

LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ALEMANES EN RELACION CON EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

por Torsten STEIN (*) (**)

I. OBSERVACION PRELIMINAR

El día 25 de marzo de 1982 se ha celebrado en los Estados miembros de las Comunidades Europeas el 25º aniversario de los tratados de Roma que crearon la Comunidad Económica Europea y el EURATOM (1). La cuestión de si había motivos de celebración puede quedar abierta a la vista de la paralización de la integración y de las profundas diferencias de opinión entre los Estados miembros, sobre todo en relación con la financiación de las Comunidades, diferencias que por el momento si no la existencia de las Comunidades sí amenazaban, sin embargo, con cuestionar la permanencia en ellas de ciertos Estados. Esta fecha debe proporcionar, sin embargo, la ocasión para un resumido examen retrospectivo de la jurisprudencia de los tribunales alemanes recaída en los últimos casi 25 años (2) en relación con las cuestiones básicas del derecho comunitario. A estas cuestiones básicas pertenecía y continúa perteneciendo, en especial, la relación entre el derecho comunitario europeo y el ordenamiento nacional. El artículo 24 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania faculta a la Federación para ceder, mediante ley ordinaria, derechos soberanos a organizaciones interestatales; pero este artículo de la Constitución no dice nada sobre la tensión que tal vez pueda surgir entonces entre los actos jurídicos de esta comunidad interestatal y normas jurídicas nacionales; y tampoco dice nada sobre posibles límites constitucionales a esta facultad de cesión, que podrían venir establecidos, sobre todo por la parte de la Constitución que recoge los derechos fundamentales. La cuestión de la naturaleza jurídica del derecho comunitario, la de su aplicación inmediata y su primacía frente al derecho nacional, así como la cuestión de los límites consti-

(*) Dr. iur., Instituto Max-Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado, Heidelberg.

(**) Este trabajo, redactado por el autor en lengua alemana, ha sido traducido al castellano por el Dr. Lluís Garau Juaneda, catedrático de la Universidad de Palma de Mallorca.

(1) El tratado fundacional de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero ya había sido firmado el 18 de abril de 1951 en París.

(2) Los tratados de Roma entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

tucionales a la cesión de derechos soberanos han dado así ocasión una y otra vez a decisiones judiciales que en parte resultan contradictorias. Dado que España se halla situada ante el ingreso en las Comunidades Europeas y los artículos 93-96 de la Constitución española tampoco parecen dar una respuesta clara a estas cuestiones, la exposición de la jurisprudencia alemana relativa a las mismas puede resultar de especial interés para el lector español.

El estudio que sigue se limita a la jurisprudencia relativa al tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea (tratado CEE), de importancia incomparablemente mayor para la vida jurídica en los Estados miembros que los tratados sobre la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero o sobre el EURATOM. Ninguno de los dos citados en último lugar ha motivado en la R. F. de Alemania decisiones judiciales de importancia fundamental. Por otra parte, la exposición no debe limitarse a las decisiones de los tribunales superiores o incluso sólo a las del Tribunal Constitucional Federal, sin perjuicio naturalmente del mayor peso que poseen las decisiones de estos tribunales y, en especial, las del Bundesverfassungsgericht en tanto que órgano constitucional. A menudo, sin embargo, han sido y son precisamente los tribunales inferiores los que ora han cuestionado la primacía del derecho comunitario y defendido celosamente la soberanía nacional, ora se han opuesto, también con denuedo, a una jurisprudencia menos europeísta de las instancias superiores. Hasta las primeras decisiones de tribunales superiores en el año 1967, esto es, durante casi diez años desde la entrada en vigor del tratado CEE, este fue un campo abandonado a los tribunales económicos y administrativos inferiores.

Si la exposición que sigue se estructura en torno a la naturaleza jurídica, la primacía y la inmediata aplicabilidad del derecho comunitario, así como en torno a los límites en la cesión de derechos soberanos, ello se hace en interés de una cierta sistematización. Lo cual no debe hacernos perder de vista, sin embargo, que todas estas cuestiones están estrechamente vinculadas entre sí, y en último término, sólo constituyen aspectos parciales de la cuestión fundamental que es la de la solución del conflicto entre derecho comunitario y derecho nacional. La primacía y la inmediata aplicación del derecho comunitario dependen de su naturaleza jurídica, y sólo si se afirma la aplicación inmediata se plantea la cuestión de la primacía del derecho comunitario frente al derecho nacional contradictorio. Una primacía general del derecho comunitario sólo puede afirmarse además si en la cesión de derechos soberanos a las Comunidades no han quedado «ámbitos reservados» en relación con determinadas garantías fundamentales de la constitución nacional.

II. LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO COMUNITARIO

Tradicionalmente se viene distinguiendo (con base en la teoría dualista) entre derecho nacional (del foro y extranjero) y derecho internacional. En qué medida el ordenamiento jurídico nacional toma conocimiento del derecho internacional o en qué medida reconoce como normativos e imperativos en el ámbito de su soberanía actos legislativos de Estados extranjeros, es una cuestión que se deja preci-

samente a la competencia del propio ordenamiento nacional. En el artículo 25 de la Ley Fundamental el ordenamiento jurídico alemán otorga sólo al derecho internacional general la primacía frente a las leyes nacionales ordinarias (3); los tratados internacionales, después de su transformación en derecho interno mediante ley de autorización de acuerdo con lo establecido en el artículo 59, párrafo 2 de la Ley Fundamental, reciben únicamente el rango de ley ordinaria, resultando así inferiores al derecho constitucional y pudiendo ser además modificados o derogados mediante ley posterior. El reconocimiento de actos legislativos de Estados extranjeros está condicionado por lo general a su compatibilidad con el orden público nacional (4). Por ello una inclusión del derecho comunitario europeo ya sea en el campo del derecho nacional, ya sea —lo que resultaría más apropiado— en el campo del derecho internacional convencional, habría equiparado en cada caso el derecho comunitario a las leyes nacionales y hecho depender su aplicación de la adecuación del mismo al derecho constitucional nacional o a leyes ordinarias posteriores.

El Tribunal de las Comunidades Europeas pareció reconocer al principio estos límites cuando en su decisión prejudicial en el asunto Van Gend en Loos (5) calificó a la CEE como «un nuevo ordenamiento jurídico de **derecho internacional**». Algo más tarde el **Finanzgericht de Renania-Palatinado** (6) sostuvo en una consulta presentada al Tribunal Constitucional Federal, la opinión de que aunque la CEE habría sido «creada mediante fusión parcial de su soberanía» por parte de los Estados contratantes, su existencia, su misión, sus competencias y su organización *descansarían, sin embargo, exclusivamente en la voluntad de aquellos Estados, los cuales no habrían atribuido a la CEE una soberanía originaria, sino tan sólo una soberanía conferida*. De este carácter de las competencias comunitarias como competencias tan sólo delegadas derivaba entonces el Finanzgericht la vinculación de las Comunidades a las constituciones nacionales y a las reglas nacionales sobre interpretación, y consideraba anticonstitucional la ley alemana autorizando la ratificación del tratado CEE en la medida en que con la incorporación del artículo 189 de dicho tratado habría otorgado a los órganos comunitarios la posibilidad de promulgar reglamentos inmediatamente aplicables, sin que en el caso concreto existiera para ello una autorización suficientemente detallada en la medida de lo establecido en el artículo 80 de la Ley Fundamental (7).

(3) Según la opinión predominante, las normas del Derecho internacional general no poseen, por el contrario, «rango supraconstitucional» ni están situadas al mismo nivel que la constitución (cfr. **BVerfGE** 6, 309). En favor del nivel constitucional se ha pronunciado K. Doehring (**Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht** [1967], págs. 181 y ss.).

(4) Claramente el orden público alemán no se opone a tal reconocimiento cada vez que se está ante un derecho nacional de contenido divergente. La prohibición de aplicar el derecho extranjero sólo actúa si el resultado de la aplicación contradice de modo especialmente grave el sentido y la finalidad del ordenamiento jurídico alemán. En esto la medida viene dada por los juicios de valor y la concepción de justicia fundamentales contenidos en la Constitución (cfr., p. ej., **BGHZ** 50, 370).

(5) Causa 26/62, 5-2-1963, **Sig.** 1963, 1 y ss.

(6) Resolución de 14-11-1963, **DVBt.** 1964, p. 811.

(7) La sala segunda del Tribunal Constitucional Federal no decidió en este asunto porque consideró improcedente la consulta a causa de la irrelevancia que para la decisión tenía la cuestión planteada (**BVerfGE** 22, 134, resolución de 5-7-1967), pero antes señaló incidentalmente que incluso si el

Al mismo tiempo el **Verwaltungsgericht de Frankfurt** (8) decidió, por el contrario, que los Estados miembros con la conclusión del tratado CEE habrían cedido los derechos soberanos afectados «legítima y definitivamente», y que la Comunidad ejercería estos derechos soberanos en calidad de poder estatal parcial **originario**. Criterio decisivo para esta afirmación fue para el tribunal administrativo el hecho de que el tratado CEE habría sido concluido por tiempo indefinido y sería indenuciable, argumento que también invocó el Tribunal de las Comunidades en su sentencia en el asunto *Costa v. ENEL* (9), en la que abandonó la calificación de la CEE como ordenamiento jurídico de derecho internacional, pasando a designar el tratado CEE como «ordenamiento jurídico autónomo».

En lo sucesivo esta clasificación fue asumida también por los tribunales alemanes, facilitándose de este modo la solución del conflicto entre derecho comunitario y derecho nacional en el sentido de dar preferencia al derecho comunitario, si bien, como debía mostrarse más tarde, no se trataba todavía de una solución definitivamente asegurada. Así la primera sala del **Tribunal Constitucional Federal** decidió el 18 de octubre de 1967 (10) que la CEE sería un **nuevo** poder público independiente y autónomo. La Comunidad no sería un Estado, ni siquiera un Estado federal, sino una comunidad «con naturaleza propia» en curso de progresiva integración. Más adelante se dice que «los órganos de la CEE ejercen derechos soberanos a los que han renunciado los Estados miembros en favor de la Comunidad. Los preceptos dictados en el marco de sus competencias por los órganos comunitarios constituyen un ordenamiento jurídico propio cuyas normas no son ni derecho internacional ni derecho nacional». En el caso concreto, el tribunal decidió que resultaba inadmisibles un recurso de inconstitucionalidad dirigido directamente contra actos de soberanía de la Comunidad porque éstos no serían actos de un poder público alemán, y también porque la participación de la República Federal, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Fundamental, en la constitución de un poder público supranacional o internacional no convertiría a éste en un poder público alemán.

