

La irrupción en la jurisprudencia  
del TJCE de los Derechos  
Fundamentales como límite de  
las libertades económicas o de  
cómo vuelve a escena la Doctrina

*Solange*  
*Juan Antonio Hernández Corchete*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Vigo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. AUGE DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN. SU SUPERIOR DIGNIDAD DERIVADA DE SU CARÁCTER INSTRUMENTAL LE LLEVA A PREVALECER SOBRE CUALQUIER BIEN JURÍDICO, INCLUSO SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- III. BREVE REFERENCIA AL ASUNTO SCHMIDBERGER
- IV. ASUNTO OMEGA SPIELHALLEN
- V. ALGUNAS REFLEXIONES—1. *La deferencia del TJCE hacia las autoridades nacionales en el contexto de la doctrina Solange*—2. «Colisión de normas de Derecho comunitario» y «razones imperiosas de interés general como justificación de restricciones a las libertades fundamentales» son dos mecanismos técnicos distintos para elevar el peso específico de los derechos fundamentales

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho comunitario se ha construido, sobre todo por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a imagen y semejanza de las características del fenómeno de integración europea. Culminada «la Europa de los mercaderes», la integración se hace más ambiciosa, pretendiendo tendencialmente abarcar todas las manifestaciones de la sociedad y no sólo los aspectos económicos. Correlativamente el Derecho comunitario está experimentando una radical renovación que lo haga adecuado a la nueva realidad a la que sirve y uno de sus vectores más potentes está siendo la creciente importancia de los derechos fundamentales.

No es mi intención restar importancia a la elaboración de un cuerpo normativo que incorpore un listado de derechos al Derecho comunitario<sup>1</sup>, pero, al igual que ha ocurrido en otras ocasiones, las verdaderas revoluciones normativas vienen de la mano de la jurisprudencia del TJCE. En este caso se trata de los asuntos *Schmidberger* (C-112/00)<sup>2</sup> y *Omega Spielhallen* (C-36/02)<sup>3</sup>, en los cuales el TJCE sacrifica libertades económicas –respectivamente, la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios– para satisfacer sendos derechos fundamentales, a saber la libertad de expresión y el derecho de reunión, de un lado, y el respeto a la dignidad humana, de otro.

Este trabajo tiene por objeto enfocar este novedoso fenómeno de la limitación de las libertades de circulación a manos de los derechos fundamentales, explicar su estructura jurídica, que difiere mucho de un caso al otro, y

<sup>1</sup> No hay que perder de vista que el 26 de febrero de 2001 se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El que no sea «un documento normativo... no le priva de tener cierta fuerza y de surtir determinados efectos». La cita es de L. MARTÍN-RETORTILLO, *Dos notas sobre la Carta*, pg. 184, precisando este autor en las páginas siguientes sus palabras.

<sup>2</sup> Sentencia de 12 de junio de 2003, asunto *Schmidberger* (C-112/00, Rec. pg. I-5659). Las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs son de 11 de julio de 2002. Entre los comentarios a este fallo destacan L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y reunión» en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 2003, núm. 227, pg. 61-76; F. RONKES AGERBEEK, «Freedom of expresión an free movement in the Brenner corridor: The Schmidberger case», en *European Law Review* 2004, pgs. 255-266, N. STOFFEL VALLOTON, «Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH)» en *Revista de Derecho comunitario europeo* 2004, pgs. 483-506.

<sup>3</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega Spielhallen* (C-36/02, Rec. pg. I-5659). Véanse, pues arrojan mucha luz a una sentencia confusa, las conclusiones de la Abogada General Sra. Stix-Hackl son de 18 de marzo de 2004. Fuera de las breves noticias de sentencia, puede consultarse A. ALEMANN, «A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur», en *Revue du droit de L'Union européenne* 2004 núm. 4 pgs. 709-751.

verter algunas reflexiones sobre las incertidumbres que se abren. Con carácter preliminar destinaré unas líneas a exponer muy resumidamente el punto de partida sobre el que opera este cambio, esto es, la caracterización del ordenamiento jurídico comunitario como instrumento de convergencia económica.

## **II. AUGE DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN. SU SUPERIOR DIGNIDAD DERIVADA DE SU CARÁCTER INSTRUMENTAL LE LLEVA A PREVALECER SOBRE CUALQUIER BIEN JURÍDICO, INCLUSO SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Es de todos conocida la historia de la construcción europea y la capital importancia que en ella han tenido las libertades de circulación o libertades de contenido económico consagradas por el Derecho originario, que no por capricho son calificadas ordinariamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, de libertades fundamentales.

El mercado único no es, ni fue nunca, un objetivo en sí mismo sino solamente el instrumento para colocar a los Estados Miembros en situación de abordar un logro más ambicioso como es una cierta unión política. Sin embargo, las libertades económicas que le dan vida se convirtieron en el elemento central del ordenamiento jurídico comunitario, hasta el punto de poderse afirmar sin lugar a dudas que el proceso de formación de todo este fenómeno de integración ha girado en torno a ellas.

Por mucho que esta circunstancia pueda parecer paradójica se puede explicar fácilmente. Las libertades económicas lejos de perder vigor por no ser un fin en sí mismas se fortalecieron notablemente porque se contagiaron de la superior dignidad de la finalidad a que servían. De este modo, cuando el TJCE interpretaba una de estas libertades no la veía como tal, con su valor propio, sino que se le hacía presente el valor del objetivo último al que estaba ordenada. La consecuencia inmediata ha sido que, con base en lo que se ha venido denominando interpretación funcional, esto es, entender el alcance de una institución jurídica por la función que desempeñan dentro del desarrollo del fenómeno de integración, el TJCE ha ido ensanchando el ámbito y la intensidad de estas libertades.

Durante varias décadas nada se le ha resistido. Se ha sacrificado ante ellas cualquier obstáculo que se pudiera presentar, dando igual cuál fuese su naturaleza o cuál su calado. Bastaría con hacer una retrospectiva de la jurisprudencia del TJCE para apreciar con nitidez como la plena eficacia de esas libertades económicas sólo se consiguió a costa de instituciones de enraizada raigambre en los Estados miembros y de derechos fundamentales e íntimas convicciones de los ciudadanos.

Me voy a limitar a poner un solo ejemplo, que es el que más se ajusta al presente trabajo porque pone de manifiesto cómo el TJCE fuerza su propia jurisprudencia con el objeto de que la libre prestación de servicios no se viera limitada ni siquiera por el derecho a la vida tal como en aquel momento lo entendía la constitución irlandesa.

En los albores de la década de los 90 la Sentencia *Grogan*<sup>4</sup> plantea si en Irlanda, país de larga e intensa tradición católica, debe prevalecer el derecho a la vida de los no nacidos, que estaba proclamado en el artículo 40 de la Constitución de ese país, sobre la libre prestación de servicios. El asunto trae causa de las acciones entabladas ante los tribunales nacionales para prohibir que asociaciones estudiantiles irlandesas continuasen suministrando información acerca de la identidad y ubicación de clínicas que practicaban la interrupción del embarazo en otros Estados miembros donde era legal, como ocurría a bien pocos kilómetros en el Reino Unido. No hay ningún género de duda en que respaldar esta prohibición implicaba un efecto restrictivo de la libre prestación de servicios. Sin embargo, ¿Deben prevalecer en todo caso las libertades económicas? ¿Cuáles son los supuestos de orden público que se imponen sobre ellas? ¿Los derechos fundamentales son protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario?

