la

---

<sup>630</sup> Rec.1976, pp.1237 y 1238.

<sup>631</sup> Rec.1976, p.1238.

<sup>632</sup> Rec.1976, p.1217.

obligación de reconocerlo, entonces los principios de primacía del Derecho Comunitario sobre los derechos internos (incluso sobre la normativa constitucional de éstos) y los principios de autonomía y unidad del ordenamiento comunitario, resultarían una falacia.

Lo único que podemos adelantar en estos momentos es que pronto el TJCE cambió el sentido de esta jurisprudencia, que como se indicó previamente, había surgido con la sentencia NOLD. Parece que este cambio jurisprudencial se produjo en vista de los potenciales peligros que podía conllevar un argumento de este tipo. Efectivamente, en posteriores procesos, el TJCE ha llegado a decir que:

"la validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en relación con el Derecho Comunitario, y no en función de disposiciones de Derecho nacional, cualquiera que ésta sea, aun si fuera de naturaleza constitucional"<sup>633</sup>.

Con este giro jurisprudencial, el TJCE ha demostrado que no existe mimetismo total entre los derechos que se protegen en el plano comunitario y los que se reconocen en el nacional, sino que el TJCE realiza una labor de adaptación y selección de aquellos derechos que considera que se adecuan más a los objetivos comunitarios<sup>634</sup>. No otra cosa se puede concluir a la vista de sentencias como ORKEM, en la que el tribunal rechazó la consideración del derecho a no declarar contra sí mismo de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones de carácter económico como principio común a los Estados miembros, a pesar de que tal principio estaba expresamente reconocido en la Constitución alemana<sup>635</sup>.

El caso PAÍSES BAJOS/CONSEJO<sup>636</sup> es un caso polémico en el que se censuraba la opacidad y secretismo de las instituciones comunitarias a la hora de publicar y dar acceso a

---

<sup>633</sup> Sentencia HOESCHT, *cit.*, Rec.1989, p.2912.

<sup>634</sup> Nuestra opinión se ve confirmada con la siguiente afirmación de RODRÍGUEZ IGLESIAS:

"...al menos desde un punto de vista teórico general no puede afirmarse con seguridad que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento se encuentren entre los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y estén pues comprendidos dentro del ordenamiento jurídico comunitario" (RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: "Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario", en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, 1992, Tecnos, p.1195).

<sup>635</sup> Rec.1989, p.3350.

<sup>636</sup> Sentencia de 30 de Abril de 1996, PAÍSES BAJOS/CONSEJO, C-58/94, Rec.1996, pp.I-2169ss.

los ciudadanos a sus propios documentos. Estamos ante un recurso en anulación en el que tanto el Abogado General TESAURO como el TJCE hacen alusión a las tradiciones constitucionales comunes para justificar la necesidad del acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, así como el correlativo derecho a la información de los ciudadanos.

El Abogado General hace uso abundante del recurso a las tradiciones constitucionales comunes para justificar la obligación que tienen las instituciones comunitarias de ser transparentes e informar sobre las decisiones que adopten. En este sentido, el Sr. TESAURO afirma que la publicidad es inherente a todo sistema democrático y que su vigencia se comprueba de un examen comparado de los regímenes de los Estados miembros que reconocen todos el derecho a ser informados, si bien el rango de la fuente normativa que reconoce y regula este derecho varía de un Estado a otro, así como los límites impuestos a este mismo derecho<sup>637</sup>.

El Abogado General, sin hacer mención a ningún Estado concreto, reconoce que la posibilidad de acceder a los documentos de los órganos parlamentarios está generalizada en los Estados miembros. También recuerda que desde los años sesenta se reconoce a los ciudadanos de los Estados de la Comunidad el derecho al acceso a los documentos que obran en poder de la Administración y del Gobierno. En este contexto, reconoce que de manera generalizada, los Estados miembros han reconocido, muchas veces incluso a nivel constitucional, el acceso a los documentos administrativos. A mayor abundamiento, el Abogado General encuentra también fundamento a este derecho del individuo sobre el acceso a informaciones oficiales, no sólo en los órdenes jurídicos de los Estados miembros, sino también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art.19 y en el art.10 CEDH, llegando incluso a mantener que la publicidad de los trabajos parlamentarios es un principio común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>638</sup>.

---

<sup>637</sup> Rec.1996, 2192.

<sup>638</sup> Rec.1996, pp.2180 y 2182.

Por tanto, el Sr.TESAURO se apoya para encontrar la base del principio de transparencia y del de acceso del individuo a documentos oficiales tanto en tratados internacionales relativos a derechos humanos como en tradiciones constitucionales comunes. Pero con respecto a éstas últimas no es tan específico y claro como en su alegación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Efectivamente, cuando usa los tratados internacionales como fuente de inspiración, el Abogado General cita en qué convenios concretos se inspira, así como en qué artículos de esos convenios. Sin embargo, cuando alude a las tradiciones constitucionales como segunda fuente de inspiración no especifica en qué constituciones se inspira, ni mucho menos qué artículos de ellas le sugieren la existencia de tal principio. Hay que reconocer que la fuerza del argumento relativo a los tratados internacionales sobre derechos humanos hubiera sido mucho menor si el Abogado General se hubiera limitado a declarar que, para descubrir estos principios, se inspiraba en los tratados existentes en la materia y no hubiera hecho mención expresa sobre qué convenios y dentro de ellos, qué artículos, le servían como fuente de inspiración. Con estos datos aportados, parece evidente que el uso de los tratados internacionales como fuente de inspiración es mucho más riguroso en esta sentencia que el análisis de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración. Con respecto a estas últimas, el Sr.TESAURO hace gala de mucha menor generosidad explicativa, puesto que se limita a citarlas dándolas por hechas, sin explicarnos con datos del derecho constitucional comparado su modo de traslación al ordenamiento comunitario.

