

drá que ser tenido en cuenta los condicionamientos sociales, culturales, religiosos, políticos y económicos de la sociedad receptora.

Estas y alguna otra respuesta a los problemas prácticos que giran alrededor de los extranjeros son las que nos ofrece Sartori en una obra pensada, pausada y reflexiva que viene a desmontar muchos de los arquetipos que se dan en la sociedad multiétnica y cuya lectura sería deseable que practicaran muchos de los agentes políticos y sociales que trabajan diariamente en aspectos relacionados con la inmigración.

Para Sartori, "la buena sociedad" es la sociedad abierta que él identifica con una sociedad pluralista basada en la tole-

rancia, en la reciprocidad y en el reconocimiento del valor de la diversidad y que no debe de ser negada por el multiculturalismo, que no persigue una integración diferenciada sino una desintegración multiétnica.

En la idea de Sartori late el dilema entre pluralismo y multiculturalismo y la idea de que hay valores fundamentales a los que la sociedad no puede renunciar. La integración adecuada permite preservar el pluralismo, mientras que el multiculturalismo conduce al gueto y a la disgregación.

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ
UNED

Angel RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001

El libro que reseño formula en su último capítulo un problema central: ¿qué ocurre si los estándares supranacionales de protección de los derechos fundamentales se sitúan por debajo del amparo que garantiza nuestra Constitución? No obstante, hasta desembocar en esta cuestión final, el profesor Rodríguez analiza paulatinamente las piezas que la sostienen lógicamente —la expansión de los derechos fundamentales en el ámbito supranacional y la ausencia de límites en los ordenamientos supranacionales para frenar esa expansión—, elementos que además, como ahora veremos, sugestionan y arrojan dudas por sí mismos.

I

El primer paso del discurrir que lleva a la pregunta final consiste en señalar la concurrencia de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el ordenamiento comunitario —en especial la Carta— con los garantizados en nuestra Constitución. Para tomar

este inevitable punto de partida, el autor describe dos vías de integración constitucional: el poder de integración del art. 93 y la integración *ope constitutione* del art. 10.2. Ambos canales tendrían como consecuencia la aplicación del derecho supranacional derivado sin el concurso de la voluntad estatal (bien las normas "subconvencionales" creadas por el TEDH, bien las distintas fuentes recogidas por el ordenamiento comunitario), cumpliendo así con la condición que define, según el libro, el fenómeno de integración: la eficacia directa de las normas imputables a los órganos de organizaciones internacionales.

En mi opinión, no cabe discutir la confluencia de derechos fundamentales que presenta el libro. Sin embargo, ofrece algunas dudas que el estudio común de los derechos fundamentales del Convenio y del ordenamiento comunitario en su convergencia con los previstos en la Constitución, se quiera justificar al ordenar ambas realidades supranacionales bajo el concepto de integración constitucional. Y es que, el peso de esta identificación, según el libro,

recae en la calificación de la doctrina de las sentencias del TEDH como normas "subconstitucionales", en cuanto que van "mucho más allá de la aplicación casuística del texto, para convertirse en algo muy parecido a una colección sistemática de normas de desarrollo" (pág. 138). Yo entiendo que comparar la potencialidad normativa de la doctrina del TEDH con la de las fuentes del derecho comunitario derivado es tan plausible como la postura contraria, es decir, marcar sus diferencias. Primero porque la doctrina del TEDH extiende los enunciados de la cadena normativa prevista en la Convenio, tarea importante pero en todo caso fragmentaria, mientras que las fuentes comunitarias tienen la plena potestad de establecer cadenas normativas completas¹. Y, segundo, porque al parangonar los efectos de la normas "subconvencionales" y el derecho comunitario derivado, no se puede olvidar que la doctrina del TEDH tiene el efecto de ser canon interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales, mientras que las fuentes comunitarias son capaces de crear derechos subjetivos por sí mismas, diferencia cuantitativa y, por qué no, cualitativa².