El hecho de que, con independencia del carácter autónomo así reconocido al ordenamiento jurídico comunitario (11), derecho comunitario y derecho nacional no tengan según los tribunales alemanes una existencia completamente separada es algo demostrado por una serie de decisiones de tribunales superiores. Así, el Tribunal Constitucional Federal decidió el 13 de octubre de 1970 (12), que aún cuando el derecho comunitario y el derecho nacional de los Estados miembros

artículo 189 del tratado CEE y los reglamentos dictados con base en él no tuvieran validez alguna en la República Federal de Alemania por ser contrarios a la Constitución, no por ello perdería el tratado CEE su sentido. Este «arrancar un pedazo central del sistema institucional de la Comunidad», considerado de este modo por el tribunal como algo teóricamente posible (FROWEIN, J. A.: «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 2 [1976], pp. 187 y ss. [1897]) ha sido unánimemente criticado.

(8) Sentencia de 17-12-1963, *AWD* 1964, p. 60.

(9) Sentencia de 15-7-1964, causa 6/64, *Sig. X* (1964), 1251.

(10) *BVerfGE* 22, 293.

(11) Así también el *Bundesfinanzhof* en su sentencia de 10-7-1968, *BFHE* 9, 102.

(12) *BVerfGE* 29, 198.

constituirían dos ordenamientos jurídicos distintos, no dejarían, sin embargo, de estar vinculados viniendo a ensamblarse de múltiples maneras. Este mutuo ensamblamiento exigiría tratar las remisiones hechas por el derecho nacional al derecho comunitario exactamente igual que las que hace el derecho propio de los Estados miembros de la federación al derecho federal. En el caso concreto se consideró que la remisión hecha en la ley de ejecución alemana a un reglamento comunitario en materia de mercado agrario constituía una habilitación suficientemente precisa para la promulgación de un reglamento nacional.

Según una decisión posterior (13) el derecho comunitario europeo no constituiría un derecho «extranjero» respecto del ordenamiento jurídico alemán, de donde la garantía del derecho de propiedad que contempla el artículo 14 de la Ley Fundamental protegería también situaciones jurídicas fundadas en el derecho comunitario. Ya antes el Tribunal Supremo Federal había establecido en un procedimiento relativo a una multa en materia de concurrencia (14) que si bien con la cesión de derechos soberanos a las Comunidades habría surgido un nuevo poder público, las Comunidades y los Estados miembros estarían, sin embargo, estrechamente vinculados en el ejercicio de sus facultades soberanas. Lo cual sería válido también en materia de jurisdicción, de modo que en relación con la cuestión de la validez del principio «ne bis in idem» (el cual según opinión dominante no se aplica a la jurisdicción «extranjera») el Tribunal de las Comunidades no podría ser considerado como una jurisdicción «extranjera» y, en consecuencia, no cabría invocar en este caso la frecuente distinción entre jurisdicción nacional y jurisdicción extranjera.

En suma, desde la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 18 de octubre de 1967 no ha sido cuestionado ante los tribunales alemanes el carácter autónomo del derecho comunitario, aún cuando el propio Tribunal Federal Constitucional ha introducido un elemento de duda en el asunto «Solange», al que más adelante nos referiremos.

III. LA PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO

Antes que fuera reconocido con carácter general por los tribunales alemanes el carácter autónomo del derecho comunitario, la cuestión de la primacía del derecho comunitario, tanto del primario como del derivado, sólo podía ser también contestada con base en la doctrina tradicional de la incorporación y efectos de las disposiciones de los tratados internacionales en el derecho interno. Dado que la Ley Fundamental no sólo no conoce ninguna disposición sobre la primacía de los tratados internacionales análoga, por ejemplo, al artículo 66 de la Constitución holandesa, sino que se les otorga por el contrario el rango de simples leyes federales, la primacía del derecho comunitario sólo podía fundarse en la regla de la ley posterior. El hecho de que la correspondiente jurisprudencia de los tribunales alemanes en los primeros tiempos del Mercado Común no condujera a mayores

(13) **BVerfGE** 45, 142 (sentencia de 8-6-1977).

(14) «Asunto de los colorantes de anilina» de 17-12-1970, **BGHSt** 24, 54.

conflictos, fue debido a la simple circunstancia de que tanto el tratado CEE como también los actos jurídicos comunitarios secundarios tenían las más de las veces la cualidad, frente al derecho nacional contrario, de «ley posterior» (15). Decisiones como la del **Verwaltungsgericht de Frankfurt** de 20 de marzo de 1964 (16), que pretendía negar cualquier primacía al derecho comunitario con el argumento de que el derecho europeo y el derecho nacional serían ordenamientos jurídicos separados y el derecho europeo no poseería ningún tipo de regla de conflicto, quedaron tan aisladas como la del **Finanzgericht de Bremen**, de 9 de abril de 1963 (17), el cual pretendía fundamentar la primacía del derecho comunitario en una analogía con el Estado Federal («derecho comunitario y derecho nacional rigen uno al lado del otro como el derecho federal y el derecho de los Estados miembros de la federación, en caso de conflicto el derecho supranacional prevalece sobre el derecho nacional de igual modo que el derecho federal prevalece sobre el de los Estados de la federación»); pero también aquí se encuentra además una referencia a la «ley posterior».

El 15 de julio de 1964 pronunció el Tribunal de las Comunidades su conocida sentencia en el asunto *Costa v. ENEL* (18), en la que la primacía del derecho comunitario frente al derecho nacional se hacía derivar del texto y del sentido del tratado CEE, aún cuando en el derecho comunitario no había ninguna regulación expresa al respecto. Principios esenciales en los que el tribunal apoyaba la primacía eran la capacidad de actuación de las Comunidades, la vigencia uniforme y equilibrada del derecho comunitario y, con ello, su «intangibilidad a través del derecho interno estatal» (19). El pasaje, con mucho más importante, señalaba: «De todo ello se sigue que **ninguna disposición interna de cualquier clase** puede prevalecer frente al derecho creado por el tratado, surgido por tanto de una fuente jurídica autónoma y precisamente en razón de esta particularidad, si no se le quiere desposeer de su carácter como derecho comunitario y no se quiere cuestionar el propio fundamento jurídico de la Comunidad». En adelante también los tribunales alemanes inferiores pasaron, con mayor o menor referencia expresa a la sentencia *Costa/ENEL*, a fundamentar la primacía también del derecho comunitario «anterior» frente al derecho nacional en la especial naturaleza jurídica y los objetivos básicos del tratado CEE. Es característica la sentencia del **Finanzgericht del Sarre** de 15 de noviembre de 1966 (20), que con abandono expreso de la jurisprudencia anterior señalaba: «...el tratamiento igual de todos los sometidos al derecho puede considerarse como la idea central del engranaje del tratado. Desde este punto de vista resulta impensable equiparar las normas self-executing del derecho comunitario al derecho estatal, con el resultado de que el derecho

(15) Cfr., por ej., **Finanzgericht del Sarre**, 28-10-1964, EFG 1966, 73.

(16) **Inédita**.

(17) **EFG 1963, 376**.

(18) Vid. nota 9.

(19) Formulación de NICOLAYSEN, G.: **Europäisches Gemeinschaftsrecht** (1979), p. 12.

(20) **EFG 1967, 76**. En opinión del **Finanzgericht del Sarre**, la «primacía del derecho comunitario reconocida en el caso concreto» no conduce, sin embargo, a la nulidad general del derecho nacional. Los conflictos surgirían siempre únicamente en casos concretos y sólo hasta aquí se dejaría al arbitrio del tribunal la aplicación del derecho nacional.

estatal posterior prevalece frente a las (anteriores) disposiciones contrarias del derecho comunitario. La opinión contraria desconoce que el derecho comunitario no es precisamente un tratado internacional clásico..., y, sobre todo, que los objetivos del tratado ya realizados han creado para todos los Estados contratantes realidades que obligan a reconocer la primacía del derecho comunitario» (21).

Sin embargo, la concepción contraria mencionada en esta sentencia no estaba en modo alguno superada. El Tribunal de las Comunidades tuvo que limitarse en la sentencia Costa/ENEL a derivar la primacía del derecho comunitario del sentido y del fin del tratado CEE. Cuestión distinta era la de si, y en qué medida, para el reconocimiento de esta primacía las instancias nacionales podían apoyarse también únicamente en los principios enunciados en la sentencia Costa/ENEL, o si además precisaban de una correspondiente autorización por parte del derecho constitucional nacional (22). En parte, la necesidad de tal autorización nacional es enérgicamente afirmada, y su existencia negada con igual decisión. Esto fue puesto de manifiesto de forma especialmente clara en una sentencia del **Finanzgericht de Baden-Württemberg** de 21 de marzo de 1967 (23). El tribunal negó al artículo 95 del tratado CEE, incluso para el caso de su aplicación inmediata (puesta en tela de juicio por el tribunal), la primacía frente a normas nacionales posteriores en materia de impuesto sobre la cifra de negocios de contenido divergente, y concluía respecto a ello: tal primacía no se daría ni inmediata ni mediatamente (a través del principio «pacta sunt servanda») a partir del artículo 25 de la Ley Fundamental, pues el artículo 95 del tratado CEE sería «sin duda una norma de derecho internacional», pero ninguna «regla general del derecho internacional» en el sentido de este precepto; el principio «pacta sunt servanda» se referiría sólo a la obligación desde el punto de vista del derecho internacional, que permanecería incluso «si el contenido del tratado transformado en derecho interno» fuera «modificado o suprimido». Se rechaza la concepción de que la primacía del derecho comunitario se derivaría del carácter federativo de la CEE; la frase «el derecho comunitario prevalece sobre el derecho nacional» apoyada en el artículo 31 de la Ley Fundamental («El derecho federal prevalece sobre el derecho de los Estados miembros de la federación») hubiera necesitado según opinión del tribunal de una disposición expresa. Según esta sentencia tampoco del artículo 24 de la Ley Fundamental puede derivarse una primacía del derecho comunitario porque aún cuando este artículo daría ciertamente a la federación el poder para ceder derechos soberanos a organizaciones interestatales no regularía, sin embargo, las consecuencias jurídicas de una tal cesión. A través del artículo 24, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el legislador podría ciertamente atribuir a las normas convencionales la primacía frente a las leyes internas. Pero si no lo hiciera —como en el caso del tratado CEE—, entonces serían de aplicación las reglas generales sobre la relación entre derecho internacional y derecho interno. Por último, el tribunal se pronuncia también contra la sentencia del Tribunal de las Comunidades en el asunto Costa/ENEL: el mantenimiento de la capacidad funcional de la Comunidad y la uniformidad en cuanto a

(21) De modo parecido también, por ej., el **Finanzgericht de Münster**, 28-9-1965, EFG 1966, 75.

