

# Hacia un *ius publicum commune* europeo

RICARDO ALONSO GARCÍA\*

«La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos», de manera que «independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su ordenamiento jurídico».

Son palabras bien conocidas del Tribunal de Justicia en el Caso 26/62, Van Gend en Loos.

Un año más tarde, en el Caso 6/64, Flaminio Costa, el Tribunal profundizaría en la idea del Derecho Comunitario como un nuevo ordenamiento jurídico al destacar que

...a diferencia de los tratados ordinarios, el Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Creando una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o de una transferencia de poderes de los Estados miembros a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, creando así un cuerpo de Derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos.

En definitiva, la Comunidad Europea y el Derecho producido en su seno constituyen un ordenamiento jurídico *sui generis*, distinto tanto del Derecho Internacional como de los Derechos de los Estados miembros en los que, no obstante, se integra.

\* Universidad Complutense de Madrid, Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario.

Visión ésta del Derecho Comunitario en cuanto ordenamiento jurídico autónomo proclamada a comienzos de la década de los sesenta que ha encontrado respaldo en las más altas jurisdicciones de los Estados miembros, dato éste de extrema importancia pues no debe olvidarse que es en los ordenamientos jurídicos nacionales donde encuentra no sólo su origen a través de las correspondientes cesiones de soberanía, sino también su propio destino por cuanto es en ellos donde está llamado a integrarse.

Desde una perspectiva estructural o institucional, la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en que la Comunidad, dotada de personalidad jurídica, cuenta con sus propias instituciones y órganos, habilitados para generar su propio Derecho conforme a sus propias reglas, todo ello bajo el control último de sus propios órganos jurisdiccionales, a saber, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia.

Y, desde una perspectiva sustantiva, hay que tener en cuenta que el alcance de ese Derecho en los Estados miembros se rige por principios también propios del sistema, básicamente por los de primacía y eficacia directa, completados en los últimos tiempos por los de seguridad jurídica y responsabilidad de los Estados frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del Derecho Comunitario, cuyo efecto último es modular e incluso desplazar las categorías jurídicas nacionales a través de categorías comunes europeas.

Al mismo tiempo, no obstante, las referidas perspectivas deben completarse con una visión del ordenamiento jurídico comunitario como sistema de integración, también desde una doble perspectiva.

Desde una perspectiva estructural o institucional, el ordenamiento comunitario requiere, verticalmente, el complemento de los Estados miembros, asociados al proceso normativo comunitario a través de la intervención de las autoridades públicas nacionales, ejecutoras del Derecho generado por las instituciones comunitarias, tanto en su vertiente de depuración del Derecho nacional con él incompatible, como de desarrollo de sus disposiciones que no sean *self-executing*; asociación que adquiere caracteres de papel estelar en la fase aplicativa de las disposiciones comunitarias, en la que las Administraciones nacionales actúan, como regla general, como brazo ejecutor bajo el control de los jueces nacionales, en su caso en estrecha colaboración con el Tribunal de Justicia a través de esa pieza angular de todo el sistema que es la cuestión prejudicial regulada en el artículo 177 del Tratado, actual artículo 234 tras la reforma de Amsterdam.

Desde una perspectiva sustantiva, los Derechos nacionales también se presentan como elemento esencial en la configuración del ordenamien-

to jurídico comunitario, en especial en la configuración de los principios generales del Derecho que el Tribunal de Justicia va elaborando vía jurisprudencial, sentencia a sentencia.

El origen del recurso por el Tribunal a los Derechos de los Estados miembros se encuentra en el antiguo artículo 215 TCE, 288 tras Amsterdam, conforme al cual, «en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

Adviértase, pues, que el actual artículo 288 proclama el principio de responsabilidad extracontractual de la Comunidad (subrayo de la Comunidad, que no de los Estados miembros), pero renuncia a establecer su régimen jurídico, limitándose a apuntar la metodología a seguir para establecer dicho régimen: el recurso al Derecho Comparado, esto es, el análisis de los respectivos regímenes jurídicos de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros para, a partir de los problemas planteados en esos regímenes nacionales y de las soluciones en ellos propuestas, ir elaborando a golpe de sentencia del Tribunal de Justicia el propio régimen comunitario de responsabilidad.