En todo caso, al margen de estas dudas, no cabe soslayar la concurrencia de los derechos reconocidos en el Convenio y en el ordenamiento comunitario con los

derechos dispuestos en la Constitución. Convergencia que, como distingue el autor, nace de los efectos, indisponibles que la Constitución otorga a sendas realidades supranacionales frente a los poderes constituidos: ser canon de interpretación para los derechos de la Convenio (art. 10.2) y potencial eficacia directa para los comunitarios (con las salvedades que ahora veremos para la Carta). Efectos indisponibles que sobradamente justifican y recomiendan el estudio conjunto que se realiza en el libro.

II

Sentada la incidencia de los derechos fundamentales del Convenio y del ordenamiento comunitario en nuestro sistema constitucional, Angel Rodríguez analiza la extensión de los derechos reconocidos en ambos cuerpos normativos y la ausencia de límites supranacionales a esa extensión, estableciendo así el segundo presupuesto que conduce al problema final del libro.

Respecto al Convenio, en el libro se aprecia acertadamente cómo la expansión ha incidido en el contenido y en los mecanismos de protección. Centrado en la inflación del contenido, el profesor Rodríguez se ocupa en desvelar los criterios argumentativos que han provocado la ampliación por vía jurisprudencial de los derechos. El primer paso de esta tarea jurisprudencial consistió en rechazar los principios interpretativos clásicos del Derecho internacional —interpretación restrictiva y usos de los trabajos preparatorios—. Rechazo que sólo podía llegar redefiniendo el objetivo del Convenio: el fin del mismo no era establecer meramente obligaciones y derechos para los Estados, sino, sobre todo, reconocer derechos para los individuos. Convertido el individuo en eje del Convenio, el TEDH se embarcó "en la protección del ejercicio cotidiano de los derechos fundamentales" (pág. 108), valiéndose para ello —y aquí está el segundo paso argumentativo— de nuevos

¹ Aunque ciertamente, si la comparación con el ordenamiento comunitario se ciñe a los derechos fundamentales parece más ajustada, pues la incidencia del derecho derivado en el desarrollo de éstos ha sido desigual, reposando su reconocimiento y delimitación en la doctrina del TJ.

² Es oportuno recordar que la sujeción al ordenamiento comunitario de los ciudadanos ha sido resaltada como el elemento clave que justifica el carácter constitucional del derecho comunitario, cfr. tempranamente E. STEIN: «Lawyers, Judges, and the making of a transnational Constitution», *AJIL*, Vol. 75, 1, 1981; y F. MANCINI: «The making of a Constitution for Europe». Idea recogida por el propio T J, Dictamen 1/91 r 14.12.91, (1991,1- 6079).

medios de interpretación. Por un lado, el principio de interpretación consensual, mediante el cual el TEDH acude a valores comunes de los Estados para dotar de sentido a una norma del Convenio. Por otro, el principio de interpretación autónoma, que, por contra, le permite interpretar conceptos del Convenio de modo independiente. En definitiva, el uso conjunto de ambos principios ha facilitado la extensión de las situaciones amparadas por el texto del Convenio, pero también, como subraya el autor, ha permitido que el TEDH decida para cada caso en qué medida el estándar de protección convencional debe diferenciarse del estándar estatal (pág. 112).

Una vez confirmada la potencialidad expansiva del Convenio, el libro atiende a la posibilidad de que el TEDH sea capaz de garantizar a los Estados su propio campo de actuación, limitando así la vis expansiva del Convenio. Para cumplir tal función sería preciso que el Convenio marcara criterios que pudieran deslindar la competencia de control del TEDH y de los tribunales nacionales, de modo que un ámbito de competencia exclusiva de estos últimos pudiera frenar la extensión de los derechos. En este sentido, el autor analiza la llamada doctrina del margen de apreciación estatal, utilizada inicialmente por los órganos judiciales nacionales para autorizar restricciones fundadas "en guerras o peligros públicos para la nación" (art. 15 CEDH), juicio que sólo podría ser corregido por el TEDH en caso de manifiesta incompatibilidad con el Convenio. Así las cosas, el margen de apreciación en favor de los tribunales estatales venía a crear una especie de reserva interpretativa al uso del Derecho internacional de los Tratados, frenando excepcionalmente la expansión del Convenio. Sin embargo, la traslación de esta doctrina a las "restricciones ordinarias" y en especial a las exigidas por "una sociedad democrática", la trasmutó, según el profesor Rodríguez, en la forma propia del principio del proporcionalidad, de suerte que el control del TEDH sobre la apre-

ciación de los jueces nacionales se hizo más intensa, socavando así la funcionalidad de la doctrina del margen de apreciación como parámetro adecuado para fijar un límite desde el Convenio a la expansión de sus derechos.