(22) Sobre esta distinción llama especialmente la atención FROWEIN, *loc. cit.* (nota 7), pp. 196 y ss.

(23) EFG 1967, 240.

la validez del derecho comunitario no exigirían una primacía del derecho Comunitario; la posibilidad de iniciar un procedimiento ante el Tribunal de las Comunidades por violación del tratado de acuerdo con los artículos 169, 170 y ss. del tratado CEE ofrecería una garantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

Esta sentencia del **Finanzgericht de Baden-Württemberg** constituyó seguramente uno de los ataques más vehementes dirigidos después de la decisión Costa/ENEL contra la primacía del derecho comunitario, pero también el **Bundesfinanzhof** ha mostrado en distintas decisiones relativas a la discutida compatibilidad del impuesto compensatorio alemán sobre la cifra de negocios con el artículo 95 del tratado CEE reservas frente a la primacía del derecho comunitario. En una consulta elevada al Tribunal de las Comunidades el 18 de julio de 1967 (24), el **Bundesfinanzhof** reconoció ciertamente la aplicación inmediata y preferente de los reglamentos de la CEE de acuerdo con el artículo 189 del tratado CEE, puesto que aquí «el derecho comunitario con contenido normativo positivo (se situaría) en el lugar de las normas estatales». Sin embargo, respecto de una norma convencional que —como el artículo 95 del tratado CEE— establecería como obligatoria para los Estados miembros una determinada conducta y con ello, en primer lugar, daría a la **Comunidad** el derecho de exigir a los Estados miembros el cumplimiento de sus obligaciones con los medios contemplados a tal efecto en el tratado, la primacía fue puesta en duda con el argumento de que, en el caso contrario, se atribuirían al ciudadano, que entonces podría apoyarse ante el tribunal nacional en la validez inmediata y preferente de esta norma, unos derechos más amplios que a la propia Comunidad, pues a la sazón para el ciudadano sería como si el Estado miembro hubiera cumplido ya sus obligaciones convencionales, mientras que la Comunidad lo único que podría hacer es exigir el cumplimiento de las mismas. El **Bundesfinanzhof** calificaba el fundamento aducido por el Tribunal de las Comunidades para justificar la aplicación inmediata y prioritaria de normas del derecho primario comunitario como «esencialmente de naturaleza política», sin tener suficientemente en cuenta de este modo los presupuestos legales y constitucionales de la República Federal de Alemania. Ni en el artículo 24 de la Ley Fundamental ni en la ley aprobando la ratificación del tratado CEE se encontraría disposición alguna acerca de si, y en qué medida, el derecho comunitario habría de prevalecer sobre el derecho de la República Federal.

También en la sentencia del **Bundesfinanzhof** de 10 de julio de 1968, se habla todavía de que al derecho comunitario le correspondería en el ámbito de aplicación del ordenamiento estatal «la **misma** obligatoriedad que al derecho nacional» (25). La «cuestión del rango» es calificada aquí como de «vivamente discutida» y, finalmente, dejada abierta. En la sentencia de 11 de julio de 1968 (26), por el contrario,

(24) BFHE 89, 52. Con esta consulta el **Bundesfinanzhof** cuestionó de forma expresa la corrección de la decisión del Tribunal de las Comunidades de 16-6-1966 (causa 57/65, Slg., vol. XII [1966], 257 y ss.), donde había sido establecida la aplicabilidad inmediata y preferente del artículo 95 del tratado CEE.

(25) BFHE 93, 102 (el subrayado es nuestro).

(26) BFHE 92, 405.

se señala que en caso de una contradicción entre normas fiscales nacionales y el artículo 95 del tratado CEE, el tribunal habría de tener presente la primacía del derecho comunitario. De otra forma no podría entenderse el efecto inmediato atribuido por el Tribunal de las Comunidades al artículo 95, ni tampoco conseguirse una correspondiente protección jurídica del ciudadano comunitario individual. Esta primacía del derecho comunitario —en cualquier caso frente a leyes nacionales ordinarias— se basaría en la cesión de derechos soberanos a la CEE a través de la ley de ratificación.

Con esta última decisión, el **Bundesfinanzhof** se alineaba en la misma dirección en que lo haría poco más tarde la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional Federal**. En la primera decisión de este tribunal en relación con el derecho comunitario (27), la sala segunda había observado tan sólo que el tribunal que planteaba la consulta pretendería atribuir al derecho comunitario primacía frente al derecho nacional, sin pronunciarse por su parte sobre tal cuestión. La afirmación de la sala primera en su sentencia de 18 de octubre de 1967 (28), en el sentido de que los actos de la Comunidad no podrían ser derogados por los Estados miembros, fue entendida generalmente como reconocimiento de la primacía del derecho comunitario (29), máxime cuando por lo demás la decisión se apoyaba estrechamente en formulaciones de la sentencia del Tribunal de las Comunidades en el asunto Costa/ENEL («ordenamiento jurídico autónomo»). Esto fue confirmado en la sentencia de la sala segunda de 9 de junio de 1971 (30), que invocó en forma expresa el artículo 24 de la Ley Fundamental como fundamento constitucional para el reconocimiento de la primacía del derecho comunitario, declarando: «En una interpretación adecuada el artículo 24, párrafo 1 de la Ley Fundamental no sólo enuncia que la cesión de derechos soberanos a organizaciones interestatales está en resumidas cuentas permitida, sino también que los actos de soberanía de sus órganos... deben ser reconocidos por los que originalmente habían sido sus exclusivos titulares. Partiendo de esta situación jurídica, los tribunales alemanes, a partir de la entrada en vigor del Mercado Común, deben aplicar también aquellos preceptos que si bien es cierto que emanan de un poder soberano autónomo, despliegan, sin embargo, con base en su interpretación por el Tribunal de las Comunidades, una eficacia inmediata en el ámbito interno y se sobreponen y desplazan al derecho nacional que les es contrario; pues sólo así pueden llegar a ser los derechos subjetivos otorgados a los ciudadanos del Mercado Común».

De este modo había sido confirmada por la más alta autoridad judicial la primacía del derecho comunitario frente a las leyes nacionales ordinarias y, desde el punto de vista del derecho constitucional, tal primacía había sido sentada sobre una base inequívoca (el art. 24 de la Ley Fundamental). De las formulaciones del Tribunal Constitucional Federal se desprende claramente que éste —igual que el Tribunal de las Comunidades desde el punto de vista del derecho comunitario— considera como objeto y de este modo también como parte integrante del artícu-

(27) Vid. *supra*, nota 7.

(28) Vid. *supra*, nota 10.

(29) Cfr., por ej., IPSEN, H. P.: *EuR* 1968, 140.

(30) *BVerfGE* 31, 145.

lo 24 de la Ley Fundamental el asegurar la función, en el sentido de validez uniforme, del derecho comunitario. Después de esta decisión, los tribunales alemanes no han vuelto a cuestionar la primacía del derecho comunitario frente a las leyes ordinarias (31). Tampoco en sentencias posteriores el Tribunal Constitucional ha vuelto a profundizar en esta cuestión ni a poner básicamente en duda, ni siquiera en el asunto «Solange», al que nos referiremos más adelante, la primacía del derecho comunitario frente a las leyes ordinarias.

IV. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Una cuestión totalmente distinta era —aún después del reconocimiento de la naturaleza jurídica autónoma del derecho comunitario y de su primacía frente a las leyes nacionales ordinarias— la de si, y en qué medida, el derecho comunitario, tanto primario como derivado, podía también reclamar primacía frente a los preceptos de la **Ley Fundamental**, esto es, la cuestión de los límites constitucionales a la autorización para ceder, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Fundamental, derechos soberanos a organizaciones interestatales. Tales límites podían derivarse, por una parte, de principios estructurales generales de la Constitución y de garantías constitucionales propias de un Estado de derecho, por otra de los derechos fundamentales en particular.

También aquí la jurisprudencia estuvo en principio a cargo de tribunales inferiores. Una sentencia de 3 de septiembre de 1963 dio ocasión al **Finanzgericht de Bremen** (32) de declarar que si bien el artículo 24 de la Ley Fundamental no presenta límites expresos, tampoco carece de ellos. No permite restringir los derechos fundamentales. Es necesaria, además, la «concordancia estructural» del derecho de la comunidad internacional a la que fueron cedidos los derechos soberanos con los «principios fundamentales» de la Ley Fundamental. Por cierto que en relación con el principio de la responsabilidad parlamentaria del ejecutivo el tribunal formula una excepción cuando dice que no es necesario que la organización interestatal responda ante un parlamento libremente elegido. Tales parlamentos elegidos libremente todavía no existirían y considerarlos como requisito previo para la cesión de derechos soberanos dejaría al artículo 24 de la Ley Fundamental sin objeto (33). El **Finanzgericht de Renania-Palatinado**, por el contrario, en la ya

(31) Si con regularidad los tribunales deciden que un acto administrativo que es inapelable de acuerdo con los plazos nacionales en materia de recursos tampoco sería impugnabile apelando a un derecho comunitario contrario, no se niega con ello la primacía del derecho comunitario, sino que se tiene en cuenta el hecho de que la protección jurídica en las Comunidades es de vía doble, que faltan preceptos comunitarios especiales en materia de recursos y de procedimiento, y que los tribunales nacionales, en el marco de su competencia, tienen que decidir hasta aquí siguiendo normas procesales nacionales (cfr., por ej., **Oberverwaltungsgericht del Sarre**, AWD 1974, 691; **Bundesverwaltungsgericht**, NJW 1978, p. 508 y **Finanzgericht de Hamburgo**, EFG 1980, 455).

