

**DERECHO COMUNITARIO, DERECHOS FUNDAMENTALES
Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:
La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán
de 22 de octubre de 1986**

por Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS (*)
y
Ulrich WOELKER (**)

1. INTRODUCCION

El 22 de octubre de 1986 el Tribunal Constitucional Federal alemán ha adoptado una decisión en la que se reconoce al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la condición de «juez legal» en el sentido de la Constitución alemana, se manifiesta que las garantías procesales ante este Tribunal satisfacen las exigencias de un Estado de Derecho y se afirma que, en tanto que las Comunidades Europeas, en especial la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, garanticen una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder comunitario sustancialmente homologable con la prescrita por la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal se abstendrá de ejercer su jurisdicción para verificar la conformidad del derecho comunitario derivado que constituya el fundamento de actos de tribunales o autoridades alemanas con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental, por lo que las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con este fin son inadmisibles (1).

Esta decisión, que ha sido adoptada por unanimidad, marca un hito en la jurisprudencia constitucional alemana acerca de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno (2), jurisprudencia que, al igual que la del Tribunal constitucional italiano, presenta un interés especial en España en razón de la

(*) Catedrático de la Universidad de Granada; Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Subdirector de la Revista.

(**) Dr. iur.; M. A.; Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(1) 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, p. 339. Los fundamentos de derecho de esta decisión se publican en este mismo número de la Revista. La decisión en cuestión ha sido objeto de un comentario por parte de BARO LEON, J. M.: «Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional», REDA, 1987, p. 277.

(2) Sobre la situación de la jurisprudencia alemana (no sólo constitucional) antes de esta decisión vld. STEIN, T.: «La jurisprudencia de los tribunales alemanes en relación con el derecho comunitario europeo», RIE, 1982, p. 785.

existencia de una jurisdicción constitucional concentrada y de significativas analogías entre los sistemas constitucionales que hacen probable que problemas idénticos o semejantes a los resueltos por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano puedan plantearse algún día ante el Tribunal Constitucional español.

En lo que se refiere particularmente a la Ley Fundamental de Bonn, hay que destacar, en primer lugar, que la apertura del ordenamiento jurídico alemán al ordenamiento comunitario encuentra su fundamento en el artículo 24, apartado 1 («El Bund puede transferir por Ley derechos de soberanía a instituciones interestatales»), disposición comparable a la del artículo 93 de la Constitución española. Los posibles límites de esta apertura están determinados, al menos de forma indirecta, por el artículo 79, apartado 3, que proscribiera cualquier modificación de la Ley Fundamental que afecte a la estructura federal o a los principios proclamados en los artículos 1 y 20, disposición en cierto modo análoga al artículo 168 de la Constitución española, si bien, por una parte, esta última se limita a establecer requisitos especiales para determinadas modificaciones constitucionales sin prohibirlas absolutamente, y, por otra parte, tiene un ámbito de aplicación más amplio en la medida en que su especial protección abarca todo un catálogo de derechos fundamentales y de libertades públicas, en tanto que la aludida disposición de la Constitución alemana no se refiere al catálogo de derechos fundamentales, sino sólo a los principios de dignidad de la persona humana y de vinculación de todos los órganos del Estado por los derechos fundamentales.

En ambas Constituciones la protección de los derechos fundamentales de la persona está considerablemente reforzada por la institución del recurso de amparo (artículo 161, apartado 1, b de la Constitución española; artículo 93, apartado 1, número 4 a de la Ley Fundamental: «Verfassungsbeschwerde»), que puede ser interpuesto por violación, entre otros, del derecho al «juez legal» (artículo 101, apartado 1 de la Ley Fundamental) o al correspondiente derecho «al juez ordinario predeterminado por la Ley» previsto por el artículo 24, apartado 2 de la Constitución española (3).

Finalmente, desde el punto de vista del objeto del presente trabajo, debe destacarse el paralelismo existente entre las jurisdicciones constitucionales alemana y española en lo que se refiere al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad previsto por el artículo 100, apartado 1 de la Ley Fundamental y por el artículo 163 de la Constitución española.

Desde una perspectiva más general, conviene poner de relieve que la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986 pone fin —sin perjuicio de ciertas reservas a las que después se aludirá— a una discrepancia fundamental entre la jurisprudencia constitucional alemana y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, puesta en relación con la evolución de la jurisprudencia constitucional italiana, constituye un factor adicional de progresiva convergencia de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales existentes en

(3) En realidad, el derecho al «juez legal» reconocido por la Constitución alemana incluye también elementos que en la Constitución española se integran en el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales reconocido por el artículo 24, apartado 1.

la Comunidad con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que a las relaciones entre el sistema jurídico comunitario y los sistemas jurídicos nacionales se refiere (4).

2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

La jurisprudencia constitucional alemana en esta materia se inicia ya en el año 1967 con una decisión (5) que expresamente subraya la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno, concebidos como dos ordenamientos jurídicos distintos y autónomos. Reconoce el carácter de «fuente jurídica autónoma» al derecho comunitario, dotado de su propio sistema de protección jurisdiccional, y deduce de la naturaleza jurídica de la Comunidad que los actos de los órganos comunitarios no son actos del poder público alemán, por lo que un «recurso de amparo» («Verfassungsbeschwerde») inmediatamente dirigido contra tales actos es inadmisibile.

En una decisión de 1971 (6) se reconoce la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de rango infraconstitucional y se atribuye a los tribunales ordinarios plena competencia para examinar la compatibilidad de la legislación interna con el derecho comunitario y, en su caso, declararla inaplicable, excluyendo, en cambio, que tales casos puedan ser reservados al Tribunal Constitucional por la vía de las cuestiones de inconstitucionalidad (7).