En cuanto al fallo judicial, el TJCE, simplemente retoma las ideas clave que defendió el Abogado General en sus Conclusiones, sin elaborar más sobre ellas. El TJCE menciona el hecho de que se inspira en tradiciones constitucionales relativas a la transparencia del proceso legislativo y del acceso a documentos en los Estados miembros con el fin de localizar un principio similar pero referido a los documentos de las instituciones comunitarias<sup>639</sup>. Sin embargo, esto lo dice escuetamente y, desde luego, sin enmendar la falta cometida por el Abogado General de no describir, siquiera sea someramente, en qué artículos constitucionales encuentra apoyo para lo que plantea.

---

<sup>639</sup> Rec.1996, p.2193.

El caso HOESCHT<sup>640</sup> es uno de los pocos casos en los que no sólo el Abogado General se explaya en el estudio pormenorizado de las tradiciones constitucionales comunes aplicables al caso, sino que también el TJCE lo hace, aunque de forma más concisa y superflua que la empleada por el primero.

El objeto del caso es bien conocido en la doctrina: una serie de empresas encabezadas por la empresa HOESCHT recurren en anulación ante el TJCE contra la decisión de la Comisión que permitió a los agentes de ésta llevar a cabo verificaciones e investigaciones en sus instalaciones tendentes a probar que tales empresas habían realizado prácticas contrarias a la libre competencia. Las empresas alegaban la inviolabilidad del domicilio como tradición constitucional en todos los Estados miembros, su derecho a la presunción de inocencia, así como la ilegalidad de tales verificaciones, a las que calificaban de meros registros sin el previo mandamiento judicial.

El Abogado General MISCHO, confirmó que en su opinión sí existía en el ámbito comunitario un derecho fundamental que garantizaba la inviolabilidad del domicilio y cuyo fundamento estaba en los órdenes constitucionales de los Estados miembros, pero sin embargo no se atrevió a extender este derecho a los locales empresariales<sup>641</sup>. El planteamiento que se hace el Sr. MISCHO llegado este punto es si las operaciones llevadas a cabo por la Comisión en esos locales habían sido abusivas. Seguidamente, realiza un profundísimo estudio sobre la normativa y la práctica de los Estados miembros en materia de inviolabilidad del domicilio -tal vez el más pormenorizado estudio que se conoce sobre esta fuente de inspiración del TJCE<sup>642</sup>. En estas páginas, el Abogado General realiza un concienzudo estudio, Estado por Estado, del contenido de su Constitución, de sus leyes, de su práctica y jurisprudencia. Paralelamente, realiza un serio estudio de las previsiones del CEDH referentes a este derecho, ya que su propuesta de fallo se basa tanto en las tradiciones constitucionales comunes como en la inspiración que le proporciona el propio CEDH.

---

<sup>640</sup> *cit.*, Rec.1989, pp.2859ss .

<sup>641</sup> Conclusiones al caso HOESCHT, Rec.1989, p.2877.

<sup>642</sup> A este estudio dedica de las páginas 2884 a 2894.

Sin embargo, lo más curioso sobre el resultado de este análisis que realiza país por país, consiste en que el Abogado General, después de tanto estudio, se muestra incapaz de concluir si existe una tradición constitucional común sobre la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas o si en realidad no existe tal por faltar una normativa uniforme en los Estados miembros. Es cierto que de la lectura de sus Conclusiones, parece desprenderse que el Sr. MISCHO reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio como fruto de una tradición constitucional común, pero duda sobre si esa tradición constitucional se extiende o no a las personas jurídicas debido por un lado al silencio del CEDH y por otro a la no uniformidad del derecho nacional<sup>643</sup>. Para convencernos de la magnitud de su problema, agrupa a los países miembros según su grado de respeto a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, realizando de este modo no un mero listado de normativa estatal, sino un verdadero examen comparativo<sup>644</sup>. La conclusión que extraemos de tal examen comparativo, una vez comprobados que sus datos son veraces, es que la protección de tal derecho aparece muy diferenciada en los Estados miembros, pero que ni siquiera en los Estados en los que más se protege la inviolabilidad de los locales empresariales (España y Grecia), en el ámbito del derecho económico y fiscal resulta necesario el previo mandamiento judicial en caso de inspección<sup>645</sup>.

No obstante, el Abogado General esquivo la cuestión y en vez de responder expresa y claramente que del estudio del derecho comparado y del CEDH no se deduce la existencia de una tradición constitucional uniforme sino más bien varias líneas o tendencias constitucionales diferenciadas, se limita a declarar que, en cualquier caso, las operaciones de verificación que realiza la Comisión son medidas legales, y por lo tanto no irían en contra de ese eventual derecho a la inviolabilidad del domicilio empresarial<sup>646</sup>. De este modo evita reconocer lo que parece obvio a la luz de su propio texto: a menos que las CCEE adopten como fuente de inspiración el contenido de una sola (o de algunas) de las constituciones de los Estados miembros y en contra del parecer de otras, del análisis del derecho comparado

---

<sup>643</sup> Rec.1989, pp.2892 y 2893

<sup>644</sup> Rec.1989, p.2894

<sup>645</sup> Rec.1989, p.2894.

difícilmente se puede extraer la existencia de una tradición constitucional común sobre la inviolabilidad de los locales comerciales, por cuanto la normativa en los Estados miembros difiere sobremanera.

Una reflexión crítica sobre estas Conclusiones nos lleva a recordar que en casos con características similares (no uniformidad del derecho interno en una materia) otros Abogados Generales, e incluso los jueces del TJCE, no han tenido reparo en considerar que el planteamiento del derecho constitucional de varios Estados miembros, o a veces hasta de uno sólo (HAUER) constituía una tradición constitucional común de Derecho Comunitario.