El autor sigue una lógica idéntica a la hora de estudiar la expansión de los derechos fundamentales comunitarios. Con una sencillez y brevedad que es digna de elogio da cuenta sumaria de la jurisprudencia comunitaria que concluyó reconociendo (por tanto, pienso que quizás sea excesivo hablar de expansión) los derechos fundamentales en la forma de principios comunitarios inspirados en la tradición de los Estados miembros y del CEDH. Cubierto este expediente, entra de lleno en el estudio de la Carta, texto que tal vez pueda tomarse en el futuro, entonces con acierto, como punto de partida de la extensión de los derechos fundamentales comunitarios. En su análisis resulta especialmente interesante la clasificación que realiza y las reflexiones que avanza en torno a la naturaleza jurídica.

Respecto a la clasificación, muestra los distintos orígenes de los derechos³: inspirados en la CEDH, en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en otros instrumentos internacionales, algunos de viejo pedigrí en el derecho comunitario derivado y otros realmente novedosos ("como la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos", art. 3.2). En mi opinión, de todo este crisol de derechos merecen especial atención los penúltimos, pues han dado cuerpo al Capítulo IV "Solidaridad", sin duda, el elenco de derechos que dogmática y políticamente causa más interrogantes⁴. Pero tampoco se

³ Derechos cuyos titulares pueden ser sólo los ciudadanos europeos, también los ciudadanos de terceros países o, en una fórmula general, todos.

⁴ Para v. BOGDANDY el contenido del capítulo "Solidaridad" puede ser interpretado de tres formas: como la constitucionalización de la satisfacción de las necesidades elementales

ha de olvidar que en la Carta no aparecen las libertades comunitarias clásicas recogidas en el Título 111 TCE⁵, auténticas estrellas de la doctrina del TJ, para cuya garantía este órgano ha utilizado a menudo la dogmática propia de los derechos fundamentales⁶, y de ahí que en más de una ocasión hayan sido calificadas como tales⁷. Esta por ver aún si esta exclusión tiene algún significado, pero en todo caso ofrece una importante simbología política.

Al indagar sobre la naturaleza jurídica de la Carta, el autor afirma —siguiendo los argumentos de la Comisión—: “la Carta surtiría prácticamente los mismos efectos tanto si es incorporada a los Tratados como si sólo es solemnemente proclamada [...] En ningún caso podría ser ignorada por el TJCE como referencia directa de los derechos fundamentales en tanto que principios generales del derecho comunitario, cumpliendo entonces su función de configurar esos principios generales” (pág. 229). Esta argumentación no puede ser sino ple-

según estuvieran cubiertas legislativamente en el momento de aprobarse la Carta (garantía de las prestaciones preexistentes; como protección frente a los actos de la Unión que reduzcan la protección brindada por los Estados miembros; y como meros objetivos a desarrollar por el derecho secundario, cfr. A. v. BOGDANDY; «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?», *JZ* 157, 2001, pág. 160. GIJZEN entiende que la garantía jurídica de estos derechos sólo se logrará con la incorporación de una acción procesal colectiva, con la legitimación activa de aquellos grupos que pueden verse afectados en la restricción de esos derechos, cfr. M. GIJZEN: «The Charter: A Milestone for Social protection in Europe?», *Maastricht Journal*, Vol. 8, 2001, pág. 46.

⁵ A excepción de la libre circulación de trabajadores, lógicamente subsumible en la libre circulación del art. 45 y en el 15.2 referido al derecho a trabajar.

⁶ Cfr. P. BEHRENS: «Die Konvergenz der Wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht» *EuR*, num. 27, 1992; y H. JARASS: «Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten», *EuR*, núm. 30, 1995.

