

DIÁLOGOS JURISDICCIONALES EN ESCENARIOS DE PLURALISMO CONSTITUCIONAL: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS EN EUROPA *

Rafael BUSTOS GISBERT**

SUMARIO: I. *Constitutional Pluralism en Europa: concepto.* II. *La protección de los derechos en Europa: una evolución apasionante.* III. *A modo de conclusión: la incorporación de la Unión Europea al CEDH.*

I. *CONSTITUTIONAL PLURALISM* EN EUROPA: CONCEPTO

El momento constitucional que actualmente se vive en Europa viene calificándose en los últimos años como el tiempo del pluralismo constitucional. Por pluralismo constitucional podemos entender, con MacCormick,¹ aquella situación en la que existen, al menos, dos Constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una Constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro. Tales instrumentos normativos pueden estar escritos y recibir el nombre de Constitución, recogiendo todas las características que habitualmente definen tal concepto, o pueden estar en

* El presente trabajo se inserta dentro de los proyectos de investigación sobre la protección de los derechos en España y Latinoamérica financiados por el Ministerio de Educación y Ciencia (BJU 2002-03669 y SEJ 2005/08319).

** Universidad de Salamanca.

¹ MacCormick, N., *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, 1999, p. 104.

otros *corpus* normativos, que si bien no reciben tal nombre, o no reúnen propiamente todos los caracteres típicos del concepto, cumplen funciones análogas a las tradicionalmente atribuidas a las Constituciones.

Adoptar la idea pluralismo constitucional supone alejarse del vicio fundacionalista que, a juicio de MacCormick, inspira buena parte del pensamiento filosófico desde fines del siglo XVI,² y avanzar en la línea del reconocimiento de que nuestra existencia normativa está anclada en una variedad de sistemas institucionales (entre los que pueden diferenciarse, según los casos, hasta cinco niveles: universales, supraestatales, estatales, regionales y locales). Por ello, no puede considerarse una coincidencia que estas nuevas reflexiones se hayan planteado, fundamentalmente, en el espacio territorial de la Unión Europea, ya que, como apunta Walker, ha surgido a partir del estudio de la dimensión constitucional del derecho comunitario.³

Efectivamente, más allá de la terminología que confirmamos a las normas fundadoras de la integración europea (y nótese que hablamos de integración europea en un sentido muy amplio, no refiriéndonos únicamente a la Unión Europea, sino también a otras instituciones y organizaciones europeas que canalizan de una forma u otra este proceso de integración y, muy singularmente, el Consejo de Europa), es hoy poco discutible la existencia de normas que comparten con la Constitución de cada Estado la labor de regular la convivencia básica de los ciudadanos y que instituyen órganos y procedimientos tendentes a resolver cualquier conflicto entre ciudadanos y entre éstos con los poderes públicos, sean estatales o supraestatales.

Esto es, en el ámbito europeo, y probablemente en otros espacios territoriales más amplios, encontramos normas material y constitutivamente constitucionales en cuanto que regulan aspectos tradicionalmente reservados a las Constituciones con ánimo de crear un espacio de convivencia pacífica de una comunidad política. Por decirlo en términos tradicionalmente más conocidos para los juristas: la Constitución material se nutre hoy de normas situadas más allá de los Estados y, por tanto, escapan a la posibilidad de definición unilateral por parte de una sola entidad estatal.

² MacCormick, N., "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, núm. 56, 1993, pp. 15 y 16.

³ Walker, N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, Florencia, EU Working Paper, 2002/1, 2002 (www.iue.it), p. 27.

El campo donde es más evidente esta situación resulta ser, sin duda, el de los derechos fundamentales. La convivencia de hasta tres declaraciones de derechos (si bien con ámbitos de aplicación diversos) en el espacio territorial de la Unión Europea (nos referimos a la declaración de derechos contenida en cada una de las Constituciones nacionales, la contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del 4 de noviembre de 1950 —en adelante CEDH— y la promulgada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —en adelante la Carta—) es una muestra más que evidente de este pluralismo constitucional que es el objeto de estas líneas.

La adopción de la idea de pluralismo constitucional supone el cuestionamiento de la idea de supremacía como único criterio para la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas.⁴ Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas hasta el punto de que Gomes Canotilho puede afirmar que la pirámide normativa está anticuada.⁵ En especial, las relaciones entre las normas constitucionales europeas y las nacionales no se guían por la jerarquía, sino por la colaboración y la complementariedad;⁶ por la interconexión;⁷ por la coordinación;⁸ por la convergen-

⁴ Respecto al fin del monismo en este punto véase Poiares Maduro, M., “La forma del poder constitucional en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, p. 35. Esto es lo que diferencia sustancialmente esta situación de la presente en los sistemas federales en los que pese a existir un pluralismo constitucional evidente existe una única norma suprema contenida en la norma constitucional federal. Respecto al problema, véase Di Fabio, U., “A European Charter: towards a Constitution for the Union”, *The Columbia Journal of European Law*, 7, 2, 2001, p. 169, o Gerkrath, J., *L’emergence d’un droit constitutionnelle pour l’Europe*, Bruselas, 1997, p. 285.