Estas y otras muchas preguntas quedaban encima de la mesa. El TJCE, en un momento crucial de la evolución del mercado interior, no estaba dispuesto a enviar un mensaje de limitación de las libertades económicas comunitarias. Ni siquiera en un asunto tan esencial para un país (Irlanda lo había llevado a su Constitución) y tan vinculado al círculo más recóndito de los derechos fundamentales (la libertad de conciencia y el derecho a la vida). Por estos motivos prefirió usar una estratagema para eludir pronunciarse. Así, puso de relieve que no era competente en tanto que no había ninguna relación económica entre los estudiantes que facilitaban la información y las clínicas abortivas, que eran las titulares de la libertad económica. Se aprecia fácilmente que no es más que una excusa puesto que la libertad de prestación de servicios se predica no sólo del prestador sino también, y de un modo principal, de los usuarios, que tienen derecho a ampliar los servicios que se le ofrecen<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante STJCE, de 4 de octubre de 1991, *Grogan* (asunto C-159/90). Véase el análisis *in extenso* que hace R. ALONSO GARCÍA en su libro *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994, pgs. 654 a 661.

<sup>5</sup> STJCE de 31 enero de 1984, *Luisi e Carbone* (C- 286/82 y C- 26/83), apartado 16 («Ne consegue che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro stato membro per fruire ivi di un servizio»). Recientemente, la STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02), que es una de las sentencias aquí comentadas con carácter principal, afirma en su apartado 25 que «... afecta a la libre prestación de servicios que el artículo 49 garantiza tanto a los prestadores como a los destinatarios de esos servicios establecidos en otro Estado miembro» (La cursiva es del autor).

### III. BREVE REFERENCIA AL ASUNTO SCHMIDBERGER

#### 1.-Hechos del litigio principal y términos en que se plantea la cuestión prejudicial

La asociación Transitforum Austria Tirol, cuyo objetivo es la protección del espacio vital en la región de los Alpes, y en uso de su libertad de expresión y derecho de reunión, organizó una concentración destinada a poner de relieve el daño medioambiental que producía el intenso tráfico por la autopista del Brenner. Esta concentración implicaba cortar el tráfico de dicha autopista durante día y medio que, unido a las prohibiciones ordinarias de circulación en fin de semana y festivos, suponía para los vehículos pesados (de más de 7.5 toneladas) quedar inmovilizados los cuatro días que van del jueves al domingo. La autoridad austriaca competente autoriza dicha concentración por considerarla legal con arreglo al Derecho austriaco.

Schmidberger es una empresa de transportes internacionales con domicilio social en Alemania que dispone de seis vehículos pesados de mercancías. Su actividad principal consiste en transportar madera de Alemania a Italia y acero de Italia a Alemania. Para ello sus vehículos pesados necesitan utilizar la autopista del Brenner pues constituye la única vía de tránsito intracomunitario disponible para vehículos pesados si dar un gran rodeo.

Schmidberger interpuso un recurso ante la autoridad jurisdiccional competente que tiene por objeto que se condene a la República de Austria a pagarle una indemnización en concepto de daños y perjuicios, debido a la imposibilidad de que cinco de sus camiones utilizaran la autopista del Brenner durante cuatro días consecutivos. Dicha autopista constituye la única vía de tránsito que sus vehículos pueden utilizar entre Alemania e Italia. En opinión de Schmidberger, la no prohibición de la concentración y la falta de intervención de las autoridades austriacas para impedir el bloqueo de esta ruta constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías. Al no aceptar que pueda justificarse por los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión de los manifestantes, dicho obstáculo infringe el Derecho comunitario y, por consiguiente, puede suponer la responsabilidad del Estado miembro de que se trata.

La resolución jurisdiccional es desestimatoria por considerar que la concentración es acorde al Derecho austriaco. Schmidberger recurre en apelación ante el órgano jurisdiccional competente que, considerando que hay que tener en cuenta también el Derecho comunitario, plantea una cuestión prejudicial que, por lo que aquí interesa, se concreta en los siguientes términos

- 1) ¿Deben interpretarse los principios de libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE (antiguo artículo 30) y siguientes o de otras disposiciones de Derecho comunitario en el sentido de que un Estado miembro está obligado a mantener libres de todo tipo de restricciones y obstáculos las rutas de tránsito más importantes bajo cualquier circunstancia o al menos en la medida de lo posible y razonable, y concretamente de tal modo que, en particular, no debe autorizarse una manifestación de carácter político convocada en una ruta de tránsito o, al menos, debe disolverse posteriormente cuando o tan pronto

como dicha manifestación pueda celebrarse fuera de la ruta de tránsito con un impacto similar sobre la opinión pública?

2) El hecho de que las disposiciones nacionales de un Estado miembro sobre el derecho de reunión y la libertad de reunión no contengan ninguna indicación de que, al efectuar la ponderación entre la libertad de reunión y el interés público, deben tenerse en cuenta también los principios de Derecho comunitario, especialmente las libertades fundamentales y, en el presente caso, en particular, las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, cuando ello supone que se autorice y celebre una manifestación de carácter político de veintiocho horas de duración que, unida a una prohibición nacional general preexistente de circular los días festivos, hace que una ruta esencial para el transporte intracomunitario de mercancías permanezca cerrada, concretamente para la mayor parte del tráfico de camiones, durante cuatro días –a excepción de una breve interrupción de unas pocas horas–, ¿constituye una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario para generar, con arreglo a los principios del Derecho comunitario, la responsabilidad de dicho Estado miembro si concurren los demás requisitos al efecto?

## 2.–Comentario de la sentencia.

Schmidberger reclama de la República de Austria una indemnización por no haber evitado el corte de la autopista del Brenner, lo cual a su juicio implica un incumplimiento del Derecho comunitario, concretamente de la libre circulación de mercancías. Para que una acción u omisión de un Estado miembro suponga una violación de esa libertad fundamental es necesario que implique una restricción y que no haya un motivo que la justifique. Sentado en el apartado 64 que «el hecho de no haber impedido la autoridad competente de un Estado miembro una concentración que supuso el bloqueo total, durante cerca de treinta horas sin interrupción, de una vía de comunicación importante como la autopista del Brenner puede restringir el comercio intracomunitario de mercancías» la sentencia se adentra en la cuestión principal de si hay justificación para dicha restricción.

Hasta este momento en la justificación de la restricciones de una libertad fundamental se han repetido dos constantes. La primera es que o bien se incardinaban en las medidas discriminatorias fundadas en razones de orden público, moralidad y seguridad pública amparadas por el artículo 30 TCE o bien se trataban de medidas indistintamente aplicables que se reputaban necesarias para cumplir con exigencias imperativas de interés público<sup>6</sup>. La segunda es que todos los motivos argüidos son objetivos de política general, como, por mencionar sólo un par de ejemplos, la protección de los consumidores o la salud pública.