Sucede que esta metodología del recurso al Derecho de los Estados miembros, prevista en principio para la responsabilidad extracontractual, se generalizó tempranamente como herramienta habitual de trabajo del Tribunal de Justicia, de manera que cada vez que el Tribunal se encuentra ante un problema sobre el que el Derecho positivo Comunitario guarda silencio o resulta insuficiente a los efectos de su solución, recurre a los Derechos nacionales, analizando el tratamiento que éstos dan al problema planteado de manera similar en el ámbito estrictamente interno, pues debe tenerse en cuenta que, en última instancia, tanto el Derecho Público comunitario como los Derechos públicos nacionales se inspiran en la misma filosofía, que no es otra que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades públicas y la esfera jurídica inviolable de los individuos, o lo que es igual, la consecución del eficaz servicio del interés general con la menor mengua posible de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos. A partir de ese análisis de los Derechos nacionales, el Tribunal procede a la construcción de la síntesis europea, a la luz de la especial naturaleza del ordenamiento jurídico comunitario.

Esta metodología seguida en la configuración de los principios generales del Derecho Comunitario se sigue igualmente, por lo demás, en la configuración de esos principios de especial relevancia que son los derechos fundamentales y las libertades básicas de los individuos: «la Unión», es-

tablece el artículo 6 TUE (ex artículo F), «respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (firmado en Roma en 1950 en el marco del Consejo de Europa), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

Así pues, incidencia esencial de los Derechos nacionales en la configuración del Derecho Comunitario el cual, muestra de la interacción jurídica permanente en que consiste la integración europea, revierte a su vez sobre esos mismos Derechos nacionales en un efecto que podríamos denominar *boomerang*, pues no hay que olvidar que los principios generales del Derecho Comunitario así elaborados vinculan no sólo a las Instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros en la medida en que actúen como brazo ejecutor del Derecho Comunitario.

Todo ello, en un clima en el que encontramos manifestaciones de una cierta uniformización jurídica, máximo exponente de la interacción entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales, en un doble plano: por un lado, uniformización, en el marco comunitario —esto es, de los sectores de la vida jurídica cubiertos por el Derecho Comunitario—, del *modus operandi* tanto de las instituciones comunitarias como de los poderes públicos nacionales en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario, sometidos tanto aquéllas como éstos a unas mismas reglas de juego; por otro lado, fuera del marco comunitario —esto es, en los sectores de la vida jurídica nacional que no entran en el radio de acción comunitario—, formación de un *ius commune* de naturaleza jurídico-pública, cuya funcionalidad consistiría no tanto en desplazar, suplantándolos, a los Derechos nacionales (como sucede en los sectores cubiertos por el Derecho Comunitario), como en actuar como un molde al que éstos se irían acomodando progresiva y asistemáticamente, de manera que los Estados miembros seguirían elaborando y aplicando su *ius publicum proprium*, pero ya no de forma aislada o autónoma, sino a la luz de ese *mos europaeus*.

De estas reflexiones puede deducirse mi firme convencimiento de que si bien la Comunidad Europea y el Derecho por ella producido deben ser objeto de un estudio especializado, en la medida en que constituyen un ordenamiento *sui generis*, dicho estudio exige la base de una sólida formación en Derecho Público interno, y, en la medida de lo posible, una aproximación al Derecho Público de los demás Estados miembros, si no se quiere caer en una visión sesgada de la integración en que consiste el fenómeno comunitario al limitarla al escalón europeo, omitiendo el imprescindible escalón nacional.