⁵ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6a. ed., Coimbra, 2000, pp. 1077 y 1078. La afirmación relativa a la imposibilidad de explicar las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas ha sido una afirmación progresivamente asumida por buena parte de la doctrina. Véanse, a título de ejemplo, Häberle, *El Estado constitucional*, México, 2001, pp. 124 y ss., o *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002, p. 263; MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, cit., especialmente, pp. 97 y ss.; Chaltiel, F., “Droit constitutionnelle et droit communautaire”, *Revue Trimestrielle de Droit Europeenne*, núm. 3, 1999, pp. 396 y 397.

⁶ Häberle, P., *El Estado constitucional*, cit., p. 127, y *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 263.

⁷ Schwarze, B., “The Birth of a European Constitutional Order”, en Schwarze, J. (ed.), *The Birth of a European Constitutional Order*, Baden-Baden, 2002, p. 545.

⁸ Chaltiel, F., “Droit constitutionnelle et droit communautaire”, cit., pp. 402 y 403.

cia;⁹ por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas;¹⁰ por la interacción;¹¹ por la cooperación y el mutuo aprendizaje,¹² etcétera.

Las normas constitucionales europeas aparecerán condicionadas y vinculadas por las normas constitucionales nacionales del mismo modo que las normas constitucionales nacionales se ven transformadas en su contenido por las normas europeas.¹³ Ello no es consecuencia de la prevalencia de unas sobre otras, sino consecuencia de su colocación a un mismo nivel (el constitucional) cada una en su campo de actuación.¹⁴

En los escenarios de pluralismo constitucional los problemas jurídicos planteados encuentran una solución constitucional establecida en la norma constitucional competente (sea estatal o supraestatal). Ahora bien, cuál sea la regla constitucional concreta aplicable, puede derivar de uno solo de los centros o unidades constitucionales (en el caso de un problema exclusivamente generado en el seno de la propia unidad constitucional) o bien derivar de la interacción entre las diferentes normas constitucionales (la lectura de la norma constitucional aplicable a partir de la influencia ejercida por las normas constitucionales presentes). Esto quiere decir que en ocasiones las reglas constitucionales aplicables son no la consecuencia directa de la interpretación de una única norma constitucional, sino resultado de la interpretación de las normas constitucionales que influyen en la solución del conflicto. Son, en palabras de

⁹ De Witte, B., “Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales”, *Droits*, 14, 1991, p. 87.

¹⁰ Gerkrath, J., *L’emergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*, cit., pp. 277, 278 y 284.

¹¹ López Pina, A. y Gutiérrez, I., *Elementos de derecho público*, Madrid, 2002, p. 42. De *sistemas interactivos* habla MacCormick en “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3, 1995, p. 264.

¹² Ladeur, K. H., “Towards a Legal theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept”, *European Law Journal*, núm. 1. 1997, especialmente, pp. 46 y ss.

¹³ *Transformadas* en el sentido en que se produce el cambio de significado de las normas constitucionales como consecuencia de la introducción de enmiendas o decisiones judiciales *transformadoras* teorizado por Ackerman B. en *We the People, Foundations*, en especial pp. 52 y 92 y 93. Para más desarrollo de este planteamiento véase Bustos Gibbert, R. en *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñate, 2005, pp. 152 y ss.

¹⁴ Sobre estas cuestiones nos hemos ocupado en profundidad, prefiriendo la imagen de “red” a la de “niveles”, en *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, cit.

Requejo,¹⁵ el precipitado normativo derivado de la actuación de todas las normas en conflicto.

En el marco de tal contexto pluralista, cobra una particular importancia el principio de unidad de la Constitución como criterio interpretativo. Tal principio, como reseñan de manera muy clara Stern o Hesse,¹⁶ exige de los intérpretes el mantenimiento de la coherencia interna de la norma constitucional en cualquier solución que pretenda conferirse a un determinado conflicto. Ello es plenamente asumido respecto a la Constitución nacional. Pero en el marco de una Constitución pluralista asume un carácter basilar. La unidad de la Constitución que toda interpretación constitucional ha de buscar se refiere a todas las normas constitucionales con independencia del texto normativo en el que se encuentren y de su origen (estatal o supraestatal). La solución interpretativa a los problemas constitucionales no debe hacerse sólo con referencia a algunos de los textos que componen el *corpus* constitucional, sino a todos ellos. Por tanto, en las argumentaciones jurídico-constitucionales deberemos tratar de dar plena satisfacción a todas las normas integrantes de ese pluralismo constitucional, introduciendo los argumentos constitucionales derivados de normas supraestatales como elementos esenciales en la adopción de una decisión interpretativa.¹⁷ Esta forma de interpretar la Constitución exige como premisa esencial que entre las distintas normas constitucionales integrantes del pluralismo exista lo que Von Bogdandy ha denominado con acierto una homogeneidad sustancial de fondo, que aparece ahora expresada de forma nítida en los artículos 2 y 5.1 de la primera parte del nunca totalmente ratificado Tratado Constitucional de la Unión.