En el asunto que nos ocupa, por contraste, el motivo que justifica la restricción al tráfico intracomunitario de mercancías es la protección de la libertad de expresión y del derecho de reunión de los ciudadanos. Es la primera vez que un Estado miembro invoca la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a una de las libertades fundamenta-

<sup>6</sup> Categoría construida por el TJCE a partir de su sentencia *Cassis de Dijon*. 120/78 (Rec. pg. 649), apartado 8.

les. Conviene destacar que el TJCE lleva desde los años 70 garantizando de diversas maneras los derechos fundamentales<sup>7</sup>, pero esta es la primera vez que se le presentan con esta valencia. Surgen, entonces, dos cuestiones:

- a) La libertad de expresión y el derecho de reunión son indiscutiblemente derechos fundamentales comunitarios pues están en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, especialmente en los artículos 10 y 11 del CEDH. Adviértase que no se puede descartar que haya derechos fundamentales protegidos por los Estados miembros y que no tengan esta condición de comunitarios. Sin ir más lejos el respeto a la dignidad humana tal como es entendido en Derecho alemán.
- b) ¿Prevalece la libre circulación de mercancías o la libertad de expresión y el derecho de reunión en tanto derechos fundamentales comunitarios? Pues si tenemos en cuenta que el TJCE vela por los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario con base en el artículo 220 TCE y el art. 6.2 TUE, y por tanto que forman parte del Derecho originario, tenemos que concluir que tienen el mismo rango.

Si los dos términos en conflicto son normas jurídicas comunitarias y del mismo rango la consecuencia es una colisión de normas que hace, en palabras de la sentencia, «necesaria [la] conciliación de las exigencias de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad con las que derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado...». Adviértase que el mecanismo de justificación también es nuevo. Cualquiera de los dos tradicionales implicaba que un elemento ajeno al Derecho comunitario adquiriría relevancia comunitaria mediante la idea de orden público mientras que esta justificación deriva de un choque de normas, ambas de Derecho comunitario.

Ahora bien, el cómo se realiza esta conciliación es lo difícil de establecer. Entre el TJCE y los dos abogados generales nos ofrecen tres técnicas:

1.-El TJCE afirma que, dado que ambos bienes jurídicos admiten ciertas limitaciones, «es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses», para lo cual al Estado miembro

<sup>7</sup> Algunos de estos diversos modos presenta analogía pero no es ni de cerca igual. Quiero llamar la atención sobre el ap. 75 de la sentencia que nos ocupa, que deriva de asuntos como *Demirel*, 12/86 (en este asunto el TJCE considera que la normativa nacional queda fuera del ámbito comunitario y, por tanto, no entra a considerarla en relación a ciertos derechos fundamentales) o *ERT*, C-260/89 (donde el TJCE afirma que un Estado miembro que invoque una de las justificaciones aceptadas para restringir una libertad fundamental consagrada en el Tratado debe respetar los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario) y que aquí aparece completamente sacado del contexto.

se le reconoce una amplia facultad de apreciación, reservándose el tribunal el derecho a verificar si las medidas restrictivas son proporcionadas a la finalidad legítima perseguida. En el caso concreto el TJCE despliega un test de proporcionalidad, no exento de un cierto grado de deferencia hacia las apreciaciones de la autoridad austriaca, que le lleva a afirmar en el apartado 93 «que la autoridad nacional, habida cuenta de la amplia facultad de apreciación que se le ha de reconocer en la materia, pudo considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía alcanzarse en el caso de autos mediante medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios».

2.—El Abogado General Jacobs, en los apartados 95 y siguientes de las conclusiones correspondientes a este asunto, aconseja al Tribunal seguir el mismo planteamiento en dos fases que aplica para analizar las justificaciones tradicionales como el orden público, esto es, examinar si el objetivo perseguido por la restricción es legítimo según el Derecho comunitario y luego verificar si las limitativas son proporcionales en relación a ese objetivo.

Cuando el objetivo que justifique la limitación sea, como en este caso, un derecho fundamental de protección comunitaria debe considerarse automáticamente como legítimo para el Derecho comunitario. *Sensu contrario* cuando no sea así, cuando se trate de un derecho fundamental propio y particular de un ordenamiento estatal, la legitimidad para el Derecho comunitario será revisada, pero no necesariamente negada. Es precisamente el supuesto del asunto *Omega Spielhallen* que vamos a examinar a continuación.

Por lo que se refiere al test de proporcionalidad cuando el Estado miembro invoca la necesidad de proteger un determinado derecho fundamental debe aplicarse el criterio de proporcionalidad normal pues la situación es comparable a los casos relativos al orden público nacional dado que también están en juego la aplicación uniforme y la efectividad de las libertades fundamentales establecidas en el Tratado.

3.—La Abogado General Stix-Hackl, por su parte sostiene en el apartado 53 de las Conclusiones que presenta en el asunto *Omega Spielhallen* que «la “conciliación” con las exigencias de la protección de los derechos fundamentales no puede significar contraponer libertades fundamentales con derechos fundamentales como tales, pues para ello debería poderse prescindir de la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, debe examinarse en qué medida los derechos fundamentales afectados admiten restricciones. A continuación, las disposiciones que regulan la libertad fundamental afectada y, en particular, los supuestos de excepciones deberán interpretarse en la medida de lo posible de tal modo que no admitan ninguna medida que suponga una limitación de los derechos fundamentales afectados mayor de la permitida y, por ende, que no permitan ninguna medida que no sea compatible con los derechos fundamentales».

#### IV. ASUNTO OMEGA SPIELHALLEN

##### 1.-Hechos

Omega Spielhallen, en lo sucesivo *Omega*, es una sociedad alemana que explotaba en Bonn un establecimiento con la denominación de «laserdrome», que era utilizado para practicar una actividad de ocio conocida como «laser sport», que, aun cuando con otros nombres como «paintball» o «gotcha», era realizada legalmente en otros Estados miembros, fundamentalmente en Francia y en el Reino Unido.

Se trataba de un extenso escenario con forma de laberinto en el que, además de disparar contra diez sensores-receptores fijos, también se disparaba contra personas pudiendo decirse, por tanto, que la actividad consistía en «jugar a matar». A los jugadores se les dotaba de aparatos de láser con forma de pistolas y de chalecos de tela en cuyas partes delantera y trasera se habían fijado sendos sensores-receptores. El objeto de la competición consistía en obtener el máximo número de puntos posibles durante un tiempo de juego fijado en quince minutos. Los jugadores recibían puntos por cada impacto en un receptor fijo. Los jugadores alcanzados por un disparo eran penalizados con la pérdida de puntos.

El 1 de agosto de 1994 *Omega* empezó a operar el laserdromo. Inicialmente se sirvió de un equipamiento y una tecnología sencillos que podía adquirirse en el mercado local. Puesto que estos equipos resultaron insuficientes desde un punto de vista técnico, a partir de una fecha sin precisar posterior al 2 de diciembre de 1994 *Omega* empezó a utilizar unos equipos suministrados por la empresa Pulsar International Limited del Reino Unido, en lo sucesivo *Pulsar*, con la cual acabó concluyendo un contrato de franquicia el 29 de mayo de 1997.

El 14 de septiembre de 1994, y tomando en cuenta las protestas de un sector de la población que persistían desde antes de que se abriera el laserdromo, la autoridad gubernativa de Bonn dictó una orden dirigida a *Omega* en virtud de la cual le prohibía «hacer posibles o tolerar en sus [...] locales juegos que tengan por objeto apuntar y disparar contra personas mediante rayos láser u otros medios técnicos (como por ejemplo, rayos infrarrojos), es decir, las denominadas “simulaciones de homicidio” de personas por medio de un registro de impactos». La orden estaba motivada, en particular, por la existencia de una amenaza para el orden público, ya que los simulacros de homicidio y la consiguiente banalización de la violencia vulneraban los valores fundamentales de la colectividad. La multa coercitiva de la que se apercibía en caso de infracción ascendía a 10.000 DEM por cada juego que tuviera lugar.