Ya sabemos que la posición del TJCE en esta materia ha sido cambiante a lo largo del tiempo: desde considerar que el TJCE debía proteger cualquier derecho constitucional incluido en toda Constitución de un Estado miembro (NOLD, IRCA), hasta considerar que para construir o decidir un principio general comunitario podía inspirarse en aquella Constitución o aquellas constituciones cuyo tratamiento de ese derecho fuera más adecuado para la CE teniendo en cuenta su estructura y objetivos. Dado este modo de actuación actual del TJCE, nada hubiera impedido al Abogado General MISCHO proponer, como otras veces han hecho los Abogados Generales, que el contenido de alguna de las constituciones, p.ej. el de la más protectora de todas en materia de inviolabilidad del domicilio -la española en este caso- fuera la que le sirviera de inspiración para construir un principio general. O bien podría haberse inspirado en el contenido de aquellas constituciones que compartieran en mayor medida un mismo parecer sobre este derecho -en este caso, las constituciones de Portugal, Alemania, Dinamarca, Francia e Italia, que respetan la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas pero con limitaciones<sup>647</sup>.

Lamentablemente, el Abogado General MISCHO no se atrevió a "crear" o deducir la existencia de una tradición constitucional en este sentido. Contrasta su prevención, con la

---

<sup>646</sup>Rec.1989, p.2895.

<sup>647</sup> De acuerdo con el punto 111 de las Conclusiones al caso HOESCHT. Favorable a esta última solución es MATEU ISTÚRIZ (MATEU ISTÚRIZ, José: "El Amparo Constitucional a la Inviolabilidad del Domicilio de las Personas Jurídicas. Su Presunta Incompatibilidad con las Facultades Inspectoras de los Funcionarios Comunitarios Reguladas en el Artículo 14,3 del Reglamento 17/62 del Consejo de la CEE", en *Revista de Estudios e Investigaciones de las Comunidades Europeas* 1987, nº1, pp.117-122, pp.119 y 120).

ligereza con la que afirma en otros pasajes de sus Conclusiones la existencia de otra tradición constitucional. En concreto nos referimos al modo que tuvo de ocuparse del principio de confidencialidad, con respecto al cual proclama la existencia de una tradición europea en la materia sin que, sin embargo, analice los antecedentes del derecho comparado en el que se sustenta esta tradición<sup>648</sup>.

En resumidas cuentas, la opinión del Abogado General resulta confusa a pesar de su excelente descripción de la normativa estatal en la materia. Parece haber querido condensar tanta información que ello le ha impedido procesarla adecuadamente. Es más, el mismo hecho de que no parezca tener una opinión formada sobre el particular, le lleva en ocasiones a divagar, a que la lectura resulte densa, e incluso a entrar en contradicción consigo mismo<sup>649</sup>.

En contraste, el fallo del TJCE resulta mucho más conciso y determinado. Admite la existencia en Derecho Comunitario de un derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio respecto al domicilio particular de las personas físicas impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los derechos de los Estados miembros. Pero junto a este principio, el tribunal observa que "no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a la intervención de las autoridades públicas"<sup>650</sup>. Dicho de otro modo, el TJCE se desembaraza pronto de los prejuicios que al Abogado General impidieron afirmar que esa tradición constitucional común únicamente beneficiaba a las personas físicas. El TJCE declara sin complejos que existe una tradición constitucional común en relación a la inviolabilidad de las personas físicas, pero no en cuanto a las jurídicas. Y una vez más, el tribunal no analiza lo que dice. Sin mencionar en ningún momento el meritorio análisis comparado que había

---

<sup>648</sup> Rec.1989, p.2880.

<sup>649</sup> P.ej. compárese su afirmación en la p.2877: "ha de reconocerse a las empresas un derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales sobre la base de un estudio de los derechos nacionales de los Estados miembros", con lo expresado en la p.2892: "surge, no obstante, la cuestión de si ese principio protege asimismo los locales empresariales de las personas jurídicas... Como hemos visto, la situación no es uniforme en todos los Estados miembros.. Por lo demás, la cuestión no está aún clara y definitivamente dilucidada en lo que atañe al art.8 del Convenio Europeo".

<sup>650</sup> Sentencia HOESCHT, Rec.1989, p.2924

realizado el Abogado General en sus Conclusiones, concluye de modo categórico que no existe un principio de Derecho Comunitario relativo a la inviolabilidad de los locales empresariales, pero sin aportar en ningún momento datos que sustenten su decisión. Se intuye que la simple lectura del estudio realizado por el Sr. MISCHO le ha convencido de la inexistencia de tal tradición constitucional.

La sentencia ORKEM<sup>651</sup> versa sobre el poder de investigación de la Comisión frente a una empresa que realiza prácticas contrarias a la libre competencia. Esta es otra de las sentencias en las que el TJCE asume como propio el argumento esgrimido por el Abogado General en sus Conclusiones, incluida su referencia a las tradiciones constitucionales comunes. Pero se trata de un caso en el que el informe redactado por el juez ponente para la vista también resulta de interés, al no tratarse de un mero resumen de las posiciones de la parte demandante y de la Comisión. El propio juez ponente da su opinión sobre el tema objeto de controversia, y tal opinión resulta coincidente con la manifestada por el Abogado General y el TJCE.

En su informe para la vista, el juez ponente, incluye un análisis del tratamiento que recibe la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo en los ordenamientos internos (Francia, Alemania, Grecia, Reino Unido, Irlanda, España, Portugal, Bélgica, Dinamarca y Países Bajos). Pero ese análisis de Derecho comparado constitucional y penal, no es producto del estudio personal del juez ponente, sino que es la reproducción de lo alegado por el demandante en su demanda en su intento de demostrar la existencia de una norma jurídica común a la totalidad de los Estados miembros, consagrada por sus constituciones, sus leyes y la jurisprudencia de sus tribunales, por la que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo<sup>652</sup>.

Sin embargo, el juez ponente no extrae de ese listado de normativa nacional la misma consecuencia que extraen los demandantes, pues sólo encuentra un mínimo común a los derechos nacionales y sí muchas divergencias que le llevan a exclamar:

---

<sup>651</sup> Sentencia ORKEM *cit.*, Rec.1989, pp.3283ss.

<sup>652</sup> Rec.1989, pp.3295 y 3296.

"La referencia al derecho de un sólo Estado miembro de la Comunidad, a saber, al derecho inglés, no es suficiente para llegar a la conclusión de que existe un principio general relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas"<sup>653</sup>.

Quizá sería instructivo comparar este texto con la opinión del Abogado General en el caso IRCA, ya estudiado, para ver cual ha sido la evolución del TJCE en relación con el standard de protección de los derechos fundamentales.

El juez ponente transcribe también la opinión de la Comisión, donde se vuelve a hacer referencia a las tradiciones constitucionales comunes, opinión que mantiene la inexistencia de tradición constitucional por ser la normativa sobre el tema imprecisa y variada. Hace un examen exhaustivísimo de lo que ocurre en cada uno de los Estados miembros para acabar concluyendo que:

"Parece que el éxito de la operación consistente en deducir un principio común dependerá de la materia que se contemple"<sup>654</sup>.

En cuanto al Abogado General DARMON, éste también realiza un estudio serio de las tradiciones constitucionales comunes. El mejor resumen de su parecer está en el propio texto de sus Conclusiones:

"Cada uno de los derechos nacionales protege, en mayor o menor medida, a las personas que son oídas en un proceso penal en sentido estricto... No parece sin embargo, que el examen de los derechos nacionales conduzca a una conclusión tan clara cuando se sale del ámbito penal, en sentido estricto, para ampliar la perspectiva a los procedimientos relativos al derecho de la competencia"<sup>655</sup>.

"Solo la República Federal Alemana y España garantizan el derecho a no declarar contra sí mismo en tanto la investigación de las conductas contrarias a la competencia como

---

<sup>653</sup> Rec.1989, p.3297.

<sup>654</sup> Rec.1989, pp.3295 y 3296.

<sup>655</sup> Rec.1989, p.3331.

en su represión... Y aún sería difícil ver, en éste último estado [Alemania], en lo relativo a las empresas, la expresión de un derecho fundamental"<sup>656</sup>.

"Tres Estados miembros (Grecia, Francia y Luxemburgo) excluyen totalmente ese derecho, la situación en otros dos (Bélgica y Portugal) es más bien dudosa, y otros tres (Dinamarca, Irlanda y Países Bajos) mantienen un sistema en el que dicho derecho está excluido durante la investigación, al menos mientras las sospechas que recaen sobre la persona en cuestión no rebasen unos límites que parece difícil definir... En vista de lo cual, ¿habrá que sugerir, a partir de los derechos de los Estados miembros, una solución de tipo medio, que consagre *parcialmente* el derecho a no declarar contra sí mismo en los procedimientos en materia de competencia?... En vista de lo cual considero que, si bien del examen comparado de los derechos de los estados miembros se deduce la existencia de un principio general que autoriza a no declarar contra sí mismo, ese mismo examen pone también de relieve que no se trata de un principio de una "intensidad" tal que no pueda ser excluido en una materia como el derecho de la competencia, pues la legislación de varios estados miembros establece precisamente excepciones en este asunto"<sup>657</sup>.

"Por si fuese necesario, añadiré que no creo que, al excluir el principio general que autoriza a no declarar contra sí mismo, principio común a los estados miembros, en interés de las investigaciones destinadas a descubrir las infracciones de las normas comunitarias sobre competencia, el Consejo se haya extralimitado en sus facultades, habida cuenta del interés que reviste para la CEE la observancia de dichas normas y de que, en cualquier caso, el referido principio general es aplicable a partir de la comunicación de los cargos"<sup>658</sup>.

En definitiva, tres son los puntos que se pueden destacar de las Conclusiones del Sr.DARMON. Primeramente, que estamos ante uno de los estudios más exhaustivos y sistemáticos de los que haya realizado un Abogado General sobre las tradiciones constitucionales comunes. En segundo lugar, que en su opinión, existe un principio general

---

<sup>656</sup> Rec.1989, p.3332.

<sup>657</sup> Rec.1989, p.3333.

<sup>658</sup> Rec.1989, p.3334.

derivado de las tradiciones constitucionales comunes por el que una persona física tiene derecho, en procesos penales, a no declararse culpable. En tercer y último lugar, que no figura entre los principios generales del Derecho Comunitario el derecho de las personas jurídicas a no declarar contra sí mismas en procesos administrativos.

Por su parte, el tribunal hace suyas las Conclusiones del Abogado General y por ello afirma ya de entrada que, en base al derecho de los Estados miembros en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica, no se puede afirmar la existencia del derecho de las empresas a no declarar contra sí mismas:

"Con carácter general, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho de no declarar contra sí mismo a la persona física acusada de una infracción en el marco de un proceso penal"<sup>659</sup>.

Una vez establecida esta premisa, la argumentación del TJCE se conduce por otros derroteros diferentes de los seguidos por el Abogado General, yendo más lejos que éste en su argumentación. Así, el TJCE, en base a su propia convicción y sin apoyarse en ningún argumento relativo a tradiciones constitucionales comunes o a tratados internacionales sobre derechos fundamentales, señala que "aunque en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica, concretamente en materia de Derecho de la competencia, no se puede afirmar que exista el derecho de las empresas a no declarar contra sí mismas, ya sea en virtud de un principio común a los derechos de los Estados miembros, ya en virtud de los derechos garantizados por el CEDH o por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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"<sup>660</sup>.

El último caso que se citará como exponente de este grupo de sentencias es el caso MARGUERITE JOHNSTON<sup>661</sup>, policía británica en el Ulster con varios años de servicio, quien fue despedida como consecuencia de una decisión de las autoridades policiales

---

<sup>659</sup> Sentencia ORKEM, Rec.1989, 3350.

<sup>660</sup> Rec.1989, p.3350.