En fin, dentro del pluralismo constitucional debe existir una conexión de sentido entre todas las normas constitucionales que lo componen si queremos que el sistema así creado funcione de forma razonablemente

¹⁵ Requejo Pagés, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, Madrid, 1999, p. 57. Si bien la expresión es utilizada por el autor en un contexto diferente, el de la consideración del ordenamiento como resultado de la actuación de una pluralidad de sistemas normativos nos parece muy adecuada para explicar el fenómeno producido.

¹⁶ Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1992, marginal 71; Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, pp. 291-293. Puede verse también Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1109.

¹⁷ En tal sentido López Pina y Gutiérrez usan el término, siguiendo a Hesse, *interpretación recíprocamente conforme*, en *Elementos de derecho público*, cit., p. 42.

coherente. Sin esa conexión de sentido (que hace referencia, como hemos apuntado, a la sustancial homogeneidad en el sustrato constitucional) el pleno desarrollo de la unidad de la Constitución en escenarios de pluralismo no resulta posible.

A partir de esta idea es posible defender la aplicabilidad del criterio interpretativo relativo a la unidad de la Constitución, lo que permitirá resolver muchos de los problemas de falta de absoluta correspondencia de significado de las normas constitucionales de los diferentes niveles constitucionales¹⁸ o lugares de desarrollo del discurso constitucional.¹⁹

Un segundo principio fundamental en la interpretación en este nuevo escenario constitucional será el principio de concordancia práctica, en virtud del cual, apunta Hesse,²⁰ los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos han de conservar su propia entidad en cualquier solución interpretativa.²¹ Se debe, pues, buscar la máxima realización de esos bienes fijando sus límites a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad a los eventuales conflictos entre normas constitucionales al producirse su interpretación en un caso concreto.²²

Uno de los aspectos que, lógicamente, más ha de sorprender al lector poco acostumbrado a estudiar estos procesos es el modo en que se evita el conflicto entre esos lugares de desarrollo de discursos constitucionales. El conflicto es probablemente inevitable desde un punto de vista ló-

¹⁸ Utilizando el término *nivel constitucional* en el sentido de Pernice, I., pero sin con ello pretender una nueva jerarquización entre normas constitucionales. Sobre el constitucionalismo en múltiples niveles véase, en especial, Pernice, I., "Multilevel constitutionalism in the European Union", *European Law Review*, vol. 27, 5, 2002, y junto a Mayer, F. C., "De la constitution composée de l'Europe", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 36, 4, 2000. De *constitucionalismo dual* habla Cruz Villalón P. en su reflexionado análisis de la cuestión realizado en *La Constitución inédita*, Madrid, 2005.

¹⁹ En el sentido apuntado por Walker, N., *The idea of constitutional pluralism*, *cit.*

²⁰ Hesse, K., *ibidem*, marginal 72; Stern, K., *ibidem*, p. 295; Gomes Canotilho, J. J., *ibidem*, pp. 1111 y 1112.

²¹ Acerca de la importancia de este principio en este contexto se ha pronunciado, citando al propio Hesse y a Lerche, Schwarze, B., "The Birth of a European Constitutional Order", *cit.*, p. 545.

²² Una interesantísima aplicación de tales ideas al problema del control de la actuación *ultra vires* de la Unión Europea por parte de las instancias de control de constitucionalidad nacionales, y que se situaría en la línea de las soluciones más correctas para este tipo de problemas se puede consultar en Kumm, M., "Who is the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, especialmente, pp. 374 y ss.

gico, y, lo que es peor, no puede apelarse a ninguna autoridad última que lo resuelva sin menoscabar gravemente la autonomía de alguno de los niveles constitucionales afectados. El método con el que, en el ámbito europeo,²³ se han resuelto buena parte de los problemas de conflictos entre normas constitucionales de diferente ámbito ha sido el muy pragmático²⁴ diálogo constitucional, diálogo que ha sido fundamentalmente un diálogo jurisdiccional, pero en el que en ocasiones han tenido que intervenir actores no jurisdiccionales.²⁵

Quizá el campo en el que más claro y más fructífero ha sido este tipo de diálogo ha sido en el de las relaciones entre dos instancias jurisdiccionales de ámbito supranacional (el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante TJE— y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— con la intervención determinante en ocasiones de tribunales nacionales y de los propios Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa) en el campo de la protección

²³ Probablemente por existir un marco jurídico que favorecía los procesos de diálogo que a continuación se examinan dadas las funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sobre estas ventajas, véase Jacobs F. G., “Judicial Dialogue and the Cross-fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, *Texas International Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 548 y 549. Ello explicaría que la utilidad de estos diálogos sea mayor en el campo de las relaciones intraeuropeas (y más en el ámbito propiamente comunitario) que en dimensiones exteriores (respecto a organizaciones internacionales de ámbitos territoriales más amplios y respecto a jurisdicciones de terceros Estados no europeos).

²⁴ Diálogo que en gran medida ha sido obligado, puesto que la adopción de medidas radicales de autoafirmación de la propia superioridad podía llevar aparejado el debilitamiento radical de la posición institucional del órgano que la adoptara. Weiler describe elocuentemente la situación comparándola con la *disuasión* típica de la guerra fría. Cualquier movimiento excesivamente agresivo y no consensuado podía llevar a la propia destrucción, por lo que el diálogo era la única solución satisfactoria y posible. Véase Weiler, J. H. H. y Haltern, U. R., “The Autonomy of the Communities Legal Order”, *Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?*, Jean Monnet Paper, 1996 (www.jeanmonnetprogram.org/papers/96), p. 41.

²⁵ Sobre el concepto de diálogo constitucional (englobando a más actores que a los exclusivamente judiciales) véase Stone Sweet, A., “Constitutional Dialogues in the European Community”, en Slaughter, A. M. et al. (ed.), *The European Court and National Courts-Doctrine, and Jurisprudence. Legal Change in Social Context*, Oxford, 1998, pp. 305 y ss. En concreto sobre diálogos judiciales véanse los trabajos recogidos en Lichère, F., Potvin-Solis, L. y Raynourd A. (dirs.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incatation ou réalité?*, Bruselas, 2004 y, en particular, el realizado por Potvin-Solis, L., “Le concept de dialogue entre les juges en Europe”, pp. 18 y ss.

de los derechos fundamentales. Diálogo que además afectaba a un aspecto esencial de la materia constitucional (los derechos individuales), y en el que los puntos de partida normativos estaban particularmente alejados dificultando cualquier tipo de solución de síntesis satisfactoria que, sin embargo, ha sido alcanzada razonablemente.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN EUROPA: UNA EVOLUCIÓN APASIONANTE

1. *Punto de partida: Luxemburgo y Estrasburgo, dos lugares inconexos*

Como bien reseña Rosas,²⁶ tras la destrucción derivada de la II Guerra Mundial se inicia en Europa una estrategia de relaciones internacionales que puedan prevenir la reproducción de los errores que llevaron a aquel desastre. Para ello se trata de construir una paz duradera fundada en dos líneas de actuación. Por una parte, se intentó conseguir la protección internacional de la democracia, los derechos humanos y el respeto al Estado de derecho. Esta línea de actuación culmina con la creación del Consejo de Europa en 1949 y la aprobación en Roma del CEDH en 1950. Por otra parte, se persigue una integración económica que alivie las tensiones entre los Estados europeos, integración comenzada con el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) en 1952 y continuada con el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM) en 1957.

Sin embargo, continúa Rosas, el marco institucional y los objetivos de ambas organizaciones es muy diferente. Así, mientras que el Consejo de Europa persigue objetivos muy ambiciosos, el grado de integración perseguido es muy modesto. Pese a que adquiriera una mayor dimensión integradora en virtud de la creación del TEDH en cuanto órgano jurisdiccional de supervisión de la protección nacional de los derechos en los Estados miembros (desarrollada posteriormente a través de la jurisprudencia del TEDH y de otros instrumentos internacio-

²⁶ Rosas, A., "Fundamental Rights in the Luxemburg and Strasburg Courts", en Baudenbacher, C. A. *et al.* (eds.), *The EFTA Court. Ten years on*, Oxford-Portland, 2005, pp. 166 y ss.

nales como la Carta Social Europea en 1961), lo cierto es que la estructura del Consejo de Europa es fundamentalmente intergubernamental. Esta débil estructura no debe hacernos desconocer que el CEDH, señalan los jueces Tulkens y Callenwaert, ha experimentado una suerte de fenómeno de globalización convirtiéndose en un auténtico “texto paneuropeo” en el que se recoge el “Derecho común de los derechos fundamentales en Europa”.²⁷

La evolución de la integración económica es muy diferente. Los objetivos originales podían considerarse modestos, la consecución de integración económica en dos ámbitos muy concretos, pero el grado de integración diseñado y desarrollado en los sucesivos tratados ha adquirido una profundidad incomparable con cualquier otra organización internacional preexistente, hasta el punto de considerarse una organización internacional verdaderamente atípica.

Dado este diferente origen, no es de extrañar que existiera, apunta Scheeck,²⁸ una cierta desconfianza y rivalidad entre ambas fórmulas de desarrollo de la integración en Europa, procediéndose a un estricto respeto en el ejercicio de las propias competencias hacia las esferas de actuación respectivas, respeto que explicaría que las instituciones comunitarias no pertenecieran como tales al CEDH, pese a que casi todos los Estados miembros fueran parte, desde el principio, del citado Convenio.

De este modo, no es de extrañar que en sus primeros años de funcionamiento el TJE no aceptara que la eventual lesión de derechos fundamentales fuera causa de nulidad de una norma o acto de derecho comunitario.²⁹ Los derechos eran, pues, algo extraño al ordenamiento jurídico comunitario, y no podían ser utilizados para enjuiciarlo.

Sin embargo, se creaba con este diseño una situación inaceptable. Una situación generadora, en los términos del propio Rosas,³⁰ de una anticuada anomalía en el sistema de protección de los derechos en Europa.

²⁷ Tulkens, F. y Callenwaert, J., “La Cour de Justice, la Cour Européenne des Droits de l’homme et la protection des droits fondamentaux”, en Dony, M. y Bribosia, E., *L’avenir du système juridictionnel de l’Union européenne*, Bruselas, 2002, pp. 178 y ss.

²⁸ Scheeck, L., “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ZaöRV*, núm. 65, 2005, pp. 844 y 845.

²⁹ Véase por todos la sentencia en el asunto *Stork* (C-1/58), del 4 de febrero de 1959.

³⁰ Rosas, A., “Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts”, *cit.*, p. 175.

Efectivamente, la protección de los derechos en Europa se diseña sobre la base de un doble control.³¹ Un control interno que implica que las autoridades nacionales debían proveer suficiente protección a los derechos fundamentales y diseñar recursos efectivos para la protección de los derechos fundamentales (artículo 13, CEDH), y un control externo de tipo subsidiario realizado por las autoridades jurisdiccionales derivadas del CEDH, hasta 1999, primero la Comisión Europea de Derechos Humanos y, después y a solicitud de ésta, el TEDH, y a partir de 1999 (entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH), una vez agotadas las instancias internas directamente el propio TEDH. La no pertenencia de las instancias comunitarias al CEDH y la actitud primera hacia los derechos fundamentales permitía destruir tal sistema de protección de los derechos. Los Estados miembros de las, entonces, tres comunidades transferían el ejercicio de poderes a instancias supranacionales, sustrayendo del control nacional (en los términos que examinaremos a continuación) al derecho emanado de tales instancias sin sustituirlo por un control interno al propio derecho comunitario en lo que a derechos fundamentales se refiere. Por otra parte, también desaparecía el control externo en cuanto que las comunidades europeas como tales no pertenecían al sistema de protección de derechos creado en el marco del Consejo de Europa. Se generaba, así, destaca gráficamente Scheeck, una “discontinuidad binaria” en la protección de los derechos en Europa.³²

Una situación de este tipo se convirtió en insostenible debido a la creciente ampliación de los objetivos de la integración económica, a la asunción de nuevas competencias que generaban un amplio derecho susceptible de afectar frontalmente a los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, sobre todo, debido a la formulación de los principios constitucionales básicos del derecho comunitario en la jurisprudencia del TJE. Con ello se inició, por iniciativa de diferentes instancias jurisdiccionales, una de las más apasionantes evoluciones jurídicas de los últimos tiempos.

³¹ Scheeck, L., “The Relationship...”, *cit.*, pp. 845 y ss.

³² *Idem.*

2. *El acercamiento entre Cortes: instrumentalización, domesticación y cross fertilitation*

A. *La progresiva construcción de un “control interno” del respeto a los derechos fundamentales en el seno de las comunidades europeas: la instrumentalización del CEDH*

La progresiva aceptación de los derechos fundamentales como parte integrante del derecho comunitario (en los términos evolutivos que a continuación se exponen) es una consecuencia directa, como bien señala Stone Sweet,³³ de la construcción jurisprudencial del principio de primacía del derecho comunitario. Esta doctrina, construida en sucesivas sentencias a lo largo de la década de los sesenta del pasado siglo, afirma la superioridad del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluso constitucional. La doctrina de la primacía implica que no puede oponerse ningún obstáculo de derecho nacional para incumplir el derecho comunitario. Ello supone, por una parte, que no cabe la alegación de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales para incumplir el derecho comunitario, y, por la otra, dada la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto a las instancias internas de control, que no pueden los tribunales internos (ni siquiera constitucionales) entrar a valorar la conformidad del derecho comunitario con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional.

Esta doctrina no fue bien recibida por algunos de los tribunales constitucionales nacionales (en concreto en Alemania y en Italia), que alertaron de una desprotección de los derechos constitucionales como consecuencia de la aplicación acrítica de la doctrina de la primacía. Esta línea de resistencia culminaría en la sentencia Solange I (1974), en la que el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que el derecho comunitario no podía lesionar los derechos constitucionales, y que la situación alcanzada no resultaba satisfactoria, por lo que se reservaba el poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas comunitarias.³⁴

Tras la declaración conjunta del 5 de abril de 1977 de las principales instituciones comunitarias (Parlamento, Comisión y Consejo) resaltando

³³ Stone Sweet, A., “Constitutional Dialogues in the European Community”, *cit.*, p. 317.