2.-Términos en que se plantea la cuestión.

La empresa operadora de la actividad económica prohibida presentó una reclamación contra la orden de prohibición, que fue reiteradamente desestimada por los sucesivos tribunales competentes, y finalmente acudió en casación ante el *Bundesverwaltungsgericht*, alegando, en lo que aquí interesa, que la orden de prohibición vulnera el Derecho comunitario, especialmente la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE, ya que en su laserdromo pretende utilizar los equipos y la tecnología suministrada por la empresa británica Pulsar.

El *Bundesverwaltungsgericht* entiende que, teniendo en cuenta el Derecho alemán, la autoridad gubernativa y los tribunales inferiores obraron acertadamente al considerar que la organización comercial de un «homicidio simulado»<sup>8</sup>, de un «jugar a matar» al fin y al cabo, en el laserdromo de Omega constituye una vulneración de la dignidad humana consagrada en el artículo 1, apartado 1, primera frase, de la *Grundgesetz*.

Ahora bien, se pregunta si este resultado es conforme con el Derecho comunitario, pues mientras considera innegable que la orden controvertida menoscaba la libre prestación de servicios *ex* artículo 49 CE alberga dudas acerca de si dicho menoscabo está justificado, y en qué medida, por razones de orden público. La incógnita radica en si la posibilidad de los Estados miembros de oponer razones de orden público a las libertades fundamentales establecidas en el Tratado depende de que dicha restricción obedezca a un planteamiento jurídico común a todos los Estados miembros<sup>9</sup>. Si hubiera una exigencia tal la orden de prohibición del laserdromo, aunque fuese legal según el Derecho alemán, sería contraria al Derecho comunitario que, en virtud del principio de primacía, debería prevalecer.

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente suspendió el procedimiento y planteó al TJCE la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de

<sup>8</sup> Según el órgano jurisdiccional remitente, la dignidad humana es un principio constitucional que puede violarse mediante un trato degradante –que no concurre en el presente caso– a un adversario o creando o fomentando en los jugadores una actitud que niegue el derecho fundamental de toda persona a la consideración y al respeto, como sucede en el presente caso mediante la representación de actos ficticios de violencia con fines lúdicos. Un valor superior de la Constitución como es la dignidad humana no puede quedar suspendido en el marco de un juego de entretenimiento.

<sup>9</sup> Tanto el Abogado General Stix-Hackl, en el apartado 20 de sus conclusiones, como la sentencia, en su apartado 15, dan cuenta de que dichas dudas derivan de la fundamentación por el TJCE de Justicia en el asunto Schindler sentencia de 24 de marzo de 1994 (C-275/92), en el cual, tratándose de la prohibición en el territorio de un Estado miembro de ciertas modalidades de lotería que sí se organizan en otro Estado miembro, acepta las medidas restrictivas de las libertades fundamentales comunitarias sobre las base «de las consideraciones de orden moral, religioso y cultural que rodean tanto a las loterías como a los demás juegos de azar» *en todos lo Estados miembros* (cursiva añadida por el autor).

mercancías el hecho de que, con arreglo al Derecho nacional, una determinada actividad empresarial –en el presente caso, la explotación de un denominado laserdromo en el que se llevan a cabo simulacros de homicidio– deba prohibirse por ser contraria a los valores constitucionales fundamentales?».

Sin perjuicio de volver a ello más adelante, no quiero perder la ocasión de llamar la atención sobre el encuadre sistemático de donde acertadamente parte el órgano jurisdiccional remitente, que no es la colisión entre dos normas de Derecho comunitario –una libertad fundamental consagrada por el Tratado y un derecho fundamental protegido por el Derecho comunitario como principio general del Derecho– sino las condiciones en que una peculiaridad del Derecho alemán –en este caso un derecho fundamental o valor constitucionalmente reconocido– puede incardinarse en la noción de orden público que justifica restricciones a las libertades fundamentales comunitarias.

Al primer planteamiento obedece el supuesto de hecho del asunto *Schmidberger* ya visto brevemente, donde el derecho fundamental de reunión y manifestación, que es un principio general del derecho comunitario porque deriva de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, interfiere con la libre circulación de mercancías prevista por el Tratado, debiendo coordinarse ambas normas de derecho comunitario.

### 3.–¿Hay elemento transfronterizo?

La autoridad gubernativa de Bonn pide la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial porque, al ser las relaciones contractuales entre *Omega Spielhallen* y *Pulsar* posteriores a la orden de prohibición del laserdromo, entiende que ésta no afectó a ninguna operación transfronteriza.

El TJCE rechaza esta petición con dos argumentos. El primero es que, según su reiterada jurisprudencia<sup>10</sup>, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio principal apreciar la necesidad de la consulta. Ésta no es la razón principal porque, tal y como se reconoce en el apartado siguiente de la misma sentencia, cabe que el TJCE inadmita la cuestión si le resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.

Lo más interesante de este punto de la sentencia, y aquí radica la motivación fundamental de la admisión, es que el TJCE entra a valorar la conexión de la interpretación solicitada con el litigio principal observando «que, en cualquier caso, esta orden puede limitar el futuro desarrollo de relaciones contractuales entre las partes, habida cuenta del carácter prospectivo y del contenido de la prohibición de que se trata» (ap. 21).

Entiendo que acierta el TJCE porque la prohibición de las autoridades alemanas no sólo afectan a las actividades ya puestas en marcha en el momento

<sup>10</sup> Véase la nutrida relación de ejemplos que el propio TJCE enumera en el apartado 19 de la presente sentencia.

de su fecha sino que también impide aquellas que *Omega* quisiera ejercitar con posterioridad entre las cuáles están las vinculadas al acuerdo con *Pulsar*. Es cierto que este modo de razonar puede incitar a un sujeto nacional que realiza una actividad prohibida a entablar relaciones contractuales con un sujeto extranjero al efecto de librarse de la prohibición por mor de las libertades económicas comunitarias. Sin embargo, la técnica jurídica para atajar este riesgo no es la inadmisibilidad de estas consultas sino la eventual restricción de las libertades comunitarias con base en razones imperiosas de interés general, sobre las cuales el TJCE ya tiene una jurisprudencia reiterada que en asunto como el que nos ocupa ha de ir matizando.

#### 4.-La restricción de las libertades de circulación de mercancías y de prestación de servicios

4.1.-No se analiza la restricción de la libertad de circulación de mercancías pues es completamente secundaria respecto la libre prestación de servicios.

Vimos *supra* que la cuestión prejudicial pregunta expresamente si, con arreglo a Derecho comunitario, está justificada la restricción de las libertades de prestación de servicios y de circulación de mercancías.

Por lo que se refiere a la primera es obvia la restricción pues se prohíbe explotar una variante del modelo de juego desarrollado por *Pulsar* con la consiguiente afectación tanto para los prestadores como para los destinatarios de ese servicio.

La prohibición de las autoridades alemanas también implica un obstáculo para la circulación de mercancías en la medida que deja de haber interés por adquirir el equipo que *Pulsar* suministra para la práctica de su juego. No obstante, conforme a jurisprudencia constante<sup>11</sup> del TJCE, cuando una libertad fundamental aparece limitada como consecuencia inevitable de la restricción de otra el análisis de si hay o no justificación suficiente con arreglo a razones imperiosas de interés general se hace sólo respecto de la libertad afectada de un modo principal. De acuerdo a esta doctrina el TJCE sólo examina el caso a la luz de la libre prestación de servicios, dejando a un lado cualquier consideración a la libre circulación de mercancías porque su sacrificio es meramente accesorio o, con las palabras de la sentencia, «por completo accesorio con respecto a la otra y puede subordinarse a ella».

4.2.-La no aplicabilidad de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* para excluir la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios.

En la sentencia *Keck y Mithouard* el TJCE entendió que la prohibición absoluta de venta de un producto restringe la libre circulación de mercancías y no así una regulación que consistiese en limitar sin discriminación por razón de nacionalidad las modalidades de venta posibles, pues esta última no

<sup>11</sup> Véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, C-275/92, ap. 22 (Rec. pg. I-1039), de 22 de enero de 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, ap. 31, Rec. pg. I-607, así como la sentencia de 25 de marzo de 2004, *Karner*, C-71/02, ap. 46 (Rec. pg. I-0000).

puede impedir el acceso de estos productos al mercado del Estado miembro de importación o dificultarlo más que al de los productos nacionales<sup>12</sup>.

La autoridad gubernativa de Bonn pretende extender por analogía esta doctrina al presente supuesto para sostener que la prohibición impuesta a las actividades empresariales de Omega no implica una restricción a la libre prestación de servicios puesto que no se prohíbe ni la explotación de un laserdromo en sí misma ni la utilización de los servicios de Pulsar en su conjunto, sino únicamente una modalidad de uso, esto es, la variante del juego que consiste en «jugar a matar».

El TJCE resuelve tácitamente esta objeción pues sin llegar a considerarla pasa a, dando por sentado que sí hay una afectación clara a la libre prestación de servicios, examinar si hay una justificación suficiente. Sin embargo, la Abogado General Stix-Hackl sí dedica un importante espacio a desvirtuar la idea de la traslación analógica de la doctrina *Keck y Mithouard* al campo de la libre prestación de servicios, afirmando en los apartados 35 a 37 que:

a) «la regulación de una modalidad de prestación de cualquier servicio –con independencia del lugar donde se produzca– debe considerarse necesariamente como una restricción pertinente a efectos del Derecho comunitario precisamente en razón de la incorporeidad de los servicios, sin que en ese caso sea en modo alguno posible establecer una distinción entre las normas relativas a las modalidades de prestación y aquellas otras que afectan directamente al propio servicio».

b) «la aplicación por analogía de la jurisprudencia *Keck y Mithouard* a las normas del Estado destinatario de los servicios tampoco resulta convincente a la luz del principio del país de origen que subyace en el artículo 49 CE. Esto explica asimismo por qué razón el Tribunal de Justicia ha considerado, en una reiterada jurisprudencia –sin establecer una distinción como la de la sentencia *Keck y Mithouard*–, que el artículo 49 CE se aplica también a normas de ese tipo. En efecto, con arreglo a dicha jurisprudencia» la observancia del principio enunciado en el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad, sino también suprimir *todas* las restricciones que impiden o dificultan de cualquier forma la actividad del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, en el que presta servicios análogos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. pg. I-6097), en especial el ap. 16.

<sup>13</sup> La cita corresponde a la sentencia de 6 de marzo de 2003, *Comisión/Luxemburgo* (C-478/01, Rec. pg. I-2351), apartado 18. La Abogado General remite también a las sentencias de 13 de febrero de 2003, *Comisión/Italia* (C-131/01, Rec. pg. I-1659), ap. 26; de 11 de julio de 2002, *Gräbner* (C-294/00, Rec. pg. I-6515), ap. 38; de 3 de octubre de 2000, *Corsten* (C-58/98, Rec. pg. I-7919) ap. 33; de 28 de marzo de 1996, *Guiot* (C-272/94, Rec. pg. I-1905), ap. 10; de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst* (C-43/93, Rec. pg. I-3803), ap. 14, y de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90, Rec. pg. I-4221), ap. 12.

Por su referencia directa al problema son muy interesantes las reflexiones efectuadas por el Abogado General Sr. Cosmas en la nota 22 de sus conclusiones de 30 de noviembre de 1999 en el asunto *Corsten* (citado en esta misma nota).

c) «la regulación de las modalidades de oferta en el Estado miembro del prestador de servicios condiciona directamente el acceso al mercado de servicios, ya que no sólo afecta a las ofertas de servicios hechas en dicho Estado miembro, sino también a las ofertas realizadas en otros Estados»<sup>14</sup>.

#### 5.-La justificación de la restricción de la libre prestación de servicios.

##### 5.1.-Modalidades

Sentado que la prohibición del *lasersport* en su modalidad de «jugar a matar» sí implica una restricción de la libertad de prestación de servicios procede examinar si estamos en presencia de alguna razón que la justifique suficientemente de acuerdo al Derecho comunitario. Caben tres modos de construir esta justificación:

a) que la libertad de prestación de servicios entre en conflicto con otra norma de Derecho comunitario que tenga el mismo rango, de suerte que hay que resolver esa colisión normativa conciliando ambas disposiciones. Esto es lo que ocurre cuando entra en conflicto una libertad fundamental con un derecho fundamental comunitario, como hemos visto *supra* en el epígrafe destinado al asunto *Schmidberger*, al que aquí nos remitimos.

b) El artículo 46, aplicable en materia de libre prestación de servicios públicos en virtud de la remisión que hace el artículo 55 TCE, autoriza límites a esta libertad fundamental siempre que deriven de «... disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que *prevean un régimen especial para los extranjeros*<sup>15</sup> y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas». Quiero llamar la atención de que las restricciones amparadas por este artículo necesariamente deben implicar una regulación que discrimine por razón de nacionalidad, lo que no se produce en el asunto *Omega Spielhallen*, en el cual la orden restrictiva es igualmente aplicable a los nacionales que a los extranjeros<sup>16</sup>.

c) En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha reconocido a los Estados

<sup>14</sup> La Abogado General pone de relieve que esta idea ya la recogió la Sentencia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93 (Rec. pg. I-1141), apartados 36 y ss.

<sup>15</sup> La cursiva es añadida por el autor.

<sup>16</sup> Véase, y la destaco para poner de relieve la vigencia actual de su doctrina, que la sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión/Germany*, C-476/98 (Rec. 2002, pg. I-9855), que afirma en su apartado 157 que «según jurisprudencia reiterada, el recurso a la justificación fundada en el orden público, prevista en el artículo 56 del Tratado, exige que sea necesario mantener una medida discriminatoria para hacer frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, 30/77, Rec. pg. 1999, apartado 35; de 29 de octubre de 1998, *Comisión/España*, C-114/97, Rec. pg. I-6717, apartado 46, y de 19 de enero de 1999, *Calfa*, C-348/96, Rec. pg. I-11, apartado 21). Resulta de ello que debe existir una relación directa entre esta amenaza, que, por lo demás, debe ser actual, y la medida discriminatoria adoptada para hacerle frente (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* y otros, 352/85, Rec. pg. 2085, apartado 36, y *Calfa*, antes citada, apartado 24)».

miembros la posibilidad de imponer restricciones no discriminatorias a la libre prestación de servicios sobre la base de «razones imperativas de interés general»<sup>17</sup>. Este mecanismo, como es obvio, es el aplicable al caso que nos ocupa y en este sentido se manifiesta expresamente el órgano jurisdiccional remitente que, según recoge el apartado 14 de la sentencia, «considera que el litigio principal proporciona la ocasión de precisar en mayor medida los requisitos a los que el Derecho comunitario somete la restricción de una determinada categoría de prestaciones de servicios o de la importación de ciertas mercancías. Señala que, *según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, las restricciones a la libre prestación de servicios que resultan de medidas nacionales *indistintamente* aplicables sólo son admisibles si están justificadas por *razones imperativas de interés general*, son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para su consecución».

5.2.—El concepto de orden público o, más precisamente, las razones imperativas de interés general.

En teoría son dos mecanismos justificativos distintos, en el primero la medida restrictiva tiene que ser discriminatoria mientras en el segundo ha de ser indistintamente aplicable a nacionales y extranjeros. Sin embargo, hay dos notas que aconsejan hacer un tratamiento conjunto. De un lado, porque no parece que su régimen jurídico difiera más allá de la distinción mencionada y, de otro, porque el TJCE a menudo utiliza la noción orden público cuando de lo que se trata, conforme a su propia jurisprudencia, es de razones imperativas de interés general. Puede verificarse en el caso que nos ocupa apreciando el contraste entre la calificación del órgano remitente (apartado 14 de la sentencia, transcrito en el epígrafe anterior), la del Abogado General (apartado 39 de sus conclusiones<sup>18</sup> y la del Tribunal (apartado 28 de la sentencia<sup>19</sup>).

El orden público como mecanismo justificativo de la limitación de una libertad fundamental exige que en la medida restrictiva concurren tres exigencias:

<sup>17</sup> J. SNELL, *Goods and services in EC Law: a study of the relationship between the freedoms*, 2002, pgs. 181 y ss.

<sup>18</sup> El apartado 39 de las conclusiones afirma que «Tanto la autoridad gubernativa como la Comisión y el Gobierno federal alemán consideran posible que exista una justificación de la restricción de la libre prestación de servicios de que se trata derivada de la orden gubernativa controvertida en el procedimiento principal. En este contexto, se invocan *tanto* las razones previstas en el artículo 46 CE, en relación con el artículo 55 CE, *como* las razones imperativas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia». La cursiva es añadida por el autor.

<sup>19</sup> El apartado 28 de la sentencia dice «Por lo que se refiere a la justificación de la restricción impuesta a la libertad de prestación de servicios por la orden de 14 de septiembre de 1994, el artículo 46 CE, aplicable en la materia en virtud del artículo 55 CE, admite restricciones justificadas por razones de salud, seguridad u orden públicos».

- a) que esté motivada por una causa de orden público, esto es, que la medida obedezca a «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» o, si utilizamos la jurisprudencia relativa a las restricciones indistintas, que existan «razones imperiosas de interés general». A mi modo de ver son conceptos de geografía similar, cuando no idéntica. Usar uno u otro puede ser más o menos correcto de acuerdo a la jurisprudencia del TJCE, pero lleva al mismo resultado.
- b) que la medida restrictiva sea adecuada para alcanzar su objetivo.
- c) que la medida restrictiva sea proporcional, esto es, que no vaya más allá de lo estrictamente necesario.

El TJCE tiene poder para revisar la decisión de un Estado miembro de imponer una medida restrictiva, o lo que es lo mismo de controlar la presencia de los tres requisitos necesarios. No obstante, atendiendo a que las circunstancias específicas que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, la jurisprudencia del TJCE reconoce a los Estados miembros un amplio margen de apreciación<sup>20</sup>, que en la práctica se convierte en casi absoluto porque el TJCE no suele entrar a realizar valoraciones propias en este punto<sup>21</sup>. Las únicas causas que el TJCE ha rechazado como de orden público son los fines económicos<sup>22</sup> y las dificultades meramente administrativas.

Por el contrario, el TJCE suele empeñarse de un modo riguroso en el test de necesidad y proporcionalidad de una determinada restricción. Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, que el TJCE en el asunto *Zenatti*<sup>23</sup> acepta que se adopten medidas restrictivas de las actividades conectadas con las apuestas deportivas para la prevención del crimen, pero muestra sus dudas de que las efectivamente tomadas sean adecuadas y proporcionadas.

### 5.3 Análisis de la sentencia

La sentencia Omega Spielhallen acude al concepto de orden público para verificar si está justificada la restricción a la libre prestación de servicios impuesta por las autoridades alemanas. Dedicó los apartados 30, 31 y 36 a

<sup>20</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (41/74, Rec. pg. 1337), aps. 18 y 19, y, más recientemente, la de 14 de marzo de 2000, *Église de scientology* (C-54/99, Rec. pg. I-1335), ap. 17.

<sup>21</sup> J. SNELL, *Goods and services in EC Law: a study of the relationship between the freedoms*, 2002, pgs. 191 y 192. Ejemplos de razones imperiosas de interés general aceptados por el TJCE son el buen funcionamiento del sistema judicial, la protección social de los trabajadores, la política cultural, el mantenimiento de la buena reputación del sistema financiero o los juegos de azar. Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (41/74, Rec. pg. 1337), aps. 18 y 19, y, más recientemente, la de 14 de marzo de 2000, *Église de scientology* (C-54/99, Rec. pg. I-1335), ap. 17.

<sup>22</sup> Por todas *Rutili*, ap. 30, y *Église de scientology*, ap. 17.

<sup>23</sup> C-67/98

recordar las características propias de este mecanismo de justificación, tal como las hemos expuesto en el epígrafe anterior.

En el apartado 32 el TJCE acepta que la actividad que fue objeto de prohibición amenazaba el orden público pues menoscababa un valor constitucional como es el de la dignidad humana. Lo más significativo, a pesar de que se mueve dentro del modo habitual de comportarse del TJCE, es la explícita deferencia a las consideraciones hechas por las autoridades alemanas<sup>24</sup>.

Más adelante se adentra en el enjuiciamiento de la necesidad y proporcionalidad de la orden restrictiva en relación al objetivo de interés público que persigue. Y en este contexto responde a la cuestión prejudicial que se le planteó, esto es, si es imprescindible una *opinio iuris* común en los Estados miembros acerca de las medidas restrictivas para que sean legales conforme al Derecho comunitario. El TJCE afirma que en la sentencia Schindler.

«no tuvo la intención de formular un criterio general para apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica... al contrario, como resulta de reiterada jurisprudencia posterior a la sentencia Schindler, antes citada, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia (véanse las sentencias, antes citadas, Lákrá y otros, apartado 36, y Zenatti, apartado 34, así como la sentencia de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros, C-6/01, Rec. pg. I-8621, apartado 80)».

Ahora bien, esto no resuelve del todo el problema, pues aun queda saber si efectivamente la prohibición de la actividad económica es para el Derecho comunitario una restricción justificada o no. Ello dependerá de si superan o no el test de necesidad y proporcionalidad. Aquí es donde sorprende el TJCE pues, en lugar de mantener su práctica de hacer un escrutinio detallado, vuelve a preferir una postura deferente hacia las consideraciones de las autoridades alemanas<sup>25</sup>, cuya lectura crítica se realiza en el epígrafe V.1.