(32) EFG 1964, 102.

(33) En efecto, también el Tribunal Constitucional Federal ha basado su decisión en el «asunto Solange» (**BVerfGE** 37, 271), al que nos referiremos más adelante en el hecho de que «la Comunidad (carece) todavía de un Parlamento democráticamente legitimado, surgido directamente de unas

citada sentencia de 14 de noviembre de 1963 (34) fijó unos límites mucho más estrechos a la autorización del artículo 24 de la Ley Fundamental, señalando al respecto que en la cesión de derechos soberanos prevista en el artículo 24 de la Ley Fundamental la Federación debe tener en cuenta que el artículo 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental prohíbe atentar contra el principio de la separación de poderes contemplado en el artículo 20 del mismo cuerpo legal. El artículo 24 no permitiría tampoco dotar a órganos ejecutivos interestatales de poder ejecutivo y legislativo. En la medida en que el artículo 189 del tratado CEE habría de interpretarse como facultando al Consejo para dictar «leyes» con efecto inmediato, violaría el principio de la separación de poderes. También en la medida en que los reglamentos del Consejo deberían ser contemplados de acuerdo con el artículo 189 del tratado CEE como «reglamentos jurídicos» en el sentido de la Ley Fundamental, chocaría esta competencia legislativa con la prohibición del artículo 129, párrafo 3 de la Ley Fundamental de dictar reglamentos «que modifiquen leyes», y chocaría asimismo con la exigencia de una autorización suficientemente precisa en cuanto al contenido, objeto y medida de tal autorización en el sentido del artículo 80 de la Ley Fundamental. En ambos casos la ley alemana autorizando la ratificación del tratado CEE, en la medida en que se refería al artículo 189 de dicho tratado, sería incompatible con la Constitución (35).

Distinta opinión manifestaron el **Verwaltungsgericht de Frankfurt** y el **Bundesfinanzhof**. El primero estableció en una sentencia de 17 de diciembre de 1963 (36), que la práctica internacional reconoce casi sin excepción la admisibilidad de la cesión de competencias legislativas al poder ejecutivo, siendo válido esto para el derecho constitucional alemán en caso de autorización limitada en cuanto a la materia y al contenido. En relación con el artículo 189 del tratado CEE, esta limitación resultaría del objeto y fin del tratado CEE («dirección del mercado») en su conjunto. Dado que aplicando sin restricciones el artículo 80 de la Ley Fundamental la «dirección del mercado» en tanto que pretendido fin apenas podría satisfacer los requisitos de precisión que exige una autorización para dictar normas, el **Verwaltungsgericht** ha reconocido aquí por primera vez —si bien de forma no declarada— que en relación con la cesión de derechos soberanos a organizaciones interestatales puede ser posible y necesario suavizar la estricta sujeción a la Constitución que rige cuando se trata del ejercicio del poder soberano alemán (37). Esto quedó más claro en la consulta dirigida al Tribunal de las Comunidades por el **Bundesfinanzhof** el 25 de abril de 1967 (38), la primera manifestación

elecciones generales, dotado de competencias legislativas y ante el cual sean plenamente responsables los órganos comunitarios con poder legislativo...».

(34) Vid. *supra*, nota 6.

(35) El Tribunal Constitucional Federal no decidió en cuanto al fondo de esta consulta (cfr. *supra*, nota 7).

(36) AWD 1964, p. 60.

(37) En otro lugar esta sentencia también recalca, sin embargo, que la cesión de poder soberano sólo es admisible en favor de un titular del poder que esté concebido a modo de Estado de derecho y pueda garantizar los derechos fundamentales en la misma medida que la República Federal de Alemania.

(38) BFHE 88, 266.

de un alto tribunal en la República Federal relativa a la problemática que plantea la relación entre derecho comunitario y derecho nacional. El **Bundesfinanzhof** manifestaba en la fundamentación de su consulta que en el examen de un tratado internacional a la luz de la Ley Fundamental deberían tomarse en consideración la situación política de partida y las realidades. La Ley Fundamental se pronunciaría por la unificación europea y la CEE sería un paso significativo en este camino. De ahí que el artículo 24 de la Ley Fundamental deba interpretarse en el sentido de que respecto de la cesión de derechos soberanos a la CEE no deberían aplicarse las mismas rígidas medidas que en relación con el ejercicio de estos derechos soberanos en el país. En la decisión que posteriormente siguió sobre la cuestión principal (39), se precisa de paso que la eficacia de la cesión de derechos soberanos a la CEE no se cuestiona por el hecho de que en la organización de la CEE el principio de la división de poderes no esté desarrollado en tan amplia medida como en la Ley Fundamental alemana.

El **Tribunal Constitucional Federal** no se ha pronunciado de modo concreto en relación con los límites que los principios estructurales de la Constitución podrían establecer a una cesión de derechos soberanos (40). Otra cosa rige en relación con el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución. En su decisión de 18 de octubre de 1967 (41), la sala primera del tribunal había dejado todavía expresamente abierta en un «obiter dictum» la cuestión de si en un procedimiento que resulte admisible puede el derecho comunitario ser medido a la luz de las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales, es decir, si los órganos de la CEE estarían vinculados a la Ley Fundamental alemana, o bien sí y en qué medida la República Federal en la cesión de derechos soberanos podría eximir a los órganos comunitarios de esta vinculación. La sala segunda, en su sentencia de 9 de junio de 1971 (42), donde se aportaban ideas básicas en torno a la primacía del derecho comunitario frente a las leyes nacionales ordinarias, no había repetido esta reserva en favor de los derechos fundamentales, lo cual, en comentarios a esta decisión —tal vez algo precipitadamente— fue alegado como prueba de un mayor integracionismo por parte de la sala segunda (43). En el espacio de tiempo entre estas dos sentencias, el **Bundesfinanzhof**, en la sentencia ya citada de 10 de julio de 1968 (44), se había pronunciado cautamente por un examen del derecho comunitario a la luz de la Constitución nacional en la medida en que distinguía entre la validez de una norma comunitaria y su aplicabilidad en el ámbito interno del Estado. La validez de una norma comunitaria sólo podría ser medida a la luz del propio derecho comunitario, y esta decisión caería bajo la exclusiva competen-

(39) **BFHE** 93, 102 (sentencia de 10-7-1968).

(40) La resolución de 29-5-1974 (**BVerfGE** 37, 271 [277]) deja expresamente abierta la cuestión de «si para la relación entre el derecho constitucional —excluido su catálogo de derechos fundamentales— y el derecho comunitario rige lo mismo que (según esta decisión) rige para la relación entre las garantías relativas a los derechos fundamentales que contiene la constitución y el derecho comunitario derivado.

(41) **BVerfGE** 22, 293; vid. al respecto *supra*, pp. 5 y 14.

(42) **BVerfGE** 31, 145; vid. al respecto *supra*, p. 15.

(43) Por ejemplo, IPSEN, H. P.: **EuR**, 58. Dudando, en cambio, Frowein (*supra*, nota 7, p. 190).

(44) Vid. *supra*, nota 39.

cia del Tribunal de las Comunidades. El juez nacional, por el contrario, tendría que examinar si esta norma produce efectos en el ámbito interno y cuáles son éstos. A este terreno pertenecería también la cuestión de si preceptos de la Constitución nacional se opondrían a la aplicación de la norma en el caso concreto y si el derecho constitucional habría de mantener su primacía también frente al derecho comunitario europeo. Al final, el **Bundesfinanzhof** dejó abierta esta cuestión porque, en cualquier caso, en el litigio en cuestión no se daría conflicto alguno entre el derecho europeo y la Ley Fundamental.

La controvertida decisión «Solange» (44 bis) del **Tribunal Constitucional** de 29 de mayo de 1974, en la que la Sala segunda no rehusó dar solución a esta cuestión, aportó entonces al menos claridad, aunque también aquí al final se negó que hubiera violación de los derechos fundamentales por parte del reglamento comunitario atacado (45). Ocasión para esta decisión fue un procedimiento ante el **Verwaltungsgericht** de Frankfurt, impugnando la declaración de caducidad de una caución según los preceptos de un reglamento comunitario en materia de mercado agrario. El **Verwaltungsgericht** acudió primero al Tribunal de las Comunidades en solicitud de una decisión a título prejudicial de acuerdo con el artículo 177 del Tratado CEE, habiendo declarado este último la validez del reglamento comunitario (46). El **Verwaltungsgericht**, que consideró las disposiciones comunitarias atacadas como incompatibles, incluso en su interpretación por el Tribunal de las Comunidades, con los derechos fundamentales de la Constitución nacional, planteó después la cuestión de la compatibilidad del reglamento comunitario con la Constitución ante el Tribunal Constitucional Federal (47). El pasaje esencial de la decisión recaída sobre ello establece: «En tanto que el proceso de integración de la Comunidad no haya alcanzado el estadio de que el derecho comunitario esté dotado también de un catálogo vigente de derechos fundamentales establecidos por un Parlamento e igual al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, la consulta presentada por un tribunal de la República Federal de Alemania ante el Tribunal Constitucional Federal, después de recaída la decisión del Tribunal de las Comunidades contemplada en el artículo 177 del tratado es admisible e indicada si el tribunal considera inaplicable el precepto comunitario relevante para su decisión en la interpretación dada por el Tribunal de las Comunidades porque, y

(44 bis) Ha parecido oportuno conservar en la versión española la denominación alemana generalizada de esta decisión como decisión «Solange», expresión que significa «en tanto que» y hace referencia al texto del fallo: «en tanto que el proceso de integración no...». (Nota de la Redacción.)

(45) **BVerfGE** 37, 271.

(46) Causa 11/70, **Slg** 1970, 1125 («Sociedad Internacional de Comercio»).

(47) Recientemente también quiso proceder así el **Verwaltungsgericht de Neustadt**, el cual consideró incompatible el reglamento comunitario núm. 1162/76, sobre limitaciones al cultivo de la vid con los derechos fundamentales a la propiedad y a la libertad de trabajo, y en la decisión por la que elevaba consulta al Tribunal de las Comunidades amenazó abiertamente con plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal en el caso de que el Tribunal de las Comunidades no compartiera esta opinión. Después de que el Tribunal de las Comunidades hubiera considerado válido el reglamento incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales (causa 44/79 [«Hauer»], **Slg**, 1979, 3727), el tribunal, por acuerdo de 31-1-1980, planteó efectivamente la cuestión al Tribunal Constitucional Federal (cfr. al respecto **EuR** 1980, 361), pero retiró la consulta en la primavera de 1982, después de que el procedimiento inicial hubiera sido declarado terminado.

en la medida en que, colisiona con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental».