³⁴ Lo que, evidentemente, habría supuesto una negación frontal de la primacía del derecho comunitario y un durísimo golpe para la propia viabilidad de la integración europea.

el valor esencial de los derechos fundamentales como parte esencial de la integración europea, el TJE inicia, frente a la amenaza de una “incipiente revolución contra la primacía”,³⁵ un progresivo reconocimiento del papel de los derechos fundamentales respecto al ordenamiento comunitario. Este reconocimiento se realiza en varias fases mediante una aproximación gradual correctamente sistematizada por Rosas.³⁶ En primer término (incluso con anterioridad a la precitada sentencia del Tribunal Constitucional federal) reconoce que los derechos fundamentales constituyen una parte de “los principios generales del derecho comunitario derivado de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y de los tratados internacionales de los que éstos forman parte o han participado en su elaboración”. En tanto principios del orden comunitario, por tanto, sirven como parámetro para enjuiciar la validez de éste.³⁷ Posteriormente, a partir de la ratificación del CEDH por parte de Francia, comienza a mencionar el CEDH como un texto del que extraer el contenido y alcance de los derechos fundamentales.³⁸ A partir de 1989 caracteriza al CEDH como una norma de especial significación, y finalmente, a partir de 1990 utiliza la jurisprudencia del TEDH para concretar el contenido de los derechos fundamentales.³⁹ Este papel esencial del CEDH sería reconocido con toda claridad por el Tratado de la Unión Europea (1992) en su artículo 6.2, al establecer la obligatoriedad de las instituciones comunitarias de respetar el CEDH.⁴⁰ Por último, convencidas ya todas las

³⁵ *Ibidem*, p. 318. La vinculación entre la necesidad de salvaguardar el principio de primacía, las resistencias de los tribunales constitucionales alemán e italiano y la asunción progresiva de los derechos fundamentales como parámetro de juicio de la validez del derecho comunitario ha sido también destacada por Scheeck, L., *cit.*, p. 849.

³⁶ Seguimos en el texto la ordenada exposición, con amplia cita de los diferentes casos planteados, de Rosas, A., *cit.*, p. 169. Es igualmente útil, con parecida estructura y recordando parecido *case law*, el desarrollo de la cuestión por Scheeck, L., *cit.*, pp. 850-852.

³⁷ Sentencia *Stauder c. Ciudad de Ulm* (C-26/69, del 12 de noviembre de 1970) o *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, del 17 de diciembre de 1970).

³⁸ Sentencia *NOLD* (C-4/73, del 14 de mayo de 1974).

³⁹ Rosas destaca en este punto los casos de *Limburgse Viny Maatschappij* (C-238/99, del 15 de noviembre de 2002) y *Roquette Frères* (C-94/2000, del 22 de diciembre de 2002).

⁴⁰ El artículo 6.2 del TUE establece: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”.

instancias de la conveniencia de la introducción de una declaración de derechos vinculante para las instituciones comunitarias, se procede a aprobar y promulgar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en diciembre de 2000, que, una vez entre plenamente en vigor, cubrirá la evidente laguna jurídica existente hasta el momento en un tema tan esencial.

En definitiva, por tanto, la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales por el TJE muestra la progresiva aceptación del CEDH como texto de referencia en la aplicación de dichos derechos, e incluso la recepción del *acquis* convencional en su propia jurisprudencia.⁴¹

La reacción de los tribunales nacionales fue desde el principio muy receptiva, de modo que el propio Tribunal federal en su decisión conocida como Solange II (1986) reconoce que el nivel de protección de los derechos en el seno de las instituciones comunitarias es equivalente al conferido por el ordenamiento nacional, por lo que, en tanto (*so lange*) tal nivel se mantenga, renuncia a controlar la conformidad del derecho comunitario con los derechos fundamentales, que queda, así, en manos del juez comunitario.

Vemos, por tanto, que durante esta evolución muchos han sido los actores dialogantes: el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales; pero también las instituciones comunitarias (desde su declaración de abril de 1977 hasta la activa participación en la elaboración de la Carta de Niza) y las instituciones estatales (con su papel en la aprobación de la carta y con su participación en los órganos comunitarios). El resultado ha sido la construcción de un control interno del respeto a los derechos fundamentales. En esta construcción el catálogo de derechos aplicable al derecho comunitario ha estado constituido por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y, sobre todo (una vez resuelta la ratificación francesa al CEDH), por el Convenio de Roma y por la jurisprudencia dictada por las instancias jurisdiccionales por él creadas.⁴² Se ha producido, pues, como señala Scheeck,⁴³ una “instrumentalización del

⁴¹ Scheeck, L., “The relationship...”, *cit.*, p. 853.

⁴² Para un pormenorizado estudio de los distintos supuestos en los que el TJE ha aplicado los derechos fundamentales y cuáles son los que más habitualmente se plantean en su *case Law*, véase Rosas, A., “Fundamental rights...”, *cit.*, pp. 166 y 167. El autor recuerda que se plantean ante la Corte de Luxemburgo aproximadamente unos 20 casos al año relacionados con derechos fundamentales.

⁴³ *Idem*.

CEDH” para resolver la carencia de una auténtica declaración de derechos en el ámbito comunitario, primero mediante su función de fuente de inspiración y después, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 6.2, TUE. Pero ¿qué ocurre con el control externo?

B. *El control del derecho comunitario por el TEDH:
la “domesticación” del derecho comunitario*

El control del derecho comunitario por las instancias derivadas del CEDH ha sufrido una evolución gradual comparable a la experimentada por el TJE en materia de derechos fundamentales.⁴⁴

Durante más de veinte años las instituciones encargadas del cumplimiento del CEDH han vivido ajenas a la existencia de la otra integración europea. Aparentemente ninguna decisión de estas instituciones se pronuncia sobre la posición del derecho comunitario respecto al CEDH.