En el año 1974 se produce el famoso «Solange-Beschluss» (8), decisión que resuelve algunas de las cuestiones que había dejado abiertas la jurisprudencia anterior en un sentido claramente negativo en relación con la autonomía, primacía y aplicación uniforme del derecho comunitario. El contenido esencial de esta decisión se sintetiza en el siguiente párrafo, muchas veces citado:

(4) En efecto, si con la decisión de 1986 el Tribunal Constitucional resuelve el problema que el Tribunal Constitucional italiano ya había zanjado en 1973 (vid. infra, consideraciones finales), en cambio la competencia del juez ordinario para inaplicar la ley interna contraria al derecho comunitario ya fue reconocida por el Tribunal Constitucional alemán en 1971, mientras que el Tribunal Constitucional italiano mantuvo una posición divergente hasta que en 1984 modificó radicalmente su jurisprudencia sobre este punto (vid. infra, notas 6 y 7 y texto correspondiente).

(5) *BVerfGE* 22, p. 293. Vid. una traducción española de esta decisión en *BJC*, 1986, p. 122.

(6) *BVerfGE* 31, p. 145.

(7) En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional italiano desde 1984: sentencia núm. 170 de 8 de junio de 1984, *Granital*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1098; cfr. también la sentencia núm. 113 de 19 de abril de 1985, *B.E.C.A.*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, p. 694. La sentencia de 8 de junio de 1984 ha supuesto un giro radical en relación con la posición tradicional sobre este punto de la jurisprudencia constitucional italiana, que chocaba frontalmente con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Vid. al respecto PINELLI, C.: «La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de derecho comunitario: puntos de partida para su reconstrucción», *RIE*, 1983, p. 63, en pp. 65 y ss.

(8) *BVerfGE* 37, p. 271. Vid. una traducción española de esta decisión, con un comentario de U. LOPEZ GARRIDO, en *BJC*, 1986, p. 247. La denominación de esta decisión como decisión «en tanto que» hace referencia al contenido de su párrafo fundamental.

«En tanto que el proceso de integración de la Comunidad no haya alcanzado el estadio de que el derecho comunitario también esté dotado de un catálogo de derechos fundamentales aprobado por un Parlamento y con vigencia efectiva, que corresponda al catálogo de derechos fundamentales establecido en la Ley Fundamental, es admisible y preceptivo que un Tribunal de la República Federal de Alemania, después de haber recabado la decisión del Tribunal de Justicia europeo prevista en el artículo 177 del Tratado, suscite ante el Tribunal Constitucional Federal el procedimiento de control de normas, si considera que el precepto relevante del derecho comunitario según la interpretación dada por el Tribunal de Justicia europeo es inaplicable por entrar en colisión con uno de los derechos fundamentales reconocido en la Ley Fundamental.»

En la fundamentación de esta decisión se reitera la jurisprudencia anterior sobre la autonomía del derecho comunitario, pero se habla también, con respecto a las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno constitucional, de la obligación de todos los órganos competentes, en particular del Tribunal Comunitario y del Tribunal Constitucional alemán, de cuidar de «la concordancia de ambos ordenamientos jurídicos en su jurisprudencia». Por otra parte, se niega de forma expresa que el derecho comunitario tenga primacía con carácter general sobre el derecho constitucional, si bien las afirmaciones del Tribunal Constitucional se limitan al ámbito de las relaciones entre el derecho comunitario derivado y los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

El Tribunal Constitucional afirma que el artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental no abre la vía a una modificación de la estructura fundamental de la Constitución, a la que pertenece la parte relativa a los derechos fundamentales. En el estadio actual de integración de la Comunidad, sin un Parlamento elegido y sin un catálogo codificado de derechos fundamentales, surge una «colisión» que tiene carácter «provisional».

Ciertamente el Tribunal Constitucional Federal no se considera competente para decidir acerca de la validez o invalidez de un precepto de derecho comunitario, pero sí para declarar tal precepto inaplicable por las autoridades o tribunales alemanes en la medida en que entre en colisión con un derecho fundamental protegido por la Constitución. Esta solución se justifica porque los actos alemanes de ejecución constituyen ejercicio del poder del Estado alemán sometido a la Ley Fundamental. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal ha de proteger los derechos fundamentales bien por la vía del «recurso de amparo» («Verfassungsbeschwerde») —en cuyo caso el recurso no se dirige contra la norma comunitaria, sino contra el acto de la autoridad jurisdiccional o administrativa alemana de ejecución de aquélla—, bien en virtud de una «cuestión de inconstitucionalidad» planteada por un tribunal con arreglo al artículo 100, apartado 1 de la Ley Fundamental, en cuyo caso el procedimiento de control de normas necesita sólo de «algunas modificaciones», puesto que el Tribunal Constitucional Federal ha de limitarse a declarar inaplicable la norma comunitaria que entra en colisión con el derecho fundamental constitucionalmente garantizado sin pronunciarse sobre su validez.

Esta decisión, de la que disintieron tres magistrados (9), fue muy criticada por la mayor parte de la doctrina (10).

La jurisprudencia constitucional posterior comenzó a ofrecer indicios claros de rectificación a partir de 1979. En primer lugar, en una decisión de 25 de julio de 1979 (11), en la que declaró inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con ciertos artículos del Tratado constitutivo de la CEE, dejó expresamente abierta la cuestión de la vigencia de los principios establecidos en la decisión de 1974. Dos años más tarde, en dos decisiones relativas a actos de la organización internacional EUROCONTROL (12), pero susceptibles de proyección sobre el derecho comunitario derivado, el Tribunal Federal Constitucional relativizó considerablemente sus exigencias de homogeneidad estructural para la protección de los derechos fundamentales, reconociendo como suficientes sistemas de protección jurisdiccional distintos del existente en relación con los actos del poder público alemán y subrayando la necesidad de conservar la capacidad de integración y negociación internacional de la República Federal de Alemania.

El camino hacia la decisión de 1986 quedó ya expedito a partir del auto dictado en 1983 por una sección de la Sala II (13) que declaró inadmisibile un recurso por carecer de perspectivas razonables de prosperar basándose en consideraciones que, aunque no resuelven de forma definitiva la cuestión, contienen ya afirmaciones que habrían de reproducirse literalmente en la decisión de 1986.

3. ANTECEDENTES DE LA DECISION DE 26 DE OCTUBRE DE 1986

Los hechos que dan origen a esta decisión se remontan ya al año 1976, época en la que, sobre la base de medidas de salvaguardia establecidas por un Reglamento de la Comisión de las Comunidades Europeas, se denegó a la empresa recurrente una licencia de importación para champiñones en conserva procedentes de Taiwan. La empresa en cuestión recurrió a la vía contencioso-administrativa y alegó la ilegalidad de las medidas de salvaguardia adoptadas por la Comisión. El Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo («Bundesverwaltungsgericht») planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual declaró el Reglamento en cuestión conforme a derecho (14).

En la continuación del proceso ante el Tribunal alemán, la recurrente alegó, sobre todo, la violación de su «derecho a ser oída por el juez» en la medida en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no había tomado suficientemente en consideración las estadísticas que había presentado. Por ello pretendió que el Tribunal alemán plantease de nuevo una cuestión prejudicial al Tribunal Europeo o bien que, sobre la base de la doctrina establecida en la decisión del

(9) BVerfGE 37, p. 291.

(10) Vid. una referencia completa de las distintas posiciones doctrinales en HILF, M.: «Solange II: Wie lange noch Solange?», EuGRZ, 1987, p. 1, notas 3 y 5.

(11) BVerfGE 52, p. 187, en pp. 202 y s.

(12) BVerfGE 58, p. 1; 59, p. 63.

(13) NJW, 1983, p. 1258.

(14) Sentencia de 6 de mayo de 1982, Wünsche, 126/81, Rec. 1982, p. 1479.

Tribunal Constitucional Federal de mayo de 1974, suscitase ante éste una cuestión de inconstitucionalidad. Estas pretensiones fueron desestimadas por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, cuya resolución fue objeto del recurso planteado ante el Tribunal Constitucional Federal.

Desde el punto de vista procesal la recurrente alegaba fundamentalmente la violación de su derecho a la garantía del «juez legal» (artículo 101, apartado 1 de la Ley Fundamental) y a ser oída por el juez (artículo 103, apartado 1), poniendo en relación estos preceptos de la Constitución alemana con la obligación de los Tribunales de última instancia de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en virtud del artículo 177, apartado 3 del Tratado constitutivo de la CEE. Por otra parte, alegaba también violaciones de derechos fundamentales de carácter sustantivo.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso. Por una parte, consideró que el derecho fundamental al «juez legal» no había sido violado, ya que si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe ser considerado como «juez legal» en el sentido del artículo 101 de la Ley Fundamental, la negativa del «Bundesverwaltungsgericht» a suscitar nuevamente una cuestión prejudicial no era una decisión arbitraria. Por otra parte, en cuanto a la pretendida violación de derechos fundamentales por la decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, consideró que se trata de una alegación inadmisibles como motivo de inconstitucionalidad «en tanto que» la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad siga siendo equivalente a la de la Ley Fundamental.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO «JUEZ LEGAL»

En una decisión anterior el Tribunal Constitucional Federal había dejado expresamente abierta la cuestión del reconocimiento del Tribunal de las Comunidades Europeas como «juez legal» (15) en el sentido de la Constitución alemana, pero la mayor parte de la doctrina alemana ya se había pronunciado en este sentido (16).

En la decisión que comentamos se subraya la condición judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con referencia a las garantías institucionales del Tratado constitutivo de la CEE, del Estatuto del Tribunal y del Reglamento de procedimiento. Se resalta que actúa sobre la base y en el marco de competencias y procedimientos normativamente determinados y se pone especial énfasis en la independencia judicial, garantizada por el estatuto de sus miembros, y en que el procedimiento ante el Tribunal garantiza el derecho a ser oído, con posibilidades procesales de acción y defensa adecuadas al objetivo del procedimiento.

Igualmente destacables son las consideraciones relativas a la «imbricación funcional» del Tribunal Europeo con la jurisdicción de los Estados miembros y del

(15) BVerfGE 29, p. 198, en p. 207; 31, p. 145, en p. 169.

(16) Vid. las referencias de VEDDER, CH.: «Ein neuer gesetzlicher Richter?», NJW, 1987, p. 526, en p. 527 nota 23.

ordenamiento jurídico comunitario con los ordenamientos jurídicos internos. Mientras que en el «Solange-Beschluss» de 1974 aún se afirmaba la separación básica entre el derecho comunitario y el derecho interno (17), ahora, como ya se había hecho casi con las mismas palabras en la decisión de 1979 a la que antes se ha hecho referencia (18), se destaca con especial énfasis que estos ordenamientos «no se encuentran comunicados y aislados, sino que están abiertos a múltiples referencias mutuas, imbricaciones e influencias recíprocas». Muestra especialmente clara de esta cooperación es el procedimiento prejudicial previsto por el artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE, que prevé una «facultad de decisión definitiva» del Tribunal de Justicia de las Comunidades a fin de garantizar en lo posible una interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario por todos los tribunales en el ámbito de validez del Tratado CEE, todo ello en interés «de la integración, de la seguridad jurídica y de la igualdad en la aplicación del derecho» (19).

Con carácter complementario el Tribunal Constitucional se refiere a la obligación de cooperación de los Estados miembros en virtud del artículo 5, apartado 1 del Tratado CEE: la inclusión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en el ejercicio de su competencia prejudicial— dentro del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1 de la Ley Fundamental es congruente con esa obligación, que el Tribunal Constitucional caracteriza como una auténtica obligación jurídica de naturaleza internacional.

Una vez reconocida la naturaleza judicial del Tribunal de las Comunidades Europeas y su inserción funcional —en el ejercicio de su competencia prejudicial— en la jurisdicción nacional alemana, quedaba solamente un obstáculo para la aplicación de la garantía del «juez legal» a la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 177, párrafo 3 del Tratado CEE: la configuración del proceso prejudicial como un incidente, en el que las partes del proceso principal carecen de pretensiones propias y que sirve preferentemente a la interpretación, aplicación y control de validez del derecho comunitario. El Tribunal Constitucional supera fácilmente este obstáculo destacando que el proceso prejudicial es un «elemento de un litigio unitario, para cuya solución es determinante la respuesta a la cuestión prejudicial en la medida en que ésta sea relevante».

A pesar de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional estimó que en el caso concreto no hubo violación del derecho de la recurrente al «juez legal», porque el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo no se consideró obligado a suscitar nuevamente incidente prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la base de apreciaciones «exentas de arbitrariedad».

El criterio de la arbitrariedad ha sido elaborado por el Tribunal Federal Constitucional en relación con el artículo 101, apartado 1 de la Ley Fundamental a fin de evitar que los recursos basados en la lesión de este derecho fundamental al «juez

(17) BVerfGE 37, p. 278.

(18) BVerfGE 52, p. 200.

(19) El Tribunal Constitucional Federal cita al respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (BVerfGE 73, p. 368). M. HILF ha señalado que el «Solange-Beschluss» de 1974 había ignorado estos elementos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario, que ahora el propio Tribunal Constitucional Federal destaca (op. cit., p. 4).

legal» se convirtiesen, en palabras de autorizados comentaristas de la Constitución alemana, en un «super recurso» para la revisión de pequeñas infracciones de procedimiento (20).

La utilización del mismo criterio en una situación en la que de lo que se trata es de aplicar la garantía del «juez legal» al cumplimiento por los Tribunales alemanes de última instancia de la obligación que tienen de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en virtud del artículo 177 del Tratado resulta cuestionable, sin perjuicio de la corrección del análisis llevado a cabo en el caso concreto. En efecto, la constelación de intereses en este tipo de supuestos es totalmente distinta: cualquier incumplimiento por parte de un Tribunal de última instancia de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales constituye un incumplimiento del Tratado imputable al Estado aun en el caso de que no pueda ser calificado como «arbitrario» (21).

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional Federal ha reconocido la necesidad de proceder a un control más amplio, que desborda el control ordinario de conformidad con el derecho constitucional, a fin de evitar «violaciones del derecho internacional resultantes de una aplicación defectuosa o de un incumplimiento de normas jurídicas internacionales por los tribunales alemanes susceptibles de dar lugar a la responsabilidad internacional de la República Federal de Alemania» (22).

Se ha sugerido por ello que sería deseable que el Tribunal Constitucional Federal fuese más allá de un control de arbitrariedad para examinar si se ha incumplido la obligación de suscitar la cuestión prejudicial (23), para lo cual podría inspirarse en los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria (24). Cabe, sin embargo, estimar que puede alcanzarse un resultado equivalente mediante una aplica-

(20) MAUNZ, T. en MAUNZ/DUERIG y otros: *Grundgesetz, Kommentar*, Munich, 1958/1987, artículo 101, núms. 50 y s.

(21) Vid. EVERLING, U.: *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1986, p. 78; PESCATORE, P.: «Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag und die Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten», *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1987, p. 68, en p. 71; NICOLAYSEN, G.: «Vertragsverletzung durch mitgliedstaatliche Gerichte», *EuR*, 1985, p. 368, en pp. 373 y s.

(22) Estas afirmaciones se encuentran en las dos decisiones relativas a EUROCONTROL a las que se ha hecho previamente referencia: *BVerfGE* 58, p. 34; 59, p. 89.

(23) HILF, M., *op. cit.*, pp. 5 y s.

(24) En la sentencia de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, 283/81, *Rec.* 1982, p. 3415), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha exceptuado solamente de la obligación de suscitar el incidente prejudicial tres tipos de supuestos: 1) aquellos en los que el tribunal nacional haya constatado que la cuestión planteada no es pertinente; 2) aquellos en los que la disposición comunitaria en cuestión ya haya sido objeto de interpretación por parte del propio Tribunal de Justicia; 3) aquellos en que la aplicación correcta del derecho comunitario se imponga con una evidencia tal que no deje lugar a ninguna duda razonable; sin embargo, la existencia de semejante eventualidad debe ser evaluada en función de las características propias del derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia dentro de la Comunidad. El Tribunal ha precisado que, para que un órgano jurisdiccional nacional pueda considerar que no existe ninguna duda razonable en cuanto a la aplicación del derecho comunitario, es preciso que dicho órgano jurisdiccional esté en condiciones de estimar que la misma solución se impondría con la misma claridad a cualquiera de los órganos jurisdiccionales de los restantes Estados miembros y al Tribunal de Justicia.

ción rigurosa del criterio de la arbitrariedad en el sentido de que la omisión de suscitar el incidente prejudicial sólo se considere «exenta de arbitrariedad» en los supuestos en los que esté objetivamente justificada (25).

5. EL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

A pesar del importante giro jurisprudencial que la decisión de 1986 supone en relación con la línea definida en el «Solange-Beschluss» de 1974, el punto de partida sigue siendo el mismo: el artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental no permite cuestionar la identidad del orden constitucional vigente en la República Federal de Alemania mediante una modificación de sus rasgos fundamentales y de sus estructuras esenciales (26).

Sobre esta base se desarrolla, sin embargo, una argumentación más matizada que permite percibir un cambio de concepción de las posibilidades y límites de la citada disposición de la Constitución alemana. Así, mientras que en 1974 se había afirmado como un aspecto esencial e irrenunciable de la Constitución la «parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales» (27), este aspecto esencial e irrenunciable queda ahora reducido a los «principios jurídicos que están en la base de la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales». Del mismo modo, mientras que en 1974 se exigía que la protección de estos derechos se correspondiese con el catálogo constitucional de derechos fundamentales (28), se habla ahora sencillamente de una protección de los derechos fundamentales que sea «equivalente en lo esencial» a la Ley Fundamental. De este modo, aun cuando no haya referencia alguna al artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental, es legítimo pensar que los límites de la competencia transferible en virtud del artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental se identifican con los elementos de la Constitución que el citado artículo 79, apartado 3 sustrae a la posibilidad de revisión constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal, después de recordar brevemente el contenido de la decisión de 1974, formula una serie de consideraciones relativas al standard alcanzado en materia de protección de derechos humanos en el ámbito comunitario que constituyen una de las novedades más significativas con respecto a la decisión anterior. El Tribunal Constitucional considera en efecto que entre tanto se ha alcanzado en el ámbito comunitario un nivel de protección de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente al standard de la Ley

(25) En este sentido VEDDER, *op. cit.*, pp. 530 y s.; KALBE, P.: «Keine nationalen Rechtsmittel gegen Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987, p. 455, en pp. 457 y s. En sentido contrario WILKE, A.: «Der "neue" gesetzliche Richter», *Bayrische Verwaltungsblätter*, 1987, pp. 586 y ss.