⁷ Cfr. por ejemplo, C.48/89, Corsica Ferrées France, 13.12.89, (1989,1-4441, párrafo 8).

namente aceptada⁸. En mi opinión, la Carta en nada ha cambiado el punto de partida inicial: los derechos fundamentales los garantiza el TJ tomándolos como principios. Sin embargo, sí ha transformado sutilmente la capacidad del TJ para reconocer qué es un derecho fundamental. Hasta la Carta siempre existió la importante dificultad de no saber cuáles eran los derechos fundamentales que podría amparar el TJ, dificultad que ahora queda plenamente superada gracias a la certidumbre que ofrece la Carta: el TJ estará facultado para encontrar derechos fundamentales no recogidos en ella⁹, pero de ningún modo podrá negar el carácter de fundamental a los que la Carta catalogue como tales¹⁰.

⁸ CARRILLO SALCEDO, apoyándose en RODRÍGUEZ BEREIJO (representante en la Convención del gobierno español), destaca que la Carta fue elaborada con un rigor técnico “como si” fuera a tener plena eficacia jurídica, cfr. J.A. CARRILLO SALCEDO: «Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión». *RDCE*, núm. 9, 2001.

⁹ Aunque se ha de tener en cuenta el carácter inhibitorio que la Carta puede tener en el reconocimiento de nuevos derechos no recogidos en ésta, cfr. B. DE WITTE: «The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?», *Maastricht Journal*, Vol. 8, 2001, pág. 85.

¹⁰ Tomemos como ejemplo la opinión del Abogado General Tizzano en el caso *BECTU* (presentada el 8.2.2001). Al discutir si las vacaciones pagadas son un derecho fundamental (lo que restringiría en mayor medida la potestad normativa de los Estados miembros), el Abogado sostiene en el párrafo 28: “I consider that the Charter provides us with the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right”. El Tribunal llega a la misma conclusión, si bien con un lenguaje más modesto: “el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia” y sin mencionar la Carta (C-173/99, 26.6.01, párrafo 43). Esta sentencia y otras conclusiones de los Abogados Generales han sido comentadas por el autor de libro en su trabajo, A. RODRIGUEZ: «Sobre la naturaleza jurídica de la carta de derechos fundamentales en la Unión Europea», en prensa.

No obstante, el profesor Rodríguez señala con brillantez otra dificultad dimañada del carácter meramente proclamado de la Carta. Al no estar incluida en los Tratados, el desarrollo de los derechos fundamentales sólo vendrá de su conexión con otras políticas comunitarias (en detrimento de un catálogo sistemático de normas que fije los límites y las garantías de cada uno de los derechos), lo que sin duda supondrá realzar la relevancia del TJ, que será el encargado hacer eficaces los límites generales señalados por la Carta en el art. 52¹¹.

Todavía en el estudio de la naturaleza jurídica, el autor afirma que algunas disposiciones "están redactadas de manera que no es posible encontrar en ellas derechos subjetivos accionables, sino tan sólo mandatos al legislador [...] o meros principios programáticos". A mi modo de ver, tal aseveración —sin duda pensada a la luz del Capítulo III de nuestra Constitución— habría de ponerse al menos bajo cautela, pues resulta imposible olvidar la histórica facilidad del TJ para deducir derechos subjetivos donde sólo lo había obligaciones para los Estados. En la misma cautela o compás de espera sitúa el profesor Rodríguez los derechos en los que aparentemente no es posible su ejercicio sin actuación legislativa previa por mor de una coetilla del siguiente tenor "en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales" (art. 27, 34 y 36). Sin embargo, yo entiendo que en ese inciso final de los citados artículos no existe en verdad una estrangulación del derecho por vía de una supuesta interposición legislativa. El inciso, creo, tiene más

bien que ver con la intención de remarcar la tradicional atención que el derecho comunitario ha mostrado en preservar a los Estados miembros un amplio espacio de actuación en las materias afectadas por tales derechos. Qué decir del derecho a la información y consulta de los trabajadores, propio del ámbito competencial "derechos e intereses de los trabajadores", expresamente excluido de la armonización comunitaria (art. 95) y en el que se habilita sólo la potestad de dictar Directivas que "incorporen disposiciones mínimas" (art. 137.2 TCE). y lo mismo se puede argumentar en el caso de la seguridad social, tradicional campo de batalla donde los Estados han pretendido detentar una competencia exclusiva, mientras que el Derecho comunitario ha intentado proscribir la discriminación por razón de nacionalidad (pretensión consagrada en el art. 42 TCE). En definitiva, la acotación de estos artículos no ha de comprenderse en clave de limitación de derechos, sino con otro enfoque, el de la distribución competencial, cumpliendo una vez más la Carta la función de asegurar que ningún derecho supondrá la atribución de nuevas competencias.

Y este último problema nos permite enlazar con la cuestión de los límites que el propio ordenamiento comunitario ofrece frente a la extensión de los derechos fundamentales. A este respecto el profesor Rodríguez mantiene, al igual que en el caso del Convenio, una posición bastante escéptica. Comienza por relativizar el art. 51.2 de la Carta, donde se proscribe la utilización de ésta como base para la atribución de nuevas competencias en favor de la Unión. Muy acertadamente afirma el autor que la ausencia de una competencia genérica para regular derechos fundamentales, "no implica una falta general de competencia comunitaria para aprobar cualesquiera actos normativos de protección de derechos" (pág. 244). Para él, no sólo diversas bases jurídicas distribuidas en los Tratados permitirán un

¹¹ Si la Carta ha reducido la "función constituyente" del TJ (reconocimiento de derechos fundamentales), no parece que vaya a afectar su "función legislativa" (delimitación de esos derechos). Sobre esa doble función del TJ, cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: «Derecho y derechos en la Unión Europea», en prensa.

desarrollo sectorial de los derechos fundamentales¹², sino que incluso el art. 308 TCE es instrumento normativo hábil si se respetan los límites impuestos en el Dictamen 2/94: "que no modifique la posición de los derechos fundamentales como principios generales y que no altere el equilibrio institucional comunitario" (pág. 245).

Posteriormente atiende al art. 51.1 de la Carta, especialmente en lo referido a la vinculación de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, supuesta frontera que marcaría el ámbito estatal exento del control comunitario. En este sentido, intentando anticipar respuestas, da cuenta de una jurisprudencia dubitativa, que reconduce a través de la noción de agente comunitario: considerado el Estado como tal, la sujeción a los derechos fundamentales comunitarios sería plena (pág. 264). Sin negar un ápice a lo acertado de esta conclusión, en mi opinión, no se han de olvidar las dificultades para delimitar cuándo se es agente comunitario, es decir, cuándo se "aplica derecho de la Unión"¹³. Y en todo caso, podríamos añadir que no puede ser una cuestión que se resuelva sin prestar atención al mecanismo nacional de protección

de los derechos fundamentales, pues en muchas ocasiones, la declaración de incompetencia por parte del TJ no ha de cerrar el control nacional de los derechos fundamentales. Según mi parecer, la solución a este problema no vendrá tanto de hilvanar precisamente qué es aplicación del derecho comunitario y qué es actuación autónoma del Estado, sino en coordinar adecuadamente el uso de los procesos constitucionales y comunitarios de amparo de los derechos.

Siguiendo con la vinculación de los Estados miembros a la Carta, el autor da cobijo a una interesante hipótesis por la que la normatividad de los derechos fundamentales comunitarios se extendería a aquellas normas nacionales que sin ser desarrollo o ejecución de disposiciones comunitarias, ocupan un ámbito normativo potencialmente regulable por fuentes comunitarias que desplazarían así la normativa nacional. Sin duda, esta proposición es muy sugestiva por lo que tiene en favor de la protección de los derechos fundamentales y a mi modo de ver se ha aplicado en algunos derechos¹⁴. Sin embargo, ha de ser matizada en atención a dos parámetros. Primero, volviendo sobre lo dicho, no se ha de olvidar que más allá del control comunitario existe un control nacional de los derechos fundamentales que permite garantizar la protección de los derechos donde no está habilitado el control del TJ. Segundo, si se

¹² A. V. BOGDANDY recopila las bases que permitirían el desarrollo de los derechos fundamentales: art. 7 TUE, art. 12.2, art. 13, art. 18, art. 63, art. 136, art. 137, art. 141.3 y 177.2, todos ellos del TCE, cfr. A. v. BOGDANDY: «Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?», *JZ*, 157,2001, en especial nota al pie núm. 11.