El primer supuesto planteado ante el TEDH es el recurso presentado por la Confederación Francesa Democrática del Trabajo contra las comunidades europeas, y subsidiariamente contra el conjunto de los Estados miembros de las comunidades (juntos y por separado). Este recurso fue inadmitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en julio de 1978 sobre la base de la incompetencia *ratione personae* de la Comisión para estudiar el caso. En efecto, respecto a la imputación del presunto acto lesivo del derecho a las comunidades europeas, la Comisión recuerda la no pertenencia de éstas al CEDH. Respecto a la imputación del acto al conjunto de Estados miembros de las comunidades europeas, la Comisión entiende que éste (conjunto de Estados miembros) era un concepto indefinido, y que el acto recurrido verdaderamente procedía del Consejo de las Comunidades. Por este motivo rechazó también la impugnación contra los Estados individualmente considerados. El acto recurrido era del Consejo y no de los Estados. Y el Consejo es un órgano de las comunidades europeas que no son parte en el CEDH.⁴⁵

⁴⁴ Seguimos en este punto la detallada exposición de Scheeck, L., “The relationship...”, *cit.*, pp. 857-862.

⁴⁵ *Confederation Française Démocratique du Travail v. The European Communities, alternatively their member States : a) jointly and b) severally*. Decisión de inadmisión del 10 de julio de 1978. Parecidas posiciones de la Comisión se mantendrán en resoluciones posteriores.

En esta decisión parece aceptarse pacíficamente el status quo descrito. El derecho comunitario, aprobado por una organización internacional no parte del Convenio, escapa a las competencias de supervisión derivadas del CEDH. Sin embargo, esta decisión no pasó desapercibida, pues, recuerda Pastor Ridruejo,⁴⁶ la Comisión Europea planteó formalmente, por primera vez, al Consejo la conveniencia de la ratificación del CEDH por parte de las, entonces, tres comunidades en abril de 1979. Sin embargo, hasta 1994 el Consejo no se decide a pedir al TJE un informe sobre la ratificación del CEDH por la, ahora, Unión Europea.

Un importante cambio de tendencia se aprecia claramente desde 1990. En *M. & Co. contra Alemania*, la Comisión declara inadmisibile la impugnación de un acto estatal en ejecución de un acto comunitario (el pago de una multa), pero los argumentos son muy diferentes. Recuerda que no es competente *ratione personae* (pues las comunidades europeas no son parte del CEDH), pero sí lo es respecto a los actos estatales de ejecución de las decisiones comunitarias. La Comisión Europea de Derechos Humanos sostiene con claridad que los Estados miembros del CEDH pueden transferir el ejercicio de poderes a instancias supranacionales, siempre y cuando estas instancias confieran una protección equivalente de los derechos fundamentales.⁴⁷ Constatada la protección equivalente en el ámbito de las comunidades europeas, se acuerda la inadmisibilidad del recurso.

No es de extrañar que precisamente en 1994 el Consejo de la ahora Unión Europea se decidiera, por fin, a solicitar un dictamen al TJE sobre

⁴⁶ Pastor Ridruejo, J. A., “Las relaciones entre el Tribunal de la Unión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa”, en Saiz Arnaiz, A. (dir.), *Integración europea y Poder Judicial*, Oñate, 2006, p. 205.

⁴⁷ “Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection”, *M & Co. contra Alemania*, decisión del 9 de febrero de 1990. Se pueden oír con claridad los ecos del Tribunal Constitucional alemán. Desarrollos posteriores pueden verse en *Cantoni contra Francia*, del 15 de noviembre de 1996, en el que se extiende el control a las normas estatales que sean pura transcripción de normas comunitarias. Con toda claridad véase el parágrafo 30: “The fact, pointed to by the Government, that Article L. 511 of the Public Health Code is based almost word for word on Community Directive 65/65 (see paragraph 12 above) does not remove it from the ambit of Article 7 of the Convention (art. 7)”. Sin embargo, no parece que la aplicación de la doctrina de la *protección equivalente* sea la mejor de las soluciones. De hecho, nunca fue confirmada por el TEDH, pues existen poderosas razones en contra. Para una exhaustiva, y a nuestro entender, correcta crítica a su aplicabilidad a las relaciones entre derecho comunitario y CEDH, véase Tulkens, F. y Callenwaert, J., “La Cour de Justice...”, *cit.*, pp. 189 y ss.

la posibilidad de incorporarse como parte al CEDH. Sin embargo, el informe adoptado por el TJE el 28 de marzo de 1996⁴⁸ sostiene que tal ratificación no era posible. El motivo es simple. La incorporación formal al CEDH es una decisión de suma importancia, incluso de carácter constituyente, por lo que sólo puede adoptarse por medio de la modificación de los tratados.