Hay, en fin, otro elemento en la sentencia que no se alcanza a comprender. Consiste en que, a pesar de optar por el concepto de orden público como justificación de la restricción de la libre prestación de servicios, no se resiste

<sup>24</sup> Dicho apartado dice lo siguiente «En el litigio principal, *las autoridades competentes* estimaron que la actividad objeto de la orden de prohibición amenazaba el orden público debido a que, según la concepción predominante en la opinión pública, la explotación comercial de juegos de entretenimiento que impliquen la simulación de acciones homicidas menoscaba un valor fundamental consagrado por la constitución nacional, como es la dignidad humana. *Según el Bundesverwaltungsgericht*, los órganos jurisdiccionales nacionales que han conocido del asunto han compartido y confirmado la concepción sobre las exigencias de protección de la dignidad humana en que se fundamenta la orden controvertida y, por tanto, *esta concepción debe considerarse conforme a las disposiciones de la Ley Fundamental alemana*». Las cursivas han sido añadidas por el autor para enfatizar la deferencia.

<sup>25</sup> Ap. 39.

a destinar varios apartados (33 a 35) a la protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario, afirmando que ocupan un puesto en él como principios generales del derecho. Parece que concluye que el respeto a la dignidad humana es un principio general del derecho que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario. Pero sólo lo parece porque si así fuera lo que tendría que haber sostenido es que había en una colisión de normas que requiere de una conciliación entre ellas. Pero, lejos de hacer eso, continúa el análisis de las razones de orden público como justificación suficiente de la restricción de la libre prestación de servicios.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES

### 1. La deferencia del TJCE hacia las autoridades nacionales en el contexto de la doctrina Solange

Cuando el Derecho comunitario y un Derecho nacional se reputan competentes para regir una determinada situación –en especial cuando arrojan soluciones distintas surge un conflicto jurisdiccional de primer nivel, ya tradicional pero no por ello menos actual, a saber–, ¿qué juez es la última instancia para decidir finalmente qué norma prima y cuál cede?

El TJCE resolvió desde antiguo este dilema afirmando el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, incluso sobre sus normas constitucionales y, como complemento de lo anterior, su *Kompetenz-Kompetenz*, esto es, que tiene la última palabra sobre la extensión del Derecho comunitario lo cual indirectamente delimita su competencia para actuar.

Los tribunales constitucionales nacionales parten de que las instituciones comunitarias tienen competencias limitadas que son fruto de la delegación de poderes que hacen los Estados miembros de acuerdo a sus constituciones. De aquí derivan inexorablemente a) que cuando las autoridades comunitaria actúan fuera de sus competencias –ultra vires– no opera el principio de primacía y b) que son ellos quienes, interpretando sus respectivas constituciones, tienen la última palabra para delimitar el ámbito de la delegación hecha al nivel comunitario.

Estas ideas conducen al Tribunal Constitucional Alemán en 1974 a afirmar la doctrina *Solange*, esto es, a declarar su derecho a revisar la conformidad del Derecho comunitario con la Ley Fundamental de Bonn mientras tanto (*solange*, en alemán) aquél careciese de un estándar de protección de los derechos fundamentales acorde con ésta<sup>26</sup>.

Para evitar que la doctrina Solange se consolidase y se extendiese entre todos los tribunales constitucionales, lo cual implicaría acabar con la unidad

<sup>26</sup> 1974 BVerfGE 37, pgs. 271 y ss., en especial 280 (*Solange I*).

del Derecho comunitario<sup>27</sup> y atacar frontalmente la seguridad jurídica, el TJCE reaccionó a) declarando a principios de los años 70 que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»<sup>28</sup> y repitiéndolo constantemente hasta finales de los años 80<sup>29</sup> y b) asegurando a los Estados miembros que se considera incompetente para revisar la legalidad conforme al derecho comunitario de las normas nacionales que quedan fuera del ámbito comunitario<sup>30</sup>.

Esta doble *deferencia* hacia las posiciones de los tribunales constitucionales nacionales surtió efecto porque el Tribunal Constitucional Alemán en 1987 suavizó la doctrina *Solange*. Reafirma su poder para revisar la conformidad del Derecho comunitario con el nivel de protección de los derechos fundamentales otorgado por su texto constitucional, pero al mismo tiempo declara que con carácter general no lo usará porque el TJCE está protegiéndolos suficientemente<sup>31</sup>.

Esta segunda versión de la doctrina *Solange* lleva funcionando con éxito y consolidándose desde entonces hasta la actualidad<sup>32</sup>. Sin embargo, implica

<sup>27</sup> STJCE de 17 diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Asunto 11/70, ap. 3.

<sup>28</sup> *Ibid*, ap. 4.

La primera vez que el TJCE hizo referencia a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario fue un año antes en la sentencia de 12 noviembre de 1969, *Stauder vs Stadt Ulm*, Asunto 29/69 (Rec. pg. 00419), cuyo apartado 7 decía «la disposition litigieuse ne revele aucun element susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes generaux du droit communautaire, dont la cour assure le respect». La novedad que se incorpora en *Internationale Handelsgesellschaft* es la vinculación de los derechos fundamentales a las tradiciones comunes de los Estados miembros.

<sup>29</sup> Vid. las sentencias del TJCE de 14 mayo 1974, *Nold KG vs Commission*, Asunto 4/73 (Rec. pg. 00491), de 13 diciembre 1979, *Hauer vs Land Rheinland-Pfalz*, Asunto 44/79 (Rec. pg. 03727), de 26 junio 1980, *National Panasonic vs Commission*, Asunto 136/79, ap.18 (Rec. pg. 02033), de 11 julio 1985, *Cinétheque vs Fédération nationale des cinémas français*, Asunto 60 et 61/84, ap. 26 (Rec. pg. 02605), de 30 septiembre 1987, *Demirel vs Stadt Schwäbisch Gmünd*, Asunto 12/86, ap. 28 (Rec. pg. 03719) de 13 julio 1989, *Wachauf vs Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Asunto 5/88, ap. 18-22 (Rec. pg. 02609).

<sup>30</sup> Muy expresivo es el apartado 28 de la recién citada sentencia *Wachauf*, que dice «il convient de constater que la cour, comme elle l' a reconnu dans son arret du 11 juillet 1985 (*Cinetheque*, affaires jointes 60 y 61/84, Rec. pgs. 2605, 2618), doit veiller au respect des droits fondamentaux dans le domaine du droit communautaire, mais ne peut verifier la compatibilite, avec la convention europeenne des droits de l' homme, d' une reglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire».

<sup>31</sup> 1986 BVerfGE 73, pgs. 339 y ss., en especial 340 y 387 (*Solange II*).

<sup>32</sup> 1993 BVerfGE 89, pgs. 155 y ss., en especial 174 (*Maastricht*), 2000 BVerfGE 102, pgs. 147 y ss. En la doctrina, por todos, el ex juez constitucional D. GRIMM, «The ECJ and National Courts: the german constitutional perspective after the Maastricht Decision», *Columbia Journal of European Law*, vol. 3 (1997), en especial pgs. 234 y 235.

un equilibrio muy débil pues en cualquier momento el *BundesVerfassungsgericht* puede entender que el TJCE no está dispensando a un derecho fundamental el respaldo que éste tiene de acuerdo al sistema constitucional alemán y, en consecuencia, declarar que ese caso queda sujeto al Derecho alemán en lugar de al Derecho comunitario y bajo su autoridad como intérprete constitucional supremo en detrimento de la competencia del TJCE.