(26) El artículo 11 de la Constitución Italiana —disposición equivalente— ha sido interpretado en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional Italiano. Vid. LA PERGOLA, A. y DEL DUCA, P.: «Community Law, International Law and the Italian Constitution», *AJIL*, 1985, p. 598, en pp. 610 y ss.

(27) *BVerfGE* 37, p. 280.

(28) *BVerfGE* 37, p. 285.

Fundamental en cuanto a su concepción, contenido y efectos. «Todos los órganos principales de la Comunidad han reconocido desde entonces en forma jurídicamente relevante que en el ejercicio de sus facultades y en la prosecución de los objetivos comunitarios han de guiarse, como obligación jurídica, por el respeto de los derechos fundamentales, tal como resultan, en particular, de las **Constituciones de los Estados miembros y del Convenio europeo de derechos humanos**», sin que exista ningún elemento convincente para estimar que el standard jurídico comunitario en materia de derechos humanos no esté suficientemente consolidado y sea de naturaleza simplemente transitoria.

Estas opiniones encuentran su justificación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la protección de los derechos fundamentales, que es objeto de un detenido análisis por parte del Tribunal Constitucional Federal, el cual destaca que esa jurisprudencia ha reconocido a los derechos fundamentales como elemento integrante de los «principios jurídicos generales del derecho comunitario» derivados de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» y del Convenio europeo de derechos humanos.

De otro lado, la decisión comentada cita textualmente la Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión de 5 de abril de 1977 (29) y la Declaración sobre la democracia del Consejo Europeo de 7 y 8 de abril de 1978 (30), declaraciones que, aunque carezcan de «naturaleza formal de derecho convencional» y a pesar de que la Comunidad como tal no sea parte en el Convenio europeo de derechos humanos, son instrumentos «jurídicamente relevantes» y ello «tanto desde el punto de vista comunitario interno como también en las relaciones de la Comunidad con sus Estados miembros». El Tribunal Constitucional Federal basa esta relevancia jurídica en que los mencionados actos «manifiestan formalmente la opinión jurídica concordante de los Estados contratantes y de los órganos de la Comunidad», por lo que, «en cuanto inequívoca manifestación de intención respecto de la aplicación de los tratados comunitarios, también son relevantes desde el punto de vista jurídico internacional para la determinación del contenido de estos tratados».

El Tribunal Constitucional Federal ha sabido superar con elegancia la dificultad planteada por las exigencias de homogeneidad estructural que parecía implicar su decisión de 1974 al referirse a la inexistencia en la Comunidad de un Parlamento democráticamente elegido y dotado de competencias legislativas. A este respecto, se destaca, en primer lugar, que todos los Estados miembros de la Comunidad han hecho aprobar por sus Parlamentos la manifestación del consentimiento en obligarse por el Convenio europeo de derechos humanos; en segundo lugar, la Declaración Común del 5 de abril de 1977 es valorada como un «suficiente reconocimiento parlamentario de un catálogo de derechos fundamentales dotado de vigencia efectiva». Finalmente, y sobre todo, se pone énfasis en que las fórmulas utilizadas a este respecto en la decisión de 1974 no han de ser entendidas como un «requisito constitucional» sino simplemente como un «elemento de descripción

(29) JOCE, C 103 de 27 de abril de 1977, p. 1.

(30) Bol. CE 3-1978, p. 5.

del estadio de la integración existente en aquel momento» (31). Estas explicaciones, destinadas a salvar la continuidad jurisprudencial entre la decisión de 1974 y la de 1986, no impiden apreciar que el centro de gravedad de las garantías de los derechos fundamentales ha quedado desplazado en esta última decisión del ámbito parlamentario al de la protección jurisdiccional.

El carácter netamente favorable al proceso de integración comunitaria de la decisión comentada queda relativamente atenuado por una reserva final, que curiosamente se introduce, como la famosa reserva temporal de 1974, por las palabras «en tanto que» («solange»), aunque esta vez el sentido de la reserva sea de signo opuesto: se trata de la afirmación de principio según la cual la abstención del Tribunal Federal Constitucional de enjuiciar la conformidad de los actos comunitarios con las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales y la consiguiente inadmisibilidad de cuestiones de inconstitucionalidad dirigidas a obtener este enjuiciamiento están condicionadas por el mantenimiento de un nivel de protección adecuado de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario.

En el próximo apartado del presente trabajo trataremos de explicar el sentido de la reserva y haremos algunas reflexiones críticas al respecto.

6. EL SENTIDO DE LA RESERVA SUBSISTENTE: «EN TANTO QUE...»

Es claro que, al afirmar que se abstendrá de ejercer jurisdicción en relación con la compatibilidad de los actos comunitarios con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, el Tribunal Constitucional Federal estima que tiene jurisdicción para ello. Por consiguiente hay que entender que en este punto siguen vigentes las consideraciones que en 1974 llevaron al Tribunal Constitucional Federal a afirmar su competencia. La diferencia radica en que en 1974 esa competencia se ejercía, mientras que a partir de 1986 deja de ejercerse.

Nos encontramos, por tanto, ante una confirmación de los principios de la decisión de 1974 (32) en la medida en que, desde el punto de vista jurídico material, la aplicación del derecho comunitario derivado en la República Federal de Alemania sigue sometida a las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales, si bien esa sumisión no se actualiza procesalmente en tanto sigan dándose ciertas condiciones en el orden comunitario.