¹³ Así el Abogado General GULLMAN pretende limitar el control a los meros actos automáticos de ejecución, considerando cualquier otra actuación estatal de desarrollo ámbito discrecional no vinculado a los derechos fundamentales comunitarios, véanse sus conclusiones de 20.4.93. párrafo 30 y sigs. para el C-2/92, *Bostock*, 24.394, (1994,1-995). En una consideración opuesta el Abogado General JACOBS entiende que la vinculación a los derechos fundamentales imponen una obligación de resultado, véanse sus conclusiones de 27.4.89, párrafo 24 y sigs. para el C-5/88, *Wachauf*, 13.7.89, (1989,2609).

¹⁴ Por ejemplo: el derecho a la tutela de los derechos e intereses comunitarios por el juez ordinario. La garantía de este derecho es una materia concurrente, garantizada por la legislación nacional en ausencia de normativa comunitaria. Pero la legislación nacional no es aplicada en caso de que haga imposible la tutela de los derechos comunitarios o la discrimine respecto a la tutela de derechos nacionales. Sobre este problema véase en general S. PRECHAL: «Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel», *CMLR* 35: 681-706, 1998; Y M. HOSKINS: «Tilting the balance: supremacy and national procedural rules», *E.L.Rev.*, núm. 21,1996.

considera que una normativa nacional no garantiza suficientemente un derecho en un ámbito sectorial, la corrección no ha de llegar necesariamente por mor del control judicial, sino que la actividad legislativa comunitaria, en ejecución de su competencia, puede, a la vez que regular una materia sectorial, disponer los medios normativos necesarios para una mejor garantía del derecho infra protegido por las fuentes nacionales desplazadas.

Por último, el profesor Rodríguez desecha la potencialidad del principio de subsidiariedad como freno a la expansión de las políticas comunitarias sobre derechos fundamentales. No se equivoca al señalar la doble dirección de la subsidiariedad como principio que justifica la conservación de competencias estatales, pero también la asunción de competencias comunitarias cuando es la Comunidad más eficaz. En todo caso, pienso que la exigua doctrina del TJ sobre el uso jurídico de este principio¹⁵ y la dimensión claramente política que le dio el protocolo añadido en Amsterdam justifican plenamente las aseveraciones del libro.

III

Las frágiles fronteras que los ordenamientos supranacionales levantan ante la expansión de sus propios derechos fundamentales, no son reforzadas por los límites formales que pueda ofrecer la Constitución. Como indica el autor, el art. 10.2 CE no es barrera en cuanto que, so pena de desnaturalizar su carácter herme-

¹⁵ En verdad, el TJ puede hacer un escaso uso de ese principio. Al evaluarse el uso correcto de una base jurídica comunitaria, el TJ no hace sino enjuiciar la pertinencia de la acción comunitaria, por lo que la subsidiariedad como criterio que permite distinguir la necesidad de esa acción comunitaria poco o nada puede añadir a la decisión del TJ, cfr. C84/94, *Reino Unido/Consejo*, 12.11.96, (1996,1-5793, párrafo 47).

néutico, permite ampliar el contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos. Y tampoco considera freno alguno para la expansión de los derechos fundamentales comunitarios las tesis del "principio de soberanía" o del "núcleo duro indisponible". En estas, circunstancias se impone finalmente la pregunta capital del libro, que presenté nada más iniciar este comentario: ¿qué ocurre si los estándares supranacionales de protección de los derechos fundamentales se sitúan por debajo del amparo que garantiza nuestra Constitución?