Entiendo que esta amenaza, no sólo a los poderes del TJCE sino a la propia unidad del Derecho comunitario, ha estado muy presente en la resolución por el TJCE del asunto Omega Spielhallen. En efecto, el TJCE puede haber pensado con cierto fundamento que si resolvía este conflicto a favor de la libre prestación de servicios el Tribunal Constitucional Alemán concluiría que el respeto a la dignidad humana, derecho fundamental esencial en su sistema constitucional, no era suficientemente garantizado por el Derecho comunitario y, reviviendo la doctrina Solange, afirmar que es un asunto que cae fuera del ámbito competencial del Derecho comunitario y que él, y no el TJCE, tiene la última palabra como intérprete supremo de la Constitución alemana.

Por sí sola la resolución de la cuestión prejudicial a favor de que un modo particular de entender el respeto a la dignidad humana por las autoridades alemanas es justificación suficiente para una restricción a la libre prestación de servicios como supuesto de orden público no es, a mi modo de ver, argumento suficiente para concluir que en la decisión del TJCE influyó el trasfondo de la doctrina *Solange*. Lo que me incita a proponer esta idea es que el TJCE cuando llega el momento de ponderar la proporcionalidad de la prohibición alemana para con el objetivo de salvaguardar el respeto a la dignidad humana, que es una actividad requerida al enjuiciar si hay una causa de orden público, no realiza ninguna valoración propia limitándose a remitir a lo dicho por los tribunales alemanes que ya habían actuado en el caso. Puede decirse que el TJCE no hizo un análisis propio de la necesidad de la medida nacional sino que, guiado por un criterio de *deferencia* hacia los tribunales alemanes que busca evitar divergencias interpretativas, hace suya la valoración de éstos sin explicar por qué<sup>33</sup>.

Por lo que se refiere a la definición de las razones imperiosas de interés general que justifican una restricción a una libertad económica el TJCE ha venido reconociendo a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación, que en la práctica se convierte en poco menos que absoluto porque el Tribunal, fuera de insistir en que los objetivos de política econó-

<sup>33</sup> El ap. 39 de la sentencia afirma «procede señalar que, según el órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania». Las cursivas las añade el autor.

mica no pueden constituir razones de orden público<sup>34</sup>, omite cualquier enjuiciamiento revisor.

Por el contrario, cuando se trata de examinar la adecuación y la proporcionalidad de la medida restrictiva nacional en relación al objetivo de interés general, el TJCE deja a un lado la deferencia hacia las autoridades nacionales y procede a un examen detallado<sup>35</sup>. En el asunto *Omega Spielhallen*, sorprendentemente, se separa de su constante jurisprudencia. Entre otras cosas, sorprende que no haya una consideración hacia el efecto restrictivo que esta medida produce sobre algunos de los derechos fundamentales protegidos por el Derecho comunitario, como el derecho del propietario del laserdromo a usar su propiedad, o el derecho de quienes lo operan a ejercer la profesión de su elección y, sobre todo, la libre autodeterminación de los eventuales jugadores. Y en especial si no había otro modo de cumplir con las razones imperiosas argüidas por las autoridades alemanas afectando menos a estos derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

**2. »Colisión de normas de Derecho comunitario» y «razones imperiosas de interés general como justificación de restricciones a las libertades fundamentales» son dos mecanismos técnicos distintos para elevar el peso específico de los derechos fundamentales**

Superficialmente todo apunta a que son dos manifestaciones del desembarco de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario y de su colisión con las, en el reciente pasado sacrosantas, libertades de circulación consagradas por el Derecho originario, que se resuelve en detrimento de éstas y a favor de aquéllos, como corresponde a una integración europea que ya no es sólo económica. Sin embargo, quiero destacar desde este momento inicial que, desde un punto de vista técnico-jurídico, son dos casos muy diferentes.

La sentencia del asunto *Schmidberger* sí responde a esa estructura porque la libertad de expresión y el derecho de reunión, tal como se aplican en el caso concreto, se ajustan a las tradiciones comunes de los Estados Miembros y, en consecuencia, fungen como principios generales del Derecho comunitario. Esto es, presumiblemente, cualquier Estado miembro habría interpre-

<sup>34</sup> Según mis comprobaciones la primera vez lo declara la sentencia de 8 de octubre de 1975, *Rutili*, Asunto 36/75, que en su apartado 30 dice «Moreover, article 2 of the same directive provides that grounds of public policy shall not be put to improper use by being invoked to service economic ends». Luego aparece en las sentencias de 26 abril 1988, *Bond van Adverteerders*, Asunto 352/85, de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Asunto C-288/89, de 21 de octubre de 1999, *Zenatti*, asunto C-67/98 y en la de 20 de junio de 2002, *Radiosistemi*, asuntos reunidos C-388/00 y 429/00.

<sup>35</sup> Véase el interesante estudio de J. SNELL, *Goods and services in EC Law: a study of the relationship between the freedoms*, 2002, pgs. 195 y ss.

tado esos derechos fundamentales del mismo modo y, en consecuencia, habría limitado la libre circulación de mercancías en idénticas circunstancias.

Por el contrario, en el asunto *Omega Spielhallen* las autoridades alemanas, con base en un entendimiento particular del respeto a la dignidad humana, prohíben una actividad económica que sí es legal en otros Estados miembros como consecuencia, obviamente, de que éstos conciben el respeto a la dignidad humana con otros contornos. Dado que no se puede hablar de una tradición común a los Estados miembros de la que derive la cláusula de respeto a la dignidad humana no es posible calificarla como principio general del Derecho comunitario. El TJCE, al considerar si esa limitación de la libre prestación de servicios es acorde con el ordenamiento jurídico comunitario, no se puede plantear una colisión de normas de Derecho comunitario como hizo en *Schmidberger* sino que debe examinar si la restricción está justificada por motivos de orden público.

Conforme a una visión global, que no por ello deja de ser plenamente jurídica, queda claro que estas sentencias son resultado del nuevo peso específico que el TJCE quiere dar a los derechos fundamentales en el Derecho comunitario, para imprimir a éste un nuevo carácter que sea adecuado a las nuevas exigencias de la integración europea. Sin embargo, un examen cuidadoso exige apreciar que en el primer supuesto sí se trata en puridad de la pugna entre un derecho fundamental comunitario y una libertad económica comunitaria mientras en el segundo estamos de frente a la tensión entre lo uniforme –la aplicación sin excepción de la libre prestación de servicios– y lo particular –el especial modo de entender en Alemania el respeto a la dignidad humana–, que es en sí, e independientemente de la conexión con un derecho fundamental, otro de los escenarios en que la jurisprudencia del TJCE tiene que aportar reacomodos, pero también certezas, para configurar ese nuevo Derecho comunitario que necesita la «Europa de los ciudadanos y de los pueblos».

Hago mías para terminar las palabras del abogado general Sr. Trabucchi, en unas conclusiones que datan de hace más de 30 años: si queremos que el derecho comunitario no sea únicamente una normativa mecánica de la economía, sino que constituya un ordenamiento jurídico a la medida de la sociedad que debe regular, si queremos que exista un derecho conforme a la idea de justicia social y a las exigencias de la integración europea tanto respecto de la economía, como también de los pueblos, no podemos defraudar las expectativas que en nosotros se depositan.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Conclusiones de 10 de junio de 1975, *Esposos F.*, 7/75 (Rec. pg. 679; selección española), punto 6.