El tribunal basa su competencia para el examen del derecho comunitario derivado realizado a la luz de los derechos fundamentales en consideraciones que también deben ser reproducidas textualmente. En primer lugar se repite la fórmula del derecho comunitario como «ordenamiento jurídico autónomo» que emanaría de una «fuente jurídica autónoma». Pero entonces dice: «De ello se desprende que en lo fundamental los dos círculos jurídicos rigen uno junto al otro e independientes entre sí y que en particular los órganos comunitarios competentes, incluyendo el Tribunal de las Comunidades, han de entender sobre la obligatoriedad, interpretación y observancia del derecho comunitario, y los órganos nacionales competentes han de hacer lo mismo en relación con el derecho constitucional de la República Federal de Alemania. Ni el Tribunal de las Comunidades puede decidir en forma vinculante acerca de si una norma comunitaria es compatible con la Ley Fundamental, ni el Tribunal Constitucional Federal puede hacerlo acerca de si, y con qué contenido, una norma del derecho comunitario derivado lo es respecto del derecho comunitario primario. Esto no origina ninguna dificultad mientras ambos ordenamientos no entran en conflicto en cuanto a su contenido. Por ello, de la especial relación surgida con la creación de la Comunidad entre ésta y sus miembros nace, en primer lugar, para los órganos competentes, en especial para los tribunales llamados a ejercer el control jurídico —el Tribunal de las Comunidades y el Tribunal Constitucional Federal— la obligación de preocuparse en su jurisprudencia por la concordancia de ambos ordenamientos jurídicos. Sólo en la medida en que esto no se logra puede en último término surgir el conflicto, el cual obliga a sacar las consecuencias de la relación de principio ya expuesta existente entre ambos círculos jurídicos. En este caso no basta hablar simplemente de la «primacía» del derecho comunitario frente al derecho constitucional nacional para justificar el resultado de que el derecho comunitario deba prevalecer siempre sobre el derecho constitucional nacional porque de no ser así la Comunidad sería puesta en tela de juicio. Del mismo modo que el derecho internacional no es puesto en tela de juicio por el artículo 25 de la Ley Fundamental cuando éste establece que el derecho internacional general sólo prevalece frente a las leyes federales ordinarias, e igual que tampoco es puesto en tela de juicio un ordenamiento jurídico (extranjero) cuando es rechazado por el orden público de la República Federal de Alemania, así el derecho comunitario no es puesto en tela de juicio cuando excepcionalmente no puede prevalecer frente a un derecho constitucional imperativo».

Con razón se ha deducido de estas formulaciones que el Tribunal Constitucional Federal no sólo ha limitado considerablemente la primacía del derecho comunitario fundada antes (48) en la necesidad del ejercicio (uniforme) de los derechos subjetivos del ciudadano comunitario, sino que también —a pesar de la afirmación sacada de decisiones anteriores que se repite al principio de ésta— puso de nuevo en duda, por último, con la comparación con el derecho internacional y el derecho

(48) BVerfGE 31, 145; vid. al respecto *supra*, p. 793.

nacional extranjero, el carácter autónomo del derecho comunitario (49). La aplicabilidad tanto del derecho internacional como del derecho nacional extranjero depende de una correspondiente decisión en el derecho estatal, mientras que la inmediata aplicabilidad del derecho comunitario reposa en un mandato de aplicación del propio derecho comunitario y es precisamente esta «intervención» en el ámbito jurídico nacional la que confiere carácter autónomo al derecho comunitario (50).

Sin duda la respuesta a la cuestión sobre en qué medida la República Federal de Alemania puede contribuir a la creación de semejante ordenamiento jurídico, que se sitúa junto al ordenamiento estatal, debe ser contestada partiendo de la propia Constitución. En relación con los correspondientes límites a la competencia para la cesión de derechos soberanos, el tribunal —en esto ampliamente de acuerdo con la «dissenting opinion» de la minoría— señala: «El artículo 24 de la Ley Fundamental habla de la cesión de los derechos soberanos a organizaciones interestatales. Esto no puede ser tomado al pie de la letra. El artículo 24 de la Ley Fundamental, igual que todo precepto constitucional de parecida naturaleza fundamental, debe ser entendido e interpretado en el contexto de la Constitución en su conjunto. Esto significa que este artículo no abre el camino a una modificación de la estructura básica de la Constitución, sobre la cual reposa su identidad, sin una reforma de la misma, mediante la legislación de las organizaciones interestatales. Ciertamente los órganos comunitarios competentes pueden dictar normas que no podrían dictar, de acuerdo con el derecho constitucional, los órganos constitucionales alemanes competentes, normas que no obstante rigen y son aplicables con carácter inmediato en la República Federal de Alemania. Pero el artículo 24 de la Ley Fundamental limita esta posibilidad en la medida en que ante él se frustra cualquier modificación del tratado que fuera a anular la identidad de la vigente Constitución de la República Federal de Alemania mediante la irrupción en las estructuras que la integran. Y lo mismo regiría respecto de las disposiciones del derecho comunitario derivado adoptadas con base en una correspondiente interpretación del tratado en vigor y que fueran a afectar del mismo modo a las estructuras esenciales de la Ley Fundamental. El artículo 24 de la Ley Fundamental no faculta propiamente para la cesión de derechos soberanos, sino que abre el ordenamiento jurídico nacional (con la limitación indicada) de tal modo que queda derogada la exclusiva pretensión de poder de la República Federal de Alemania en el ámbito de validez de la Ley Fundamental y se deja espacio dentro del ámbito del poder estatal a la validez y a la aplicación inmediatas de un derecho proveniente de fuente distinta».

Lo que la mayoría de los jueces ha entendido en el caso concreto por «estructura básica de la Constitución» aparece claro en el siguiente pasaje: «Un elemento esencial e irrenunciable de la vigente Constitución de la República Federal de Alemania, y que pertenece a la estructura constitucional de la Ley Fundamental, es la parte de la misma relativa a los derechos fundamentales. El artículo 24 de la Ley Fundamental no permite relativizarla sin reservas. En relación con esta

(49) Cfr., por ej., Comisión de las Comunidades Europeas, 8.º Informe general, 1974, pp. 306 y ss.

(50) Vid. al respecto, en especial, FROWEIN, J. A. (nota 7), pp. 191 y ss.

cuestión cobra una significación decisiva la actual fase de integración de la Comunidad. Esta carece todavía de un Parlamento democráticamente legitimado, salido directamente de unas elecciones generales, dotado de competencias legislativas y ante el cual sean de modo pleno políticamente responsables los restantes órganos comunitarios poseedores de esta competencia; sobre todo carece todavía de un catálogo codificado de derechos fundamentales, cuyo contenido aparezca tan estable, digno de confianza e inequívoco para el futuro como el de la Ley Fundamental, y que permita en consecuencia comparar y decidir si a la sazón el modelo de derechos fundamentales del derecho comunitario vigente con carácter general en la Comunidad se adecúa, a la larga, sin perjuicio de posibles modificaciones, al modelo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental, de tal manera que no se rebase el límite ya señalado trazado por el artículo 24 de esta ley. En tanto no se alcance en el curso de la progresiva integración de la Comunidad esta certeza jurídica, la cual no queda garantizada por la sola jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades hasta ahora notoriamente favorable a los derechos fundamentales, rige la reserva deducida del artículo 24 de la Ley Fundamental».

En esto se ha criticado correctamente que el tribunal exija respecto de la protección de los derechos fundamentales por el derecho comunitario una completa coincidencia, hasta en los detalles, con las garantías nacionales a tales derechos (y no sólo, como la minoría disidente, una coincidencia con el «núcleo» de estos derechos), insistiendo en un catálogo escrito de los mismos (51) y valorando de forma insuficiente el esfuerzo del Tribunal de las Comunidades en pro de la elaboración judicial de un modelo comunitario de derechos fundamentales (52).

Por lo demás, no deben reproducirse aquí los extensos y las más de las veces críticos análisis sobre esta decisión (53), máxime cuando se está perfilando entretanto un cambio de opinión en el Tribunal Constitucional Federal: en un litigio sobre contribuciones a un fondo para promocionar la venta de productos agrarios el *Verwaltungsgericht* de Frankfurt, había sometido, en primer lugar, al Tribunal de las Comunidades la cuestión de la compatibilidad de esta contribución con el artículo 92 y ss. del tratado CEE. Después de haber decidido el Tribunal de las

(51) Con reservas frente a la utilidad de un catálogo de derechos fundamentales, también BERNHARDT, R.: «Probleme eines Grundrechtskataloges für die Europäischen Gemeinschaften», *Bulletin der EG*, suplemento 5/76.

(52) Vid. las sentencias en las causas 29/69 («Stauder»), *Sig.* 1969, 419; 11/70 («Sociedad Internacional de comercio»), *Sig.* 1970, 1125; 4/73 («Nold»), *Sig.* 1974, 491; posteriores a la decisión del Tribunal Constitucional Federal: causa 36/75 («Rutili»), *Sig.* 1975, 1219 y 44/79 («Hauer»), *Sig.* 1979, 3727. Deringer/Sedemund, *NJW* 1980, pp. 1197 y ss., se muestran, sin embargo, críticos frente al modelo de protección de los derechos fundamentales en el asunto Hauer («restricción a través del bien común de la Comunidad»).

(53) Cfr. de entre las numerosas opiniones HILF, M.; KLEIN, E.; BLECKMANN, A.: «Sekundäres Gemeinschaftsrecht und deutsche Grundrechte», *ZaöRV*, vol. 35 (1975), 51-108; EHLERMANN, C. D.: «Primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour constitutionnelle fédérale allemande», *Revue du Marché Commun*, vol. 18 (1975), 10-19; IPSEN, H. P.: «BVerfG versus EuGH re 'Grundrechte'», *EuR* 1975, 1-19; SCHEUNER, U.: «Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und die Verfassungsrechtsprechung», *AöR*, vol. 100 (1975), 30-52; COHEN JONATHAN, G.: «Cour constitutionnelle allemande et règlements communautaires», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 11 (1975), 173-206; PESCATORE, P.: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften», *EuR* 1979, 1-12.