Llegado a este punto del libro, formular tal cuestión es ya un logro dogmático, pues resquebraja convincentemente la extendida opinión que tacha de hipotético el conflicto entre los derechos fundamentales supranacionales y los constitucionales¹⁶. Para el profesor Rodríguez los estándares supranacionales pueden divergir del constitucional: tanto el principio de interpretación consensual utilizado por el TEDH como la apelación comunitaria a las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio marcan puntos orientadores de importancia, si bien claramente insuficientes. Señala el autor que en el caso del TEDH el derecho de los Estados miembros puede servir para localizar un valor común, pero tal guía dista

¹⁶ Por ejemplo, para el derecho comunitario en los importantes trabajos, P. PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 158; Y G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GALVEZ: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, núm. 2,1997, pág. 375. En el mismo sentido que el autor del libro, BESSELINK, respecto al derecho comunitario, muestra *variados* casos conflictivos para concluir: "Nor is it clear where a constitutional tradition begins and ends", L.F.M. BESSELINK: «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal*, Vol. 8, 2001, pág. 71

de ofrecer una respuesta precisa para determinar la licitud de las restricciones a los derechos, más aun si entra en juego el principio de interpretación autónoma. E igual ocurre en el ordenamiento comunitario: "el alto grado de abstracción de los principios que conforman la tradición constitucional común les hace prácticamente inválidos para fundar una resolución judicial [(pág. 315) (...)] el TJCE tomaba la CEDH sólo como un primer escalón para construir sobre él el estándar comunitario" (pág. 318); estado de cosas que no ha de cambiar por el hecho de que el art. 52.3 y el 53.1 fijen la CEDH y las tradiciones constitucionales como estándares mínimos, pues la divergencia sigue siendo posible por un estándar comunitario mayor.

Una vez reconocida la posible disparidad de estándares, se presentan las conclusiones definitivas del libro. Para el profesor Rodríguez el estándar convencional se ha de aplicar en nuestro ordenamiento siempre que sea más protector que el estándar interno, aseveración sostenible tanto en el art. 53 CEDH —que define el carácter mínimo del Convenio— como en el art. 10.2 CE —que "sólo puede interpretarse *in bonum*" (pág. 332). No obstante, el autor expone dos dificultades que afectan a su propia tesis. Primero, en algunos casos no está nada claro qué estándar ofrece mejor protección (ausencia de desarrollo frente a aplicación directa de la Constitución —caso *Valenzuela Contreras*—); y en otros supuestos el Convenio ha sido utilizado por el interprete interno para fijar un límite no recogido en nuestra Constitución (STC 62/1982).

En cambio, para el estándar comunitario¹⁷ acepta una protección menor que la establecida en nuestro ordenamiento constitucional, siempre que esa protección menor no afecte al contenido esencial de

¹⁷ Discutir este problema no es sino interpretar el art. 53 de la Carta.

los derechos fundamentales constitucionales¹⁸. Según el autor, la Comunidad, como los Estados miembros, puede limitar un derecho para servir otro bien jurídico comunitario. De esta tarea, exclusiva del legislador comunitario, resulta necesariamente una delimitación de los derechos distinta (y a veces más restrictiva) que la efectuada por el legislador nacional, plenamente lícita siempre que no traspase el contenido esencial. Protección del contenido esencial que el profesor Rodríguez atribuye al TJ, órgano que habría de incorporar el citado contenido esencial al propio derecho comunitario para elevar el estándar comunitario (pág. 355). Esta opción es, sin duda, plenamente coherente con el dogma del monopolio de control del TJ; pero arroja algunos significativos interrogantes: ¿podría "dialogar" el TC con el TJ en la definición del contenido esencial?, si no, ¿puede el juez ordinario definir el contenido esencial de un derecho fundamental constitucional?, ¿qué ocurre si el TJ no incorpora nuestro contenido esencial? ¿nos encontraríamos ante una mutación constitucional de carácter regresivo?, etc.

Y es que, en definitiva, las relaciones entre el ordenamiento constitucional y el ordenamiento comunitario, siquiera por la breve existencia de ambos en nuestro país siguen suscitando importantes preguntas, por más que brillantes libros como el comentado vayan cubriendo paulatinamente los vacíos.

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Universidad de Granada

¹⁸ Otra cuestión es saber cómo se relaciona la Carta con el CEDH. Según la nota explicadora de la Carta, el art. 52.3 ha de interpretarse de modo que incorpore todos los límites y excepciones del CEDH. Para este problema véase R. ALONSO GARCIA: «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *GJ*, num. 209, 2000, pago 11 y sig.