<sup>661</sup> Rec.1986, p.1651ss.

confirmada a nivel ministerial. Esta decisión habría sido justificada por la nueva política británica de permitir a partir de ese momento a los policías varones, pero no a sus compañeras, portar armas en Irlanda del Norte, en contra de lo que ocurre en el resto del país donde policías de ambos sexos patrullan desarmados. El hecho de que en el Ulster, por razones relacionadas con el terrorismo, se optara por armar a los policías varones, lleva a la decisión de entrenar en el manejo de armas sólo a quienes las iban a portar a partir de ese momento (los hombres) y a la consiguiente promoción profesional de éstos por haber seguido cursos de formación extra con relación a sus compañeras femeninas. La *Sta. JOHNSTON* consideró esta decisión como discriminatoria hacia su persona, puesto que veía vetada la posibilidad de portar armas sin encontrar ninguna razón en la naturaleza femenina que le impidiera su manejo.

Llegado el caso al TJCE por la vía de las cuestiones prejudiciales, éste, siguiendo al Abogado General, consideró que tales medidas atentaban claramente contra la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, puesto que nada en la naturaleza femenina, le impedía a las mujeres el manejo de armas. Pero el TJCE, siguiendo también al Abogado General en ello, consideró por añadidura que la pretensión de la autoridad ministerial británica en el sentido de que tales actos no eran recurribles judicialmente por cuestiones relacionadas con la seguridad nacional era contraria al Derecho Comunitario. El TJCE declaró que en Derecho Comunitario tenía vigencia el principio de control judicial efectivo. Para ello se apoyaba el TJCE en la existencia de una tradición constitucional común cuyo mejor resumen se condensaba en los artículos 6 y 13 del CEDH. Según el TJCE, tal principio se opondría a que una decisión de las autoridades nacionales encargadas del orden público pudiera ser revisada judicialmente. En opinión del TJCE, toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante la jurisdicción competente contra los actos que estime que violan el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, incluidos actos de la autoridad policial basados en motivos de seguridad nacional y seguridad pública<sup>662</sup>.

Así pues, tanto Abogado General como TJCE estuvieron de acuerdo en el uso de los mismos argumentos para llegar a idéntico resultado (uso de tradiciones constitucionales

comunes y CEDH como fuentes de inspiración para declarar la existencia del principio comunitario de control judicial efectivo). Sin embargo, ninguno de los dos se adentró en el estudio de esta tradición constitucional común alegada en materia de control judicial efectivo. Se podría aventurar que ello quizá se debiese a que tal principio disfruta de diferentes regímenes y grados de protección en el derecho de los Estados miembros. Un vistazo somero a las Constituciones de los Estados miembros que eran miembros de las CCEE en 1986 nos demuestra esta disparidad. Así, p.ej, las Constituciones española y griega garantizan la tutela judicial efectiva sin restricciones (art.24 y 20 respectivamente), pero sin embargo, la Constitución irlandesa no lo contempla en su tabla de derechos fundamentales y personales. Tampoco la Constitución de Luxemburgo recoge el principio de tutela judicial efectiva, sino un simple derecho de petición del ciudadano a las autoridades públicas (art.27). Quizá por esta falta de uniformidad en la legislación interna, Abogado General y TJCE omitieron tal estudio.

Destaca asimismo la ausencia de la mención y estudio del principio de igualdad de sexos en el campo laboral como contenido de un principio de Derecho Comunitario, lo cual es algo deducible fácilmente del texto constitucional de todas las Constituciones de los Estados miembros. Sin embargo, parece que esta omisión fue hecha a propósito, porque el TJCE tenía más interés en afirmar la protección de la igualdad laboral entre sexos como contenido de uno de los pocos principios generales de Derecho Comunitario contenido en los tratados constitutivos (art.119 Tratado CE) más que como principio extraído de la comparación del derecho interno.

2.3.1. Otros casos sin conexión con los derechos fundamentales en los que tanto Abogado General como TJCE se han referido a las tradiciones constitucionales comunes

ROQUETTE FRÈRES<sup>663</sup> Y MAIZENA<sup>664</sup> son dos casos casi miméticos en los que dos empresas plantean al TJCE la eventual anulación de decisiones de la Comisión por

---

<sup>662</sup> Rec.1986, p.1682.

<sup>663</sup> Sentencia de 29 de Octubre de 1980, SA ROQUETTE FRÈRES/CONSEIL, C-138/79, Rec.1980, pp.3333ss.

<sup>664</sup> Sentencia de 29 de Octubre de 1980, MAIZENA GmbH/CONSEIL, C-139/79, Rec.1980, pp.3393ss.

haberse supuestamente ignorado en su procedimiento un trámite formal: la consulta preceptiva pero no vinculante al Parlamento Europeo. En ambos casos, la decisión final del TJCE le fue propuesta a éste por el Abogado General, quien, en esencia, se basó en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros:

"En soi, les Parlements des états membres participent de manière décisive à la législation en raison des constitutions démocratiques de ces états. Si les traités eux-mêmes réduisent la participation du Parlement Européen à la législation communautaire à une simple compétence consultative, cette participation des peuples des états membres au processus législatif, qui est restreinte et limitée à certains cas particuliers, ne doit pas être de plus rendue pratiquement sans effet du fait qu'elle peut être complètement écartée sans conséquence de droit"<sup>665</sup>.

En definitiva y según el Abogado General, por comparación con lo que ocurre en las constituciones de los Estados miembros, la CE está obligada también a cumplir aquellos trámites legislativos en los que participa el órgano de representación de los pueblos de los Estados miembros.

Esta idea la retoma el TJCE, quien habla de la existencia de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos deben participar en el ejercicio del poder a través de una cámara representativa<sup>666</sup>. El TJCE afirma:

"Le respect intégral des compétences propres aux institutions constituerait un des principes fondamentaux de droit constitutionnel des états membres. Toute dérogation à ces principes devrait être considérée comme substantielle"<sup>667</sup>.

Sin embargo, tanto el Abogado General de estos dos casos como el tribunal dan por obvia -que lo es- la existencia de tal principio democrático en los Estados occidentales

---

<sup>665</sup> ROQUETTE FRÈRES, Rec.1980, p.3375. La misma frase se puede predicar del caso MAIZENA desde el momento en que en este asunto no existen Conclusiones propias, sino que el TJCE se remite a las Conclusiones del Abogado General REICHL en ROQUETTE FRÈRES.