Comunidades que el tribunal nacional no podía declarar por sí mismo la incompatibilidad de la correspondiente ley nacional con el artículo 92 del tratado CEE (54), el tribunal administrativo planteó al Tribunal Constitucional Federal la cuestión de si los artículos 92-94 del tratado CEE en su interpretación por el Tribunal de las Comunidades serían aplicables en la República Federal a pesar de que la limitación de la competencia del juez nacional para examinar y decidir, tal como se deriva de la interpretación del Tribunal de las Comunidades, sería incompatible con el artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, que garantiza al particular una protección jurídica completa y sin lagunas. El **Tribunal Constitucional Federal** decidió el 25 de julio de 1979 (55) la inadmisibilidad de la cuestión planteada. Un examen del derecho comunitario primario a la luz de la ley fundamental sólo sería admisible en la medida en que la ley alemana autorizando la ratificación del tratado CEE fuera también objeto de examen. La inaplicabilidad del derecho comunitario primario, por ser contrario al derecho constitucional, no sería imaginable sin incompatibilidad —en su caso parcial— de la ley de autorización con la Ley Fundamental. El **Verwaltungsgericht** no habría puesto en duda, sin embargo, la constitucionalidad de la ley de autorización —en la medida en que ésta incorpora al derecho interno los artículos 92-94 del tratado CEE—, antes bien habría querido lograr un fallo del Tribunal Constitucional Federal en el sentido de que estos artículos hubieran de ser aplicados en el territorio de la República Federal con un contenido normativo distinto del establecido por el Tribunal de las Comunidades en una decisión a título prejudicial recaída de acuerdo con el artículo 177 del tratado CEE. Apreciación que estaría vedada al Tribunal Constitucional Federal según el reparto de competencias entre el Tribunal de las Comunidades y los tribunales constitucionales nacionales. Las decisiones a título prejudicial del Tribunal de las Comunidades serían también vinculantes para el Tribunal Constitucional Federal cuando éste se ocupara del mismo caso de origen, y esta vinculación excluiría la posibilidad de interpretar o declarar aplicables para el territorio de la República Federal preceptos del tratado CEE en contradicción con una correspondiente decisión a título prejudicial del Tribunal de las Comunidades.

Con esta decisión el Tribunal Constitucional Federal, por una parte, ha limitado claramente la competencia para examinar y rechazar el derecho comunitario, tal como había sido reivindicada en el asunto «Solange». Si entonces quedó expresamente abierta la cuestión acerca de si el examen a la luz de la Ley Fundamental del derecho comunitario derivado presente en el caso concreto podía también extenderse al derecho (convencional) primario (56), ahora esta posibilidad queda excluida o en todo caso ampliamente limitada (57). Por otra parte, el tribunal ha

(54) Causa 78/76, Sig. 1977, 595.

(55) BVerfGE 52, 187.

(56) Allí se decía: «El caso planteado obliga únicamente a esclarecer la relación entre las garantías constitucionales en favor de los derechos fundamentales y los preceptos del derecho comunitario derivado... en este momento nada permite sostener... que el derecho comunitario primario... pueda colisionar con preceptos de la Ley Fundamental» (BVerfGE 37, 271 [277], el subrayado es nuestro).

(57) La decisión es entendida como excluyendo el examen del derecho originario por IPSEN, H. P.: EuR 1980, 71 y (críticamente) por TOMUSCHAT, C.: «BVerfG contra EuGH - Friedenschluss in Sicht», NJW 1980, p. 2611; de distinta opinión (control) también del derecho originario, pero con vinculación

añadido en un «obiter dictum»: «La sala deja abierta la cuestión de si, y en su caso, en qué medida —por ejemplo, a la vista de cambios políticos y jurídicos sobrevenidos en el ámbito europeo— los principios de la decisión de 29 de mayo de 1974 («asunto Solange») pueden seguir pretendiendo una validez sin reservas para futuras consultas relativas a normas del derecho comunitario **derivado**» (58).

Parece fuera de duda que por «cambio sobrevenido» se entendía tanto la jurisprudencia desarrollada ulteriormente por el Tribunal de las Comunidades (59) como también la declaración común del Parlamento, Consejo y Comisión de 5 de abril de 1977, sobre derechos fundamentales (60). Menos clara resultaba, por el contrario, la cuestión de en qué medida el Tribunal Constitucional Federal se había apartado con esta afirmación de lo sostenido en el asunto «Solange». Aquí puede brindar una aclaración suplementaria la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 23 de junio de 1981, última que se ha ocupado del alcance del artículo 24 de la Ley Fundamental (61). Aunque no tenía por objeto el tratado CEE, sino el convenio internacional sobre cooperación para la seguridad del tráfico aéreo («EU-ROCONTROL»), apunta también claramente en sus considerandos al derecho comunitario. En la parte de éstos, con mayor interés para nosotros, el tribunal repite, en primer lugar, las principales manifestaciones del asunto «Solange» («El artículo 24 de la Ley Fundamental no abre el camino a una manipulación de la estructura fundamental de la Constitución», «una parte irreductible de la estructura de la Constitución está constituida por los principios jurídicos fundamentales reconocidos y garantizados en los derechos fundamentales de la Ley Fundamental», «el artículo 24 de la Ley Fundamental no autoriza a relativizar sin reserva la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales»). Pero después, más restrictivo, señala: «Esto no significa, claro está, que en relación con actos del poder público de una organización internacional creada con participación de la República Federal de Alemania debiera preverse un sistema de protección jurídica equivalente por todos conceptos tanto en extensión como en eficacia al sistema de protección jurídica que en relación con los actos del poder público alemán garantiza la Constitución. Una alineación hasta tal extremo de la configuración jurídica de una organización interestatal con las disposiciones internas de un Estado miembro estaría en contradicción, en último término, con la 'opción constitucional en favor de una cooperación internacional' manifestada en el artículo 24, párrafo 1 de la Ley Fundamental; se impondría difícilmente frente a los otros Estados miembros y no pocas veces convertiría de facto a la República Federal de Alemania en 'incapaz de concluir acuerdos' en el ámbito de las organizaciones a las que se refiere el artículo 24 de la Ley Fundamental».

En relación con los controles del derecho comunitario (derivado) a la luz de la Ley Fundamental esto significa, por una parte, que el Tribunal Constitucional Federal se ha incorporado a la línea del voto de la minoría en el «asunto Solange», de

a las decisiones del Tribunal de las Comunidades en materia de interpretación) es SACHS, M.: «Normenkontrollverfahren bei primärem Gemeinschaftsrecht?», *NJW* 1982, p. 465.

(58) *BVerfGE* 52, 187 (202 y ss.).

(59) Vid. *supra*, nota 52.

(60) *Bulletin der EG* 1977-3, p. 5.

(61) *BVerfGE* 58, 1. Vid. también el comentario de J. A. FROWEIN, en *EuGRZ* 1982, 179.

acuerdo con lo cual sólo es exigible una coincidencia en cuanto al «núcleo» de los derechos fundamentales, no en cuanto a su forma concreta en particular (62). Puede aceptarse que la referencia al «posterior desarrollo» que se hace en la decisión de 25 de julio de 1979 (63), significaría entonces que, en opinión del Tribunal Constitucional Federal, este «núcleo de derechos fundamentales» aparece *entretanto suficientemente garantizado por el derecho comunitario*. Ambas cosas podrían tener como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal en adelante no volviera a reivindicar la competencia, calificada en el asunto «Solange» de provisional y transitoria (64), para controlar el **derecho comunitario derivado** a la luz de la *Ley Fundamental* (65), y que de este modo la primacía del derecho comunitario quedara asegurada en el futuro de forma completa, es decir, también frente al derecho constitucional nacional. Una indicación de que en el futuro el Tribunal Constitucional Federal velará por la primacía absoluta del derecho comunitario se encuentra en otro importante párrafo del asunto EUROCONTROL: «En el marco de su jurisdicción, el Tribunal Constitucional Federal... ha de cuidar de modo especial que se eviten o se subsanen en lo posible las violaciones del derecho internacional nacidas de la no observancia o de la aplicación incorrecta del derecho internacional por parte de los tribunales alemanes y que podrían originar la responsabilidad internacional de la República Federal de Alemania» (66). La no aplicación de una norma comunitaria aplicable con carácter inmediato basándose, de acuerdo con los principios sentados en el asunto «Solange», en su contradicción con el derecho constitucional, podría acarrear, sin embargo, en combinación con el procedimiento del artículo 169 del tratado CEE sobre violaciones del tratado, tal responsabilidad internacional (67).

V. LA APLICACION INMEDIATA DEL DERECHO COMUNITARIO

Una vez superadas las reservas surgidas desde el punto de vista del principio de la separación de poderes frente a la competencia del Consejo de la CEE para

(62) BVerfGE 37, 271 (291 y ss.).

(63) Vid. *supra*, nota 58.

(64) Allí se establece: «Se trata, pues, de una dificultad jurídica derivada exclusivamente del progresivo proceso de integración de la Comunidad, todavía en estado de fluidez, y que quedará superada con la actual fase de transición (BVerfGE 37, 271 [280 y ss.]).»

(65) Esto no afectaría, sin embargo, al examen sin reservas, a la luz de los derechos fundamentales, de un acto de ejecución alemán (norma o acto administrativo) prescrito o simplemente permitido por el derecho comunitario (cfr. BVerfGE 30, 292 [310]: el hecho de que en su origen esté una directiva comunitaria no impide el examen, desde el punto de vista de su constitucionalidad, de la ley alemana promulgada en ejecución de la misma; BVerfGE 45, 142 [167]: siempre que una violación de derechos se legitima desde el punto de vista del derecho comunitario mediante la correspondiente decisión de la Comisión de las Comunidades, pero su consumación exige un acto de ejecución nacional, entonces, y en esta medida, no se sufre sólo una violación causada por los órganos comunitarios, sino generada por las propias autoridades nacionales; BVerfGE 51, 222: examen a la luz del derecho constitucional de la ley alemana sobre elecciones al Parlamento europeo, de ejecución del acta de 20-9-1977, sobre elección directa).

(66) BVerfGE 58, 1 (34).