El gran giro jurisprudencial con respecto a la Decisión de 1974 radica, por tanto, fundamentalmente en la consideración de que «entre tanto» (33) las condiciones exigidas se consideran cumplidas. Naturalmente el alcance práctico de este giro jurisprudencial resulta decisivo, toda vez que parece difícilmente imagi-

[31] En su momento esta interpretación de la decisión de 1974 ya había sido propugnada por FROWEIN, J. A.: «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübinga, 1976, vol. 2, p. 187, en p. 211.

[32] Sobre este punto vld. el comentario de RUPP, H. H. en *Juristenzeitung*, 1987, p. 241.

[33] H. P. IPSEN ha llegado a proponer que, así como la decisión de 1974 era conocida como decisión «en tanto que», ésta se denomine decisión «entre tanto» («Mittlerwelle-Beschluss»): «Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik», *EuR*, 1987, p. 1.

nable que estas condiciones puedan dejar de darse y que el Tribunal Constitucional Federal tenga que volver a ejercer su competencia, sobre todo teniendo en cuenta que en la Decisión de 1986 se resalta que las exigencias constitucionales que deben ser respetadas por el derecho comunitario derivado son sólo las resultantes de aspectos estructurales fundamentales de la Constitución.

Por otra parte, importa igualmente destacar que el Tribunal Constitucional Federal ha utilizado cuidadosamente palabras matizadas que excluyen un control casuístico de las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales. Para volver a ejercer su jurisdicción necesitaría en realidad estar convencido de que la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hubiera dejado de ser suficiente «con carácter general». La decisión deja igualmente claro que el standard exigido en cuanto a la protección de los derechos fundamentales no necesita ser en cada caso el correspondiente a las exigencias particulares de la Constitución alemana, sino que se acepta un standard de protección correspondiente a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, al Convenio europeo de derechos humanos y a los objetivos del Tratado CEE.

En la doctrina alemana se han manifestado algunas voces que, aun aplaudiendo el resultado de esta decisión, han formulado en relación con ella ciertas críticas desde un punto de vista dogmático, y ello no sólo desde una perspectiva de ortodoxia comunitaria, sino también desde la propia del ordenamiento constitucional alemán.

En este sentido se ha puesto de relieve, de un lado, que el control de constitucionalidad del derecho comunitario derivado no es el único instrumento disponible para resolver un hipotético conflicto entre el derecho comunitario y los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, sino que la República Federal de Alemania en cuanto Estado miembro de la Comunidad está constitucionalmente obligada a velar, a través de su participación en el Consejo, por que el derecho comunitario derivado respete los derechos fundamentales (34). Si no lo consigue, debe recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en el supuesto hipotético de que éste dejase de otorgar un amparo adecuado a estos derechos, quedaría la solución drástica de una retirada progresiva de las Comunidades Europeas (35). Desde esta perspectiva la función del Tribunal Constitucional Federal sería la de controlar el cumplimiento por parte de los órganos federales de estas obligaciones constitucionales.

De otro lado, se ha puesto igualmente de relieve que, como ya manifestaron los magistrados disidentes de la Decisión de 1974 (36), la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional Federal para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derecho comunitario derivado sobre la base de cuestiones de

(34) Ya a propósito de la decisión de 1974 había hecho esta observación FROWEIN, J. A., *op. cit.*, pp. 205 y 213.

(35) Vid. en este sentido HILF, M., *op. cit.*, p. 5. En sentido contrario HEINZ, K. E.: «Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1987, p. 851, en p. 857.

(36) *BVerfGE* 37, pp. 300 y ss.

Inconstitucionalidad es incluso literalmente inconciliable con el texto del artículo 100, apartado 1 de la Ley Fundamental, ya que los actos comunitarios no pueden ser subsumidos en el concepto de «ley». Según esta opinión, el Tribunal Constitucional incurre así en una errónea aplicación analógica de la citada disposición (37).

7. CONSIDERACIONES FINALES

Está claro que a partir de la Decisión de 22 de octubre de 1986 las cuestiones de inconstitucionalidad que pudieran plantearse por los Tribunales alemanes en relación con el derecho comunitario derivado son inadmisibles. Ya lo eran según la decisión de 1967 los «recursos de amparo» («Verfassungsbeschwerden») planteados directamente en relación con actos jurídicos comunitarios. De la decisión que comentamos parece deducirse que también serán inadmisibles los «recursos de amparo» que, aun estando dirigidos contra actos del poder público alemán, se basen incidentalmente en la incompatibilidad de actos comunitarios con derechos fundamentales constitucionalmente protegidos (38). En cambio, siguen siendo admisibles los «recursos de amparo» que tengan por objeto la vulneración de derechos fundamentales por las autoridades alemanas con ocasión de la aplicación del derecho comunitario, siempre que no se plantee el control de constitucionalidad del acto comunitario aplicado (39).

Por otra parte, al considerar que la omisión arbitraria del planteamiento del incidente prejudicial en los supuestos en que tal planteamiento tiene carácter obligatorio en virtud del artículo 177 del Tratado CEE constituye una vulneración del derecho al «juez legal» susceptible de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional Federal aporta una importante contribución al efectivo cumplimiento por parte de los tribunales alemanes de esta obligación, cuya infracción está de otro modo desprovista de sanción. El alcance de esta sanción dependerá ciertamente de la concreción del criterio de la «arbitrariedad», pero desde luego no es probable que, por mucha amplitud que se dé al mismo, llegue a cubrir todas las hipótesis de infracción de la obligación prevista por el artículo 177 para los tribunales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso. No hay que olvidar, sin embargo, que la misión específica del Tribunal Constitucional Federal en el marco del «recurso de amparo» («Verfassungsbeschwerde») no es la de velar por el cum-

(37) Vid. HILF, M., *op. cit.*, p. 6; cfr. además KLEIN, E.: «Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974. Stellungnahme aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts», *ZaöRV*, 1975, p. 67, en pp. 74 y ss.; TOMUSCHAT, CH. «BVerfG contra EuGM - Friedensschluss in Sicht», *NJW*, 1980, p. 2611, en p. 2613.

(38) Cfr. RUPP, H. H., *op. cit.*, p. 242. Curiosamente este mismo autor sostiene que, al renunciar el Tribunal Constitucional Federal al ejercicio de esa competencia, la misma revierte a los tribunales ordinarios. Semejante opinión se contradice con el monopolio de control de la validez de los actos comunitarios que el propio Tribunal Constitucional reconoce al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Cfr. también STEIN, T.: «Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986 zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung des abgeleiteten europäischen Gemeinschaftsrechts am Massstab des Grundgesetzes (Solange II - Beschluss)», *ZaöRV*, 1987, p. 279, en p. 285.

(39) Cfr. HILF, M., *op. cit.*, p. 6.

plimiento de las obligaciones comunitarias del Estado, sino la de tutelar los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

Estimamos que, desde el punto de vista de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho constitucional alemán, la Decisión de 2 de octubre de 1986 debe ser valorada muy positivamente a pesar de que la reserva que contiene no sea conciliable con la concepción de la primacía del derecho comunitario que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (40).

Es interesante comparar esta reserva con la expresada por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 27 de diciembre de 1973, en la cual se afirma lo siguiente:

«... las disposiciones precisas y particulares del tratado ofrecen unas garantías seguras, de tal modo que parece difícil representarse incluso de forma abstracta el caso de que un reglamento comunitario pudiera tener una incidencia en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticas, como consecuencia de disposiciones contrarias a la Constitución italiana. Apenas es necesario añadir que, sobre la base del artículo 11 de la Constitución no se han autorizado limitaciones de soberanía más que para perseguir las finalidades que allí se indican; hay que excluir por tanto que estas limitaciones, concretamente precisadas en el Tratado de Roma —firmado por países cuyos ordenamientos jurídicos se inspiran en los principios del Estado de derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos— puedan, de alguna manera, llevar consigo, para las instituciones de la CEE un poder inadmisiblemente de violar los principios de nuestro ordenamiento jurídico constitucional o los derechos inalienables de la persona humana. Es evidente que si se debiera dar una interpretación tan aberrante..., la garantía del control jurisdiccional de este Tribunal sobre la compatibilidad constante del Tratado con los principios fundamentales susodichos estaría, en este caso, siempre asegurada. Por el contrario, hay que excluir que este Tribunal pueda controlar ciertos reglamentos, habida cuenta de que el artículo 134 de la Constitución no concierne sino al control de constitucionalidad con respecto a leyes y a actos que tengan fuerza de ley, del Estado y de las regiones, y..., no es éste el caso de los reglamentos comunitarios» (41).

Si, desde un punto de vista de dogmática jurídica, la reserva del Tribunal Constitucional italiano difiere de la del alemán en la medida en que excluye radicalmente el control de constitucionalidad de derecho comunitario derivado y designa como objeto de su hipotético control a la ley que autorizó la ratificación del Tratado en

[40] En especial la sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa/E.N.E.L., 6/64, Rec. 1964, p. 1141), el auto de 22 de junio de 1965 (San Michele, 9/65, Rec. 1967, p. 35) y la sentencia de 17 de diciembre de 1970 (Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. 1970, p. 1125). Vid. RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Los efectos internos del derecho comunitario», *Documentación Administrativa*, 201 (julio-septiembre 1984), p. 49, en pp. 74 y ss.

[41] Sentencia núm. 183, Frontini, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2401.

el caso de que éste hubiera de recibir una interpretación aberrante, desde el punto de vista de su significación esencial una y otra reserva tienen realmente el mismo sentido: son expresión del hecho de que, en el estadio actual de la integración europea, caracterizado en el plano jurídico por la relativa autonomía recíproca de los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario a pesar de sus múltiples imbricaciones, y por la separación de sus órganos jurisdiccionales, que no se integran en una relación jerárquica, el conflicto radical entre las exigencias del ordenamiento comunitario y las de la Constitución de cada Estado miembro de la Comunidad no es susceptible de solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el derecho comunitario como el derecho constitucional nacional se autoafirman con una pretensión de primacía.

Ahora bien, los términos en que estas reservas están formuladas ponen, al mismo tiempo, de relieve el carácter meramente hipotético de ese conflicto radical entre Constitución y derecho comunitario, ya que éste último asume como elemento propio los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, y, en particular, los relativos a la protección de los derechos fundamentales de la persona, en cuya tutela efectiva por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han manifestado su confianza los Tribunales Constitucionales de Italia y de Alemania.

ADDENDUM

En una nueva decisión (2 BvR 687/85) fechada el 8 de abril de 1987, pero hecha pública en octubre de este año, cuando el presente estudio se encontraba ya en prensa, el Tribunal Constitucional Federal ha anulado la discutida sentencia del «Bundesfinanzhof» (Tribunal Federal de lo Contencioso Tributario) de 25 de abril de 1985 por infracción de la garantía constitucional del juez legal. En esta decisión el Tribunal Constitucional Federal aplica el criterio de arbitrariedad elaborado en la sentencia que es objeto del presente estudio y considera que el «Bundesfinanzhof», al haberse apartado de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en una sentencia prejudicial dictada en el mismo asunto a instancia del Tribunal inferior sin haber planteado de nuevo cuestión prejudicial, ha actuado arbitrariamente y, por consiguiente, ha infringido el derecho al juez legal reconocido por la Constitución. La decisión en cuestión tiene además especial interés porque el Tribunal Constitucional Federal toma posición acerca de la controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la «eficacia directa» de las directivas comunitarias y afirma que esta doctrina se mantiene dentro de los límites de desarrollo jurisprudencial del derecho aceptables en virtud de la transferencia de competencias operada sobre la base del artículo 24, apartado 1 de la Ley Fundamental en favor de la Comunidad.

**COMMUNITY LAW, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONALITY:
The Decision of the German Federal Constitutional Court of
22 October 1986**

ABSTRACT

By judgement of 22 October 1986, the German Federal Constitutional Court has recognized the Court of Justice of the European Communities as «legal judge» within the meaning of the German Constitution (Basic Law). Moreover, it declared that the procedural law of the Court of Justice satisfies the requirements of the rule of law, and it decided that, as long as the European Communities, especially the case law of the Court of Justice, guarantee effective protection of fundamental rights against the Community authorities, essentially comparable with such protection under the Basic Law, the Federal Constitutional Court will not exercise its jurisdiction with regard to the applicability of secondary Community law invoked as the legal basis of measures taken by German authorities or tribunals and will in future not assess such law against fundamental rights laid down in the Basic Law.