<sup>666</sup> ROQUETTE FRÈRES, Rec.1980, p.3334.

<sup>667</sup> ROQUETTE FRÈRES Rec.1980, p.3347; MAIZENA Rec.1980, p.3410.

miembros de la CE, razón por la que no se sienten obligados a fundamentar su parecer en artículos constitucionales que demuestren la existencia de una tradición constitucional común en este sentido. Así, ni las Conclusiones ni los fallos judiciales de los asuntos ROQUETTE FRÈRES y MAIZENA analizan concienzudamente (ni tan siquiera *grosso modo*) este principio constitucional bien establecido en la tradición de los Estados miembros de la CE, el cual se les antoja a todos ellos hartamente conocido en países democráticos, con división de poderes y todos ellos con un parlamento elegido por el pueblo directamente.

Destaca en estas dos sentencias otro hecho, que ya hemos mencionado en relación a otras sentencias, en concreto el que tampoco se nombre en ellas a las tradiciones constitucionales comunes bajo tal acepción, sino con otras apelaciones (p.ej. principios fundamentales de derecho constitucional de los Estados miembros o simplemente contenido de las Constituciones democráticas de los Estados miembros). Este detalle hace pensar que realmente el TJCE no se siente muy vinculado por las expresiones que él mismo acuña, que actúa bastante libremente en la elección de términos y expresiones.

#### 2.4. Casos en los que Abogado General y TJCE acuden a las tradiciones constitucionales comunes pero cada uno de ellos las aplica de un modo diferente

Un tercer tipo de casos, sería el de aquellos en que tanto el Abogado General como el TJCE acuden a las tradiciones constitucionales comunes para fundamentar su opinión, pero sin embargo, cada uno de ellos las cita en relación a distintas materias.

Un buen ejemplo de ello -además de ser uno de los pocos casos agrupables bajo esta categoría en materia de derechos fundamentales- es el caso X/COMISIÓN<sup>668</sup>. En él, la controversia enfrentaba a un aspirante a funcionario de las CCEE con la Comisión. El asunto versaba sobre la eventual violación de los derechos de este candidato, al que por sospechas sobre su estado de salud, se había sometido a pruebas indirectas de SIDA por parte del equipo

---

<sup>668</sup> Sentencia C-404/92P *cit.*, Rec.1994, pp.4737ss.

médico que seleccionaba a los aspirantes a funcionarios. En virtud de tal examen médico, se había rechazado al candidato.

El Abogado General, para basar su propuesta de solución, utiliza un principio de derecho médico que considera que es respetado en los Estados miembros:

"según el cual se requiere el consentimiento dado con conocimiento de causa del interesado para todo acto médico, tratamiento, examen, prueba o experimento. Dicho principio, que se designa frecuentemente con la expresión "informed consent", procedente de Estados Unidos, parece ser un principio generalmente admitido en el derecho médico de los Estados miembros en los que se deduce generalmente del derecho a la integridad física y del derecho (más amplio) a disponer de sí mismo. El requisito del consentimiento con conocimiento de causa consta de dos elementos estrechamente relacionados: es preciso suministrar información suficiente para que el consentimiento del interesado pueda ser completo, es decir, para que se pueda dar dicho consentimiento con conocimiento de causa"<sup>669</sup>.

De la lectura de este texto se desprende una conclusión cuanto menos curiosa: el origen de este principio que considera el Abogado General como común a los Estados miembros, está en el derecho de los EEUU. Si bien es cierto que este dato no prejuzga el eventual carácter de común a los derechos de los Estados miembros de este principio, resulta cuanto menos curioso que este principio haya viajado tanto desde su lugar de origen. En cualquier caso, un origen tan poco ortodoxo para un principio pretendidamente europeo, exige por parte de quien lo alega mucho más esfuerzo de precisión, de descripción y de análisis para ofrecer datos sobre dónde, y en qué disposiciones concretas del derecho de los Estados miembros se habría manifestado o se habría traspuesto este principio americano. En definitiva, falta la demostración de cómo este principio se habría introducido en el Derecho Comunitario.

De cualquier manera, la "conclusión" que se desprende de estas Conclusiones del Abogado General es que éste se refiere a un principio (necesidad de la declaración del

consentimiento del paciente con conocimiento de causa para la realización de todo tipo de acto médico sobre él), cuyo origen no es comunitario, a pesar de lo cual el Abogado General considera que es común al derecho médico de los Estados miembros. Bien es cierto que en ningún momento se indica que este principio constituya una tradición constitucional común. En realidad, no se utiliza en ningún momento esta acepción, pero el simple hecho de hablar de "principio común al derecho de los Estados miembros" nos hace ver que estamos frente a una tradición constitucional común (si entendemos las tradiciones constitucionales en sentido amplio, no como únicamente el contenido de las Constituciones de los Estados miembros).

En cuanto al TJCE, menciona las tradiciones constitucionales comunes pero en relación con otro derecho que es en el que concentra su argumentación, a saber, el respeto a la vida privada:

"Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho al respeto de la vida privada, consagrado por el art.8 del CEDH y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, constituye uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario... Este derecho comprende, en particular, el derecho a mantener secreto su estado de salud"<sup>670</sup>.

Por tanto, nos encontramos con que el tribunal menciona una tradición común pero no analiza el origen o el modo en que ha sido recogida esta tradición en el Derecho Comunitario. El tribunal sólo apunta que esta tradición tiene un origen constitucional y que aparece recogida en el art.8 CEDH, pero no llega más lejos en la búsqueda de datos.

En otros casos en los que, como en este asunto, el TJCE menciona pero no demuestra con datos de derecho comparado la existencia de una tradición constitucional común a los Estados miembros, al menos nos queda el consuelo de que, aunque el TJCE no haya analizado la tradición constitucional que alega, sí lo había hecho previamente el Abogado General en sus Conclusiones, pareciendo de este modo que las Conclusiones suplían la falta de profundización del fallo judicial y se convertían en complemento de éste. Pero en este caso

---

<sup>669</sup> Rec.1994, pp.4759 y 4760.

nos falta incluso este consuelo, puesto que el Abogado General no basó sus Conclusiones en el estudio de la misma tradición constitucional común de la que se ocupó el TJCE en su sentencia.