Pero veamos en concreto cómo se articula este fenómeno de interacción permanente de ordenamientos en que consiste la integración europea cuya máxima expresión es la progresiva homogeneización de las reglas de juego que presiden el comportamiento de los poderes públicos, sean éstos comunitarios o nacionales, y en el caso de éstos, a través de la mencionada faceta del Derecho Comunitario en cuanto *ius publicum commune*, ya actúen en sectores conectados con el ordenamiento jurídico comunitario, ya lo hagan en sectores ajenos al mismo.

Ya vimos cómo el Tratado, en el actual artículo 288, proclama el principio de responsabilidad por los daños y perjuicios que la actividad de la Comunidad pueda generar a los particulares. Nada dice, en cambio, acerca de la responsabilidad de los Estados miembros por los daños y perjuicios que sus infracciones del Derecho Comunitario puedan generar a los particulares. El silencio del Tratado a este respecto no impidió, sin embargo, su proclamación por el Tribunal de Justicia en 1991. Este principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, proclamado en términos muy generales, tuvo no obstante que esperar hasta 1996 para verse consolidado y detallado en su funcionamiento mediante cinco nuevos pronunciamientos a través de los cuales el Tribunal, no exento de dudas y vaivenes, perfiló su régimen jurídico.

Entrar en el análisis pormenorizado de dicho régimen nos alejaría en exceso del objetivo más global aquí y ahora perseguido de reflexionar acerca de la progresiva configuración de un Derecho Común Europeo, en origen Comunitario, pero destinado a armonizar, con carácter general, los Derechos Públicos nacionales.

Y centrados en dicho propósito, destacaré, por lo pronto, que son los propios Derechos nacionales los que, ante el silencio del Tratado, sirvieron de fundamento al Tribunal para la proclamación misma del principio de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, principio que, señaló el Tribunal, no era sino «la expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado», obligación que alcanzaría a las autoridades públicas por «los daños causados en el ejercicio de sus funciones».

Y al pasar al terreno de las concretas reglas que conformarían el régimen de responsabilidad de los Estados, el Tribunal desembocó en la homogeneización antes mencionada, asumiendo como premisa que dichas reglas serían de aplicación ante situaciones similares con independencia del origen, comunitario o nacional, de la autoridad pública infractora.

También hay que destacar, en segundo lugar, que los regímenes nacionales de responsabilidad pública, además de seguir jugando un papel esencial, en cuanto fuente de inspiración, en la configuración de las reglas de responsabilidad de la Comunidad y, en virtud del principio de homogeneización, de las reglas de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho Comunitario (lo que exige un permanente seguimiento de las evoluciones de aquéllos a los efectos del desenvolvimiento de éstas), son una herramienta de primer orden en cuanto Derecho directamente aplicable.

Me explico. El régimen de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario elaborado vía jurisprudencial por el Tribunal de Justicia, no deja de ser un estándar mínimo de protección a favor de los particulares. Así pues, dicho régimen, que es un régimen comunitario, desplaza a los regímenes nacionales de responsabilidad pública en la medida en que éstos resulten más restrictivos para el particular. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos regímenes nacionales que excluyan la responsabilidad del legislador, el cual, según el régimen comunitario, es tan responsable frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de las infracciones del Derecho Comunitario como el resto de los poderes públicos nacionales. Ahora bien, si la legislación nacional establece, en un contexto puramente interno, condiciones más favorables en orden al reconocimiento de la responsabilidad de los poderes públicos, existe no ya la posibilidad, sino la obligación, de aplicarlas en el marco de la actividad de los poderes públicos nacionales en ejecución del Derecho Comunitario. Tal sería, por ejemplo, el caso de las indemnizaciones «ejemplares» previstas en Derecho anglosajón frente a comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de las autoridades públicas (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*), habiendo sostenido el Tribunal de Justicia al respecto que «en la medida en que estos comportamientos pueden ser constitutivos de una violación del Derecho Comunitario o agravarla, no cabe excluir la concesión de una indemnización por daños y perjuicios de dicha clase en el marco de una reclamación o acción fundada en el Derecho Comunitario cuando el derecho a la referida indemnización pueda ser reconocido en el marco de una reclamación o acción similar basada en el Derecho interno».