El TEDH no llega a enjuiciar directamente la conformidad con el CEDH del derecho comunitario hasta el asunto *Matthews* contra el Reino Unido en 1999.⁴⁹ En este caso el TEDH declaró la violación del derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 3 del protocolo 1 del CEDH) de un ciudadano gibraltareño como consecuencia del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas.⁵⁰ Debe notarse, sin embargo, que en este caso no se enjuiciaba un acto de derecho comunitario derivado, sino un tratado constitutivo, tratado que, como tal, es plenamente imputable al Estado miembro del CEDH, por lo que la objeción de incompetencia *ratione personae* no podía prosperar.

En asuntos posteriores el TEDH ha tenido que enfrentarse a demandas presentadas por particulares contra los Estados miembros de la Unión Europea por violación de derechos fundamentales como consecuencia de la aplicación de normas comunitarias derivadas. En todos los casos el TEDH ha afirmado su competencia,⁵¹ y si bien nunca ha llegado a decla-

⁴⁸ Dictamen 2/94, del 28 de marzo de 1996.

⁴⁹ Sentencia del TEDH del 18 de febrero de 1999.

⁵⁰ Asunto que llevó aparejada la modificación de la legislación británica sobre elecciones al Parlamento Europeo tras una resolución del propio Comité de ministros del Consejo de Europa que urgía a dar cumplimiento a la sentencia (Interim Resolution ResDH(2001)79 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 18 February 1999 in the case of *Matthews* against the United Kingdom -*Adopted by the Committee of Ministers on 26 June 2001 at the 757th meeting of the Ministers' Deputies*). Tal modificación legislativa llevó aparejada una difícil negociación en el Consejo de la Unión Europea, que no evitó finalmente una demanda de España contra el Reino Unido por incumplimiento recientemente rechazada en la, por otros motivos discutible, sentencia del Tribunal de Justicia del 12 de septiembre de 2006 (España contra Reino Unido, C154/04).

⁵¹ Véanse, entre otras, *Bosphorus c. Irlanda*, stedh del 30 de junio de 2005; *Senator Lines*, stedh del 10 de marzo de 2004, *Koua Poirrez c. Francia*, stedh del 30 de septiembre de 2003. Comentarios a todos estos casos pueden encontrarse en los trabajos de Scheeck, Pastor Ridruejo o Rosas. Igualmente, un comentario detallado a los asuntos *Bosphorus* y *Koua Poirrez* puede consultarse en Martín Retortillo Baquer, L., *Vías concurrentes para la protección de derechos humanos*, Pamplona, 2006, pp. 131-143.

rar la contradicción de una de tales normas con el CEDH, sí ha enjuiciado la conformidad con el CEDH de las normas comunitarias, de forma que podría haber declarado el incumplimiento del Convenio si la protección del derecho afectado hubiera sido manifiestamente insuficiente.⁵² Incluso en algún supuesto el TEDH ha admitido una demanda (elevada a la Gran Sala y decaída en su objeto, milagrosamente, gracias a una tempestiva decisión de la Corte de Primera Instancia del TJE que dejó el recurso sin objeto dos semanas antes de la fecha prevista para la resolución del supuesto por el TEDH) dirigida simultáneamente contra los quince Estados miembros entonces de la Unión Europea.⁵³

En definitiva, por tanto, la evolución en la actuación del TEDH muestra un creciente interés por controlar la actividad normativa de las comunidades europeas. Si bien no ha llegado a declarar una contradicción entre el CEDH y el derecho comunitario, excepto en el asunto *Matthews* (en el que se enjuiciaba un tratado internacional y no derecho directamente emanado de las instituciones de Bruselas), lo cierto es que ha venido afirmando progresivamente su competencia supervisora en estas cuestiones, competencia supervisora deducida de la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales en cualesquiera actuaciones que realice. Esto es, no se hace responsable a las instituciones comunitarias,⁵⁴ puesto que no son parte del CEDH (incompetencia *ratione personae*), pero sí se exige la responsabilidad de los Estados cuando ejecutan, desarrollan o transponen derecho comunitario. Esta opción puede resultar criticable, como apunta Pastor Ridruejo,⁵⁵ en la medida en que parece ser incompatible con un principio esencial del derecho internacional particularmente importante en la época de la globalización. Principio en virtud del cual el ente internacionalmente responsable por el ejercicio de los poderes transferidos por los Estados ha de ser necesariamente la organización internacional que los ejerce y no las entidades estatales que ya no tienen la disponibilidad sobre ellos. Sin embargo, señala Rosas, también es cierto que sería un fraude de ley permitir que los Estados circunvalen la protección otorgada por el CEDH a los derechos funda-

⁵² Así *Bosphorus Airlines contra Irlanda*.

⁵³ Asunto *Senator-Lines* dirigido contra quince Estados de la Unión Europea y resuelta mediante sentencia del 10 de marzo de 2004.

⁵⁴ Aunque, significativamente, la Comisión de la Unión Europea ha realizado las pertinentes alegaciones durante los diferentes procesos.

⁵⁵ Pastor Ridruejo, A., "Las relaciones...", *cit.*, pp. 205 