Otra de las sentencias en las que tanto el TJCE como el Abogado General acuden a las tradiciones constitucionales comunes como fuente de principios generales, llegando cada uno de ellos a conclusiones diferentes sobre su aplicabilidad al caso, es la sentencia del asunto STANLEY ADAMS<sup>671</sup>, un caso dramático que se presentó ante el TJCE y en el que un antiguo trabajador de la multinacional Roche demandaba a la Comisión por los daños y perjuicios que le había causado -cárcel, suicidio de su esposa- el hecho de que la Comisión hubiera comunicado a la empresa Roche informaciones facilitadas voluntariamente por él a la Comisión bajo la promesa de confidencialidad, y cuya importancia residía en que demostraban que esta multinacional disfrutaba de una posición dominante en el mercado farmacéutico y químico merced a prácticas contrarias a la competencia.

Quien primeramente utilizó el argumento de las tradiciones constitucionales comunes en este caso fue su Abogado General, el cual citó los órdenes jurídicos nacionales para demostrar que en su opinión, no existía una regla o práctica uniforme en los Estados miembros en materia de secreto profesional y de responsabilidad de la Administración por violación de ese secreto profesional<sup>672</sup>. Extrañamente, el Abogado General no aportó ningún dato del derecho constitucional de los Estados miembros que apoyara su afirmación, lo cual es cuanto menos raro si comparamos éstas con otras Conclusiones de otros casos en los que el Abogado General ha acudido a las tradiciones constitucionales comunes.

Posteriormente, el TJCE ni siquiera menciona este argumento que le sugería el Abogado General. El TJCE sólo cita la posición del demandante, según el cual sí existe una obligación de secreto que se desprende por un lado de los principios generales comunes al derecho de los Estados miembros, y por otro de las obligaciones impuestas a la Comisión por

---

<sup>670</sup> Rec.1994, p.4789.

<sup>671</sup> Rec.1985, p.3539ss.

<sup>672</sup> Rec.1985, p.3546.

el art.214 del Tratado CE y del art.20 del Reglamento 17 del Consejo de 6 de Febrero de 1962<sup>673</sup>. Pero una vez más, el TJCE no procura profundizar en lo que acaba de afirmar y no explica cuál sería el origen de esta tradición constitucional ni cómo esa tradición habría sido interiorizada o adaptada al Derecho Comunitario.

## 2.5. Casos en los que sólo el TJCE utiliza las tradiciones constitucionales comunes

Otro tipo de sentencias -escasas por lo demás - es el de aquéllas en que el Abogado General no cita las tradiciones constitucionales comunes pero en cambio sí lo hace el TJCE.

De este tipo de sentencias es exponente el caso HEYLENS<sup>674</sup>, en el que el Abogado General propuso una solución al caso ajeno totalmente al argumento de las tradiciones constitucionales comunes. Por el contrario, el TJCE sí supo ver el papel que podían desempeñar las tradiciones constitucionales en el pronunciamiento judicial:

"Al constituir el libre acceso al empleo un derecho fundamental atribuido por el tratado a todo trabajador migrante, la existencia de una vía de recurso de carácter jurisprudencial contra cualquier acto de la autoridad nacional que impida el ejercicio de ese derecho constituye un principio general del derecho comunitario que se deriva de una tradición constitucional común que se ve sancionada en los artículos 6 y 13 CEDH"<sup>675</sup>.

En este asunto, el tribunal decidió seguir el argumento del juez ponente en lugar del del Abogado General MANCINI, por antojársele el más adecuado al caso. Así, el fallo judicial se convierte en una innovación con respecto a lo afirmado por el Abogado General,

---

<sup>673</sup> Rec.1985, p.3585.

<sup>674</sup> Sentencia de 15 de Octubre de 1987, UNION NATIONALE DES ENTRAÎNEURS ET CADRES TECHNIQUES PROFESSIONELS DU FOOTBALL (UNECTEF)/GEORGES HEYLENS, C-222/86, Rec.1987, pp.4099ss.

<sup>675</sup> Rec.1987, p.4116.

aunque en él no se analiza el derecho constitucional comparado para cimentar la sentencia y demostrar lo certero de la tradición común utilizada.

Otro caso llamativo es el que originó el pronunciamiento de la sentencia del caso RAZZOUK Y BEYDOUN<sup>676</sup>, que versaba sobre el eventual derecho que pudieran tener los viudos de funcionarias comunitarias para obtener una pensión de viudedad. En este caso, el TJCE reproduce en la sentencia un pormenorizado estudio realizado por los demandantes en su demanda sobre la evolución jurídica que en su opinión ha sufrido el principio de igualdad entre sexos. Dos son las características más singulares de esta sentencia:

Primero, el TJCE asume como propia la argumentación de los demandantes, haciéndola suya a pesar de que el Abogado General no trató en absoluto la hipotética existencia de una tradición constitucional común en la materia.

Segundo, el TJCE, al reproducir el análisis del derecho comparado realizado por los demandantes, no sólo estudia la evolución jurídica en los Estados miembros de la regla de la no discriminación por razón de sexo, sino que también investiga qué ocurre en otros Estados e instituciones totalmente externos a la Comunidad. En este sentido, el TJCE reproduce las disposiciones constitucionales y laborales -así como la jurisprudencia nacional sobre la exigencia de la igualdad de sexos, centrando la cuestión en la igualdad entre funcionarios- en Bélgica, Italia e Irlanda, pero en lugar de estudiar qué ocurre en la normativa del resto de los Estados miembros de las CCEE, lo que hace es estudiar la situación en Estados Unidos y en la Organización de las Naciones Unidas.

Vale la pena preguntarse qué interés puede representar, para la existencia de una tradición constitucional común a los Estados miembros de las CCEE, la normativa que en materia funcional pueden tener un Estado tercero y una organización ajena a las CCEE... Sin embargo, ante la ausencia de explicación en el texto judicial sólo podemos aducir conjeturas indemostrables. P.ej., que el TJCE no otorga tanta importancia al origen de la fuente (que puede ser incluso ajena al ordenamiento comunitario) como al hecho de que ese argumento o fuente se adapte a las particularidades del ordenamiento comunitario.

La Comisión, por su parte, en su respuesta a la demanda -reproducida parcialmente por el TJCE en su fallo- presenta un cuadro sinóptico, que es asumido por el TJCE, en el que indica cuál es en su opinión el estado de la cuestión en materia de no discriminación por razón de sexo en los Estados miembros. El TJCE, que resume la investigación realizada por la Comisión pero sin indicarnos nominalmente a qué Estados se refiere, nos ilustra diciendo que hay cuatro Estados miembros en los que la igualdad entre viudos/as de funcionarios/as es total. En otros dos, en su opinión, no se protege el derecho de un viudo de funcionaria a la pensión de supervivencia. Otros dos, reconocen tal derecho pero en condiciones restrictivas (prueba del estado de necesidad del beneficiario). En uno de ellos, no existe régimen público para los causahabientes de funcionarias. En otro de ellos, el viudo de funcionaria tiene derecho a tal pensión pero condicionado a la inexistencia de huérfanos, puesto que de existir éstos, quienes recibirían la pensión serían ellos<sup>677</sup>.

En resumen, nos encontramos con un fallo del TJCE en que se utiliza el derecho constitucional y laboral comparado en materia de igualdad de trato, y todo ello a pesar de que tal tipo de razonamiento jurídico no le fue aconsejado al TJCE por el Abogado General de este caso, sino que la idea le llegó al TJCE en vista de las alegaciones de los demandantes y de la Comisión durante el procedimiento.

### 3. Conclusiones del análisis

Las conclusiones más relevantes del modo en que el TJCE aplica el argumento de las tradiciones constitucionales comunes como fuente de inspiración que le sirve para localizar principios generales del Derecho Comunitario, son las siguientes:

1. El recurso a las tradiciones constitucionales comunes es uno de los que el TJCE ha ideado para, a través del argumento de los principios generales del Derecho Comunitario,

---

<sup>676</sup> Rec.1984, pp.1509ss.

<sup>677</sup> Rec.1984, p.1523.

suplir la falta de normativa que sufre el Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales.

2. El TJCE está únicamente obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes para localizar principios generales predicables en el ordenamiento comunitario, no está obligado a transponer al Derecho Comunitario todo derecho que esté incluido en una Constitución de un Estado miembro. Sin embargo, la falta de rigor con que a menudo trata las tradiciones constitucionales comunes que voluntariamente cita y en las que voluntariamente decide inspirarse, parece demostrar que el recurso a las tradiciones constitucionales comunes es la solución fácil del TJCE cuando no le interesa demostrar el origen o antecedentes de un principio que decide emplear en el ámbito comunitario.

3. La terminología utilizada por el TJCE no es uniforme en la materia, pero en cualquier caso, no sería la más adecuada semánticamente hablando, puesto que las tradiciones constitucionales comunes:

a) A menudo no son estrictamente "constitucionales", como demuestra la inclusión de referencias al derecho médico, o penal, o laboral de los Estados miembros. Incluso existen casos en los que las referencias son a prácticas administrativas de los Estados.

b) Tampoco son siempre "comunes", puesto que en la mayoría de los casos, el TJCE decide inspirarse en el derecho de varios Estados miembros, pero no en el de todos, ni siquiera de la mayoría, sino incluso en corrientes minoritarias. Otras veces, incluso, decide inspirarse en el derecho de un único Estado. Y mucho menos se puede considerar, estrictamente hablando, que sea "común" una tradición para cuya fundamentación el TJCE se inspira en el derecho de un Estado tercero o de una organización internacional ajena a las CCEE.

4. Produce cierta sensación de inseguridad jurídica el que a menudo, el TJCE considere como tradición constitucional adoptada en Derecho Comunitario, un precepto constitucional que en términos estrictos pertenece sólo al acervo constitucional de algunos Estados miembros, o de uno sólo de ellos, o que considere como tradición constitucional "común" un derecho totalmente ajeno al ordenamiento jurídico de algún Estado miembro. En este sentido, el uso en las CCEE del parámetro de las tradiciones constitucionales comunes,

por muchos esfuerzos que se hagan, nunca llevará a resultados idénticos, ni en realidad similares, al tratamiento que ese derecho o valor reciba en cada uno de los Estados miembros. Ello se debe a la facultad que se arroga el TJCE de seleccionar aquellas normas de los ordenamientos internos que le parecen más útiles y ajustadas a la estructura y necesidades comunitarias. Así el TJCE se erige en única instancia judicial con poder para identificar e interpretar los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento comunitario.

5. El TJCE tiende a usar este argumento de las tradiciones constitucionales comunes sin realizar él mismo el conveniente, que no preceptivo, estudio del derecho comparado en apoyo de las tradiciones constitucionales comunes que alega. Frecuentemente en estos casos, aunque sin indicarlo, el TJCE parece apoyarse en el previo análisis que de esa tradición ha realizado el Abogado General. Sin embargo, existen casos en los que el TJCE cita una tradición constitucional sin que ninguno de los dos (ni el Abogado General ni tampoco él mismo) hayan realizado tal examen del derecho de los Estados miembros. En ese último tipo de casos, la alegación por parte del TJCE de la existencia de una tradición constitucional común queda sin fundamentar.

6. Esta fuente de inspiración sigue siendo utilizada por el TJCE aún hoy. No se trata de un recurso utilizado por el TJCE solo en aquella primera etapa en la que decidió proteger en su jurisprudencia los derechos fundamentales, sino que su uso se ha visto consolidado como fuente de inspiración del TJCE. Sentencias como las del caso GROGAN nos demuestran su vigencia y plena actualidad.