Ello implica, en definitiva, que al tiempo que se profundiza en la incidencia que el régimen comunitario de responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario tiene en los sistemas jurídicos nacionales, no debe descuidarse el estudio de los propios regímenes nacionales de responsabilidad, en cuanto fuente inspiradora en la configuración y evolución de aquél y, en su caso y en los términos ex-

puestos, regímenes directamente aplicables si resultan más protectores para el individuo que el comunitario.

Pasando del terreno de la responsabilidad pública al terreno de la protección de los derechos y libertades fundamentales, sabido es que la Comunidad carece de un *Bill of Rights*, esto es, de un catálogo escrito a tales efectos.

Distintas teorías se han barajado acerca de los motivos de tal carencia. Por encima de ellas, destaca la realidad de que difícilmente podía imaginarse en los años cincuenta que el nivel de incidencia del Derecho Comunitario en la vida jurídica de los ciudadanos fuera a alcanzar tal intensidad como para que el Tribunal tuviera que enfrentarse, como ha sucedido en la década de los noventa, por citar ejemplos significativos, con la compatibilidad de la libre prestación de servicios con el derecho a la vida del *nasciturus* consagrado constitucionalmente en un Estado miembro y la correlativa prohibición de difundir información acerca de clínicas donde el aborto es legalmente practicado en otro Estado miembro, o la compatibilidad del respeto a la vida privada con la realización de pruebas aptas para la detección del *AIDS* sin consentimiento del afectado, o, en fin, la compatibilidad del despido laboral de un transexual con la discriminación por razón del sexo.

Esta ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales no podía implicar, como es lógico, ausencia de limitaciones de los poderes comunitarios frente a la esfera jurídica de los ciudadanos; por otro lado, las garantías ofrecidas a éstos por sus respectivos textos constitucionales, hacían peligrar la primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos internos.

En tal contexto, surge en la década de los sesenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia proclamando el respeto por la Comunidad de los derechos fundamentales, elaborados por el propio Tribunal a partir de los convenios internacionales sobre la materia, en especial el ya mencionado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, y de los textos constitucionales de los Estados miembros.

Con estos instrumentos de trabajo como fuente de inspiración (que, más allá del terreno jurisprudencial, han impulsado la elaboración de la recientemente proclamada en Niza *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, nueva fuente también de inspiración, al no vincular por el momento jurídicamente ni a la Unión ni a los Estados miembros), el Tribunal debe llevar a cabo una cuidadosa política judicial tendente, en primer lugar, a superar el estándar mínimo de protección que deriva

del Convenio Europeo, el cual, no debe olvidarse, en ningún caso excluye estándares superiores de protección de los Estados Parte.

Salvado el escalón del Convenio, el Tribunal debe asumir que son los hipotéticos estándares superiores de protección ofrecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales los llamados a presidir su política judicial en este terreno.

Ello porque resulta necesario asumir que es la protección del individuo la cuestión crucial en el ámbito de los derechos humanos, lo que implica la necesidad de un discurso no tanto desde una perspectiva de imposición uniforme del Derecho Comunitario a costa de niveles elevados de protección de los derechos y libertades de los individuos en su caso establecidos en los textos constitucionales de los Estados miembros, como desde una perspectiva impulsora de la integración de un Derecho europeo social y jurídicamente más avanzado, en el sentido de dirigido hacia la consecución de las necesidades sociales que reclama el interés general, a través de una intervención efectiva y eficiente de las autoridades públicas utilizando los medios menos onerosos para el igualmente respetable estatuto jurídico del individuo, especialmente de su más íntimo y sagrado núcleo que los derechos fundamentales y las libertades básicas buscan proteger.