(67) En este mismo sentido, J. A. FROWEIN (*supra*, nota 61).

dictar reglamentos según el artículo 189 del tratado CEE (68), la validez inmediata de estos reglamentos en el ámbito interno no volvió a ser puesta en duda. Cosa distinta de la ocurrida en relación con los preceptos del propio tratado CEE o respecto de aquellos actos jurídicos que de acuerdo con el tenor literal del artículo 189 no exigían ya validez inmediata.

Por lo que respecta a los preceptos del propio tratado, en especial su artículo 95 ha dado ocasión a decisiones judiciales. En efecto, ya el 15 de noviembre de 1966 el **Finanzgericht del Sarre** (69) resolvió que a través del tratado CEE se habría creado un ordenamiento jurídico que por su finalidad, conformación y efectos sería obligatorio para todos los que le estuvieran sujetos y con ello también legitimaría al Tribunal de las Comunidades para calificar como «self-executing» las normas prohibitivas del tratado CEE (aquí el art. 95) (70). También el **Finanzgericht de Renania-Palatinado** estableció en su decisión de 19 de mayo de 1967 (71) que serían inmediatamente aplicables por lo menos aquellos preceptos del tratado CEE que no tuvieran un carácter meramente programático. Esto es justificado aquí no tanto por la finalidad y carácter del tratado CEE, como por el hecho de que en la ley autorizando la ratificación el legislador (nacional) habría dado al tratado CEE «en su conjunto» el trato de ley interna (con la consecuencia de su aplicación inmediata).

El **Finanzgericht de Baden-Württemberg**, en la sentencia ya citada de 21 de marzo de 1967 (72), se situó, por el contrario, en la postura de considerar que la aplicación inmediata de una norma del tratado CEE —en el sentido de que ésta concedería derechos a particulares, los cuales a su vez podrían apelar a ella— presupondría que ésta fuera la voluntad de la norma y que así se desprendiera claramente de su tenor literal. Lo cual no sería el caso del artículo 95 del tratado CEE, siendo «improcedente» la interpretación distinta del Tribunal de las Comunidades e irrelevante para otros casos, ya que sólo obligaría respecto del asunto sobre el que recae la decisión (73). También el **Bundesfinanzhof**, en la ya citada consulta de 18 de julio de 1967 (74), manifestó una duda de principio respecto de la aplicabilidad inmediata del derecho comunitario primario, duda justificada, sobre todo en la consideración práctica de que la defendida aplicación inmediata del artículo 95 del tratado CEE habría conducido entre tanto a la presentación por particulares de alrededor de 15.000 demandas ante los tribunales económicos, solicitando el examen de la compatibilidad de normas fiscales nacionales con esta

(68) Vid. al respecto *supra*, pp. 18 y ss.

(69) EFG 1967, 76.

(70) Cfr. la sentencia del Tribunal de las Comunidades en la causa 57/65, *Sig.*, vol. XII (1966), 258, confirmada en la causa 28/67, *Sig.* XIV (1968), 156.

(71) EFG 1967, 426.

(72) EFG 1967, 240; vid al respecto *supra*, pp. 791 y ss. Igualmente el **Landgericht de Wiesbaden**, 14-11-1966, *DVB1.* 1967, p. 494.

(73) En este lugar no es posible profundizar en la controversia sobre el alcance del efecto vinculante que poseen las decisiones a título prejudicial del Tribunal de las Comunidades. Cfr. al respecto el reciente trabajo de MACKENZIE STUART/WARNER: «Judicial Decision as a Source of Community Law», en *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher (1981), pp. 273 y ss.

(74) Vid. *supra*, p. 792 con nota 24.

LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ALEMANÉS...

disposición convencional; de este modo los tribunales económicos se habrían visto sustraídos durante años a su tarea judicial ordinaria. Pero después de que también el **Bundesfinanzhof** hubiera aceptado la interpretación dada por el Tribunal de las Comunidades al artículo 95 del tratado CEE y de que el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión de 9 de junio de 1971 (75), hubiera excluido las dudas existentes desde el punto de vista del derecho constitucional en relación con la aplicación inmediata (y preferente) de este precepto, no ha vuelto a cuestionarse la aplicabilidad inmediata también del derecho comunitario originario en su correspondiente interpretación por el Tribunal de las Comunidades (76).

Parecida ha sido la evolución respecto de la aplicabilidad inmediata de **decisiones** de acuerdo con el artículo 189, párrafo 4 del tratado CEE. Mientras que, por ejemplo, el **Finanzgericht de Hamburgo** juzgaba el 28 de julio de 1967 (77), que tales decisiones cuando estuvieran dirigidas a los Estados miembros no serían directamente aplicables frente a los ciudadanos y no podrían sustituir el derecho nacional ni exonerar de la observancia de las reglas nacionales sobre promulgación de normas jurídicas (78), el Tribunal de las Comunidades decidió en el asunto Grad (79) en favor de la aplicación inmediata de tales decisiones en la medida en que éstas «son incondicional y suficientemente claras para generar efectos inmediatos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y los ciudadanos sujetos a su soberanía». El **Tribunal Supremo Federal** siguió esta jurisprudencia en la sentencia de 6 de junio de 1980 (80) y fundamentó el efecto inmediato en el «efecto de penetración que se produce en virtud de la soberanía comunitaria».

La posibilidad, como regla general, de aplicar con carácter inmediato las **directivas** de la Comunidad según el artículo 189, párrafo 3 del tratado CEE ha vuelto a ser cuestionada recientemente por tribunales alemanes. Mientras que al principio los tribunales negaban a las directivas (casi siempre en el ámbito de la libertad de establecimiento) la aplicabilidad inmediata incluso en el caso de que hubiera expirado el plazo para su transformación en derecho nacional (81), más tarde siguieron la jurisprudencia sentada por el Tribunal de las Comunidades, el cual, especialmente en el asunto Van Duyn (82), había establecido la aplicabilidad inmediata de las directivas con «carácter de reglamentación detallada» una vez transcurrido aquel plazo y en las mismas condiciones que para las decisiones, es decir, en el caso de que contengan una obligación incondicional y suficiente-

(75) **BVerfGE** 31, 145.

(76) Según la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades hoy son aplicables con carácter inmediato, al menos los artículos 7, 12, 13, párrafo 2, 16, 30, 31, 32, párrafo 1, 37, párrafos 1 y 2, 48, 52, 53, 59, 60, 85, párrafo 1, 86, 90, párrafo 1, 93, párrafo 3, 95, párrafo 1 y 119 del tratado CEE.

(77) **EFG** 1968, 50.

(78) Igualmente el **Finanzgericht de Ronania-Palatinado**, 14-10-1970 (III 391/66), inédita.

(79) 6-10-1970, causa 9/70, **Sig.** 1970, 825.

(80) **BGHSt** 25, 190; igualmente el **Finanzgericht de Hesse**, 27-7-79, **EFG** 1980, 94, que concedió a esta decisión «cualidad de norma jurídica».

(81) Cfr., por ej., **Oberverwaltungsgericht de Hamburgo**, 24-4-1966, **VerwRSPr.**, vol. 18, 737; **Landgericht de Wiesbaden**, 14-11-1966, **DVBl**, 1967, p. 494; **Verwaltungsgerichtshof de Kassel**, 29-9-1972, **NJW** 1973, 439.

(82) 4-12-1974, causa 41/74, **Sig.** 1974, 1337.

mente precisa y no dejen a cargo de los propios Estados el fijar, dentro de ciertos límites, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos recogidos en la directiva.

En la decisión de 16 de julio de 1981 (83) el **Bundesfinanzhof** se ha negado abiertamente a seguir en eso al Tribunal de las Comunidades, después de que ya antes, en el mismo asunto origen de esta sentencia, el **Finanzgericht de la Baja Sajonia** (84) había calificado de «discutida en el ámbito jurídico alemán» la posibilidad, como regla general, de aplicar directivas con carácter inmediato. El **Bundesfinanzhof** decidió en forma más bien lapidaria que las directivas, de acuerdo con el artículo 189, párrafo 3 del tratado CEE, serían vinculantes para los Estados miembros, pero no podrían generar en ellos ningún derecho inmediatamente vigente. Lo cual también regiría cuando un Estado miembro, en contra de sus obligaciones, no hubiera procedido en el plazo debido a adaptar sus preceptos internos a la directiva. Esta decisión del **Bundesfinanzhof** ha sido considerada con razón una afrenta consciente al Tribunal de las Comunidades y también a la Comunidad en su conjunto (85), toda vez que el tribunal pasó expresamente por encima de la constante jurisprudencia en sentido opuesto del Tribunal de las Comunidades y aprobó, también expresamente, la decisión en su día fuertemente criticada del Conseil d'Etat francés en el asunto Cohn-Bendit (86). Todavía habría sido justificable que el **Bundesfinanzhof** hubiera negado, en cuanto a su contenido, cualidad de norma aplicable con carácter inmediato al discutido precepto de la 6.ª directiva relativa al impuesto sobre la cifra de negocios (86 a). Pero incluso entonces —y más a la vista de la fundamental contradicción— hubiera resultado indicada una consulta al Tribunal de las Comunidades (87), o por lo menos habría debido esperar el **Bundesfinanzhof** la decisión a título prejudicial del Tribunal de las Comunidades pendientes de recaer en aquel momento sobre un caso paralelo (88).

Merece, por el contrario, aprobación el **Finanzgericht de Hamburgo**, el cual después de conocida la decisión del **Bundesfinanzhof**, y antes de la decisión del Tribunal de las Comunidades volvió a plantear ante este último el 4 de septiembre

(83) BFHE 133, 470.

(84) 17-11-1980, EFG 1980, 209. También el **Bundesverwaltungsgericht**, en su sentencia de 13-11-1980 (RIW/AWD 1981, 772), parece mostrar serias dudas en relación con la aplicabilidad inmediata de las directivas.

(85) Cfr. los comentarios de MILLARG, E. en EuR 1981, 444 y MEIER, G. en BB 1981, 1883.

(86) 22-12-1978, EuR 1979, 292 con comentario de BIEBER, R.; cfr. también TOMUSCHAT, C.: «La justice - c'est moi», EuGRZ 1979, 257.

(86 a) Este había sido el camino seguido, por ej., por el Bundesgerichtshof en su decisión (negativa) sobre la aplicación inmediata de la directiva CEE, núm. 77/249 de 22-3-1977, también incorporada con retraso al derecho alemán, para facilitar el ejercicio efectivo de la libre circulación de servicios por parte de los abogados (decisión de 17-3-1981, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* [NSZ] 1981, p. 269, con comentario de RIEDEL, NSZ 1982, p. 295).

(87) El **Bundesfinanzhof** no estaba jurídicamente obligado a elevar la consulta, dado que la decisión emanó de un procedimiento relativo a medidas provisionales (en contra HEYDT, V. en su comentario en RIW/AWD 1981, 692).

(88) Ya en noviembre de 1980 el **Finanzgericht de Münster** había ocupado al Tribunal de las Comunidades con esta cuestión. En sentencia de 19-1-1982 afirmó este último tribunal el efecto inmediato del precepto en cuestión (causa 8/81, «Becker», todavía inédita).

de 1981 la misma cuestión (89) y con ello se opuso expresamente al más alto tribunal económico alemán, recalcando que la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades relativa a la aplicabilidad inmediata de las directivas descansaría «en su esencia en la acertada consideración de que el objetivo perseguido por los Estados parte en el tratado CEE —constituir un mercado común— no puede alcanzarse eficazmente si el particular no puede invocar ante un tribunal una directiva conteniendo una obligación absoluta y precisa». Los reparos contra esta jurisprudencia estarían tan poco justificados como los reparos anteriores frente a la aplicabilidad inmediata de preceptos aislados del propio tratado CEE. Además, la decisión del **Bundesfinanzhof** violaría el artículo 177 del tratado CEE, puesto que «pertenece al Tribunal de las Comunidades el monopolio de decidir acerca de si —y bajo qué presupuestos— las directivas generan derechos inmediatos para los particulares».

Si se quiere obtener un balance final de los 25 años de jurisprudencia alemana en torno al derecho comunitario europeo, puede afirmarse que los tribunales, después de una inicial actitud reservada, han aceptado el nuevo ordenamiento jurídico. Especialmente desde que el Tribunal Constitucional Federal deja ver su disposición a abandonar los principios sostenidos en el asunto «Solange», también parece garantizada en la República Federal de Alemania la primacía del derecho comunitario y con ello su vigencia uniforme y sin limitaciones. Por otra parte, la decisión del **Bundesfinanzhof** citada en último término muestra que hoy, igual que ayer, no están excluidos los retrocesos. Así pues, también la ciencia del derecho europeo continúa llamada a seguir luchando para que se respete el ordenamiento jurídico europeo, tarea ante la cual también estarán situados, es de esperar que en un próximo futuro, los juristas europeístas y los tribunales españoles.

ABREVIATURAS

| | |
|----------|---|
| AöR | = Archiv des öffentlichen Rechts |
| AWD | = Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters |
| BB | = Betriebsberater |
| BFHE | = Entscheidungen des Bundesfinanzhofes (amtliche Sammlung) |
| BGHSt | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (amtliche Sammlung) |
| BGHZ | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung) |
| BVerfGE | = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung) |
| EFG | = Entscheidungen der Finanzgerichte |
| EuGRZ | = Europäische Grundrechte Zeitschrift |
| EuR | = Europarecht |
| DVBl. | = Deutsches Verwaltungsblatt |
| NJW | = Neue Juristische Wochenschrift |
| RIW/AWD | = Recht der internationalen Wirtschaft |
| Slg. | = Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften |
| VerwRSpr | = Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland |
| ZaöRV | = Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |

(89) RIW/AWD 1981, 692. El 10-6-1982 el Tribunal de las Comunidades ha decidido sobre esta consulta de igual modo que en el asunto «Becker», sin dedicar siquiera una palabra a la decisión del **Bundesfinanzhof** (causa 255/81 «Grendel»).

THE CASE-LAW OF THE GERMAN COURTS ABOUT EUROPEAN COMMUNITY LAW

SUMMARY

It has now been 25 years since the signing of the treaties of Rome and, most importantly, the treaty establishing the European Economic Community (EEC Treaty). This anniversary is an appropriate occasion to provide a retrospective and comprehensive survey of the decisions of the German courts on the law of the European Economic Community, since it was largely up to the courts to «incorporate» community law into the domestic jurisdiction and to secure its validity and effectiveness (i.e. to clarify the relationship of Community law to the national legal order). The major questions which have been addressed not only by the higher courts but also in numerous decisions at lower level have concerned the legal nature of community law, its direct applicability within the national jurisdiction and its precedence over national legal provisions. The answers to these questions are all closely inter-related.

In spite of the early decisions which were contradictory if not mutually exclusive, the German courts have followed the decisions of the Court of Justice of the European Communities (particularly the judgement in the Costa/ENEL case) regarding the "autonomous character" of community law relatively quickly. Proceeding from this point, they have also accepted the precedence of Community law over mere national statutory law. Moreover, the direct applicability of individual provisions in the EEC Treaty, relevant decisions, and directives under Art. 189 of the EEC Treaty have all, after initial resistance, been accepted in court decisions.

On the other hand, the precedence of Community law over the country's Constitution proved much more controversial, as did the related question of how far the transfer of sovereign rights to intergovernmental institutions (Art. 24 of the Basic Law) were limited by the Constitution itself, and in particular by the Basic Rights contained in it. The famous decision of the Federal Constitutional Court of May 29, 1974 (the «Solange-Beschluß»), where the Court affirmed such limits and pending the creation of a comprehensive list of basic rights under Community law - derived there from the power to review secondary Community law using the national Basic Rights as the yardstick, in general has not only been seen

as a blow to European integration, but also as an attack on basic principles which had long been thought of as beyond dispute, such as Community laws autonomous character and precedence of applicability. On the other hand, more recent decisions in the Federal Constitutional Court (in particular the judgement in the EUROCONTROL case) admit the suggestion that in future the Court may draw back from the earlier precedent. Under the recent decisions, although the Constitution and above all the Basic Rights are held to set limits on the transfer of sovereign powers, the laws laid down by the inter-governmental institutions are no longer held required to be in agreement with every individual aspect of the national Basic Rights, so much as with the "core element". If, following statements made elsewhere, the Court is satisfied that this "core element" is secured in the Community law, in future it will, perhaps, no longer claim the power to subject secondary Community law to constitutional review.

In spite of this, the fact that the relationship between Community law and national law has not been clarified once and for all, and the fact that the precedence of decisions of the European Court has not become entirely beyond dispute, are demonstrated by a recent decision of the Federal Finance Court which, in open contradiction with the decisions of the European Court, denies in principle the possibility of the direct applicability of EEC directives.

LA JURISPRUDENCE DES COURS ALLEMANDES SUR LE DROIT COMMUNAUTAIRE EUROPEEN

RESUME

Depuis la signature des Traités de Rome, en particulier du Traité instituant la Communauté Economique Européenne (Traité C.E.E.) 25 années se sont déroulées. Cet anniversaire présente donc l'occasion de résumer en un aperçu retrospectif la juridiction des tribunaux allemands concernant le droit communautaire européen, puisqu'il incombe essentiellement aux tribunaux "d'incorporer" le droit communautaire dans le droit national et de garantir sa validité et son exécution dans ce domaine, ce qui veut dire d'éclaircir la relation entre le droit communautaire et le droit interne. Les questions les plus importantes qui n'ont pas seulement été traitées par les cours suprêmes mais également dans de nombreuses décisions par les tribunaux inférieurs ont été les suivantes: la nature juridique du droit communautaire, son applicabilité directe dans le domaine interne et sa priorité sur le droit national; les réponses à ces questions se trouvent reliées étroitement entre elles.

Malgré des décisions contradictoires et dissidentes des premiers temps les tribunaux allemands se sont ralliés après un temps relativement court à la juridiction de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans la question concernant le "caractère autonome" du droit communautaire (particulièrement dans le jugement Costa/ENEL) et ont en conséquence accepté la priorité du droit communautaire sur les lois ordinaires nationales. In en était de même —après une certaine résistance— pour la question de l'applicabilité directe des différentes dispositions du Traité-CEE ainsi que des décisions s'y prêtant par leur contenu et de directives se basant sur l'art. 189 du Traité-CEE.

Une question beaucoup plus controversée était par contre celle concernant la priorité du droit communautaire sur le droit constitutionnel national et la question y rattachée de savoir dans quelle mesure se trouve limité par la constitution même et avant tout par les droits fondamentaux le transfert de droits souverains sur des organisations internationales (art. 24 de la Loi Fondamentale Allemande). La décision bien connue de la Cour Constitutionnelle Fédérale du 29 mai 1974 («Solange-Beschluß») par laquelle la cour a affirmé l'existence de telles limites avec la con-

séquence d'accepter la compétence —jusqu'à la création d'un catalogue de droits fondamentaux communautaires— d'examiner la légalité du droit communautaire secondaire par rapport aux droits fondamentaux nationaux a été évalué par les milieux intéressés non seulement comme échec pour l'intégration européenne mais également comme attaque contre des principes prétendus acceptés généralement comme p. e. le caractère autonome et la priorité d'application du droit communautaire. Des décisions plus récentes de la Cour Constitutionnelle Fédérale (particulièrement la décision dans l'affaire EUROCONTROL) permettent par contre de conclure que la Cour changera dans l'avenir la position prise dans l'ordonnance «SOLANGE». Selon ces décisions la constitution ainsi que, avant tout, les droits fondamentaux limitent certes, le transfert de pouvoirs souverains mais non plus dans le sens d'exiger une concordance parfaite du droit crée par l'institution internationale avec tous les détails des droits fondamentaux nationaux mais plutôt seulement avec l'essence de ceux-ci. Si, en effet, la cour estime alors garanti cet essence des droits fondamentaux net dans le droit communautaire, ce qui suit d'affirmations faites d'autres décisions - il ne recourra probablement plus à constater une compétence de contrôle constitutionnel du droit communautaire secondaire.

Malgré cette évolution la relations entre le droit communautaire et le droit national n'est pas encore éclaircie définitivement du même que la priorité de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes n'est pas encore tout à fait établie, ce qui résulte d'un jugement récent du Tribunal Fédéral des Finances qui, en contradiction éclatante avec la juridiction de la Cour de Justice des Communautés Européennes, refuse, en principe, la possibilité de l'application directe de directives de la CEE.

NOTAS