This decision is a landmark in German constitutional case law concerning the relationship between Community law and national law, case law which, like that of the Italian Constitutional Court, is of special interest for Spain because of significant parallels between the constitutional systems.

The decision noted here puts an end to a fundamental discrepancy between German constitutional case law and that of the Court of Justice and, taken with developments in Italian constitutional case law, shows a significant degree of convergence of the respective lines of authority.

After asserting, in the well-known decision of 1974, jurisdiction to assess secondary Community law against German fundamental rights, «as long as» an effective bill of rights had not been adopted at Community level by a Parliament, and having given hints, as early as 1979, 1981 and 1983, of modifying its case law, the German Constitutional Court has now reversed its «as long as» decision, withholding its jurisdiction, «as long as» the protection of fundamental rights at Community level is essentially and as a general rule the same as that considered indispensable by the Basic Law.

The foundations of the 1974 decision, i.e. the assertion of such competence, were confirmed in the 1986 decision. The change of course consists rather in the assumption that «meanwhile» the requirements laid down in 1974 and now formulated in a more flexible way have been fulfilled.

Therefore, as regards the relationship between Community law and German constitutional law, the 1986 decision should be welcomed even though the proviso which has been maintained is irreconcilable with the concept of primacy of Community law developed by the Court of Justice. The conflicting requirements of the Community legal order and those of the Member States' Constitutions, each side claiming priority, cannot be solved in a logically satisfactory manner. That is why the *Italian Constitutional Court* in its 1973 decision also reserved (albeit in a different way, i.e. assessment of constitutionality of the law ratifying the Treaties) the possibility of exercising jurisdiction in case of significant reduction of Community protection of fundamental rights.

By characterizing arbitrary failure (the concept of arbitrariness needing further elaboration in later decisions) to request a preliminary ruling in cases in which Article 177 of the EEC Treaty makes it compulsory as a violation of the fundamental right to a «legal judge» which can be challenged by way of application for review of constitutionality, the German Constitutional Court has made an important contribution to the fulfilment of this obligation by the German Courts, the non-compliance of which otherwise remains without sanction.

**DROIT COMMUNAUTAIRE, DROITS FONDAMENTAUX ET CONTROLE
DE CONSTITUTIONNALITE: La décision de la Cour constitutionnelle
fédérale allemande du 22 octobre 1986**

RESUMÉ

Par jugement du 22 octobre 1986, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu à la Cour de justice des Communautés européennes la qualité du «juge légal» au sens de la Constitution allemande (Loi fondamentale). De plus, elle a admis que le droit procédural de la Cour de justice satisfaisait aux conditions inhérentes à la notion d'Etat de droit et elle a décidé que, aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour de justice, garantiront, face à la puissance publique des Communautés, une protection efficace des droits fondamentaux, comparable, pour l'essentiel, à la protection de ces droits par la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale n'exercera plus sa juridiction à l'égard de l'applicabilité du droit communautaire dérivé invoqué en tant que fondement juridique des mesures prises par des autorités et tribunaux allemands et ne procédera donc plus au contrôle de ce droit au regard des droits fondamentaux de la Loi fondamentale.

Cette décision constitue une borne dans la jurisprudence constitutionnelle allemande en ce qui concerne les relations entre le droit communautaire et le droit interne, jurisprudence qui, comme celle de la Cour constitutionnelle italienne, présente un intérêt particulier pour l'Espagne en raison de parallèles significatifs entre les systèmes constitutionnels.

La décision commentée met fin à une divergence fondamentale entre la jurisprudence constitutionnelle allemande et celle de la Cour de justice et, avec l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne, constitue un facteur de convergence progressive de ces jurisprudences en la matière.

Après avoir assumé, avec la décision bien connue de 1974, la compétence de contrôle du droit communautaire dérivé vis-à-vis des droits fondamentaux allemands, «aussi longtemps» qu'une liste effective de droits fondamentaux n'était pas adoptée au niveau communautaire par un Parlement, et après avoir engagé une modifica-

tion de sa jurisprudence déjà en 1979, 1981 et 1983, la Cour constitutionnelle allemande a maintenant renversé la décision «aussi longtemps», en renonçant à cette compétence «aussi longtemps» que la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire sera pour l'essentiel et en règle générale la même que celle considérée comme indispensable par la Loi fondamentale.

Les fondements de la décision de 1974, à savoir l'affirmation d'une compétence de contrôle, ont donc été confirmés par la décision de 1986. Le grand changement de cap consiste plutôt dans la considération que les conditions exigées en 1974 et maintenant formulées d'une façon plus souple ont été «entre-temps» remplies.

Aussi, du point de vue des relations entre le droit communautaire et le droit constitutionnel allemand, la décision de 1986 doit-elle être vue positivement bien que la réserve maintenue ne soit pas conciliable avec la conception de la primauté du droit communautaire, élaborée par la Cour de justice. Le conflit entre les exigences de l'ordre juridique communautaire et celles des ordres constitutionnels des Etats membres n'est en effet pas susceptible de solution logiquement satisfaisante, chacun se voulant prioritaire. La Cour constitutionnelle italienne, dans sa décision de 1973, avait aussi réservé sa compétence en cas de dégradation importante de la protection communautaire des droits fondamentaux, mais d'une façon différente (contrôle de constitutionnalité de la loi de ratification des traités).

En considérant que l'omission arbitraire (le concept d'arbitraire restant à définir dans des décisions ultérieures) de poser une question préjudicielle, dans les cas où l'article 177 du traité CEE la rend obligatoire, est une violation du droit fondamental au «juge légal», susceptible de recours constitutionnel, la Cour constitutionnelle allemande a apporté une contribution importante à l'exécution de cette obligation par les tribunaux allemands, laquelle serait sans cette jurisprudence restée sans sanction.