Más aún, asumiendo esa política judicial, resultará consolidado el principio mismo de primacía del Derecho Comunitario. En efecto, teniendo en cuenta que, una vez que un derecho fundamental es asumido por el Tribunal de Justicia como inherente al ordenamiento jurídico comunitario, debe ser respetado no sólo por las Instituciones comunitarias, sino también por los poderes públicos nacionales en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario, parece evidente que en la medida en que se vaya configurando un *corpus* europeo de derechos y libertades con un nivel de protección más elevado que el ofrecido por los ordenamientos jurídicos nacionales, difícilmente podrán éstos reaccionar contra un Derecho que garantiza más que su propio Derecho los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es más, en la medida en que los propios ciudadanos adviertan un mayor nivel de protección de sus derechos y libertades que el ofrecido por su propio ordenamiento jurídico, difícilmente estarán dispuestos a renunciar a tal nivel de protección frente a la actividad de los poderes públicos nacionales desconectados del Derecho Comunitario. Con otras palabras, manejadas en el seno del propio Tribunal de Justicia: «en la medida en que el Derecho Comunitario es directamente aplicable en la esfera interna, parece poco probable que los Tribunales nacionales vayan a operar por debajo de los estándares comunitarios al aplicar los derechos funda-

mentales, incluso en materias que nada tengan que ver con el Derecho Comunitario».

En el caso español, por lo demás, esta tendencia está rodeada incluso de un tono imperativo, al establecer el artículo 10.2 de la Constitución que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», lo que incluye, según jurisprudencia constitucional, el catálogo de derechos y libertades construidos vía jurisprudencial en el marco jurídico comunitario.

Extensión, pues, del Derecho Comunitario, a modo de *ius commune*, más allá de los sectores jurídicos de la vida interna por él cubiertos, que, de manera progresiva y asistemática, va haciéndose realidad, como demuestra, por ejemplo, el principio general de confianza legítima.

Dicho principio, bien conocido en los ordenamientos jurídicos alemán y holandés, fue en un determinado momento asumido por el Tribunal de Justicia como propio del ordenamiento jurídico comunitario, lo que implicaba obligación de su respeto no sólo por las Instituciones comunitarias, sino también por los Estados miembros no familiarizados con el mismo, en su faceta de ejecutores del Derecho Comunitario.

Tal fue el caso de España, donde el principio de confianza legítima fue poco a poco impregnando la mente de los operadores jurídicos, incluidos abogados y jueces, hasta el punto de comenzar a ser invocado ante y aplicado por los tribunales en sectores por completo ajenos al Derecho Comunitario. Y de la jurisprudencia, ha pasado finalmente al terreno del Derecho positivo, habiéndose incorporado en la reciente Ley de 1999 de reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya Exposición de Motivos destaca la consagración del principio de confianza legítima, «bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo», entre los principios generales que deben presidir, con carácter general (esto es, con independencia de su conexión con ámbitos cubiertos por el Derecho Comunitario), la actividad de las Administraciones Públicas.

En definitiva, y con ello concluyo, el ordenamiento jurídico comunitario, aun siendo un ordenamiento jurídico «autónomo» tal y como fue calificado por el Tribunal de Justicia hace casi cuatro décadas, sigue en permanente interacción con los ordenamientos jurídicos nacionales, en un proceso dialéctico de mutua influencia que incluso excede de los límites marcados por las competencias cedidas por los Estados a la Comu-

nidad, añadiendo a la libre circulación de mercancías, servicios, capital y trabajo, esencia del mercado interior, una enriquecedora libre circulación de principios y técnicas jurídicas sobre la que debe asentarse, en última instancia, una *conciencia europea*, imprescindible para avanzar, como preveía ya el Tratado de la Comunidad en 1957, en la primera frase de su Preámbulo, hacia «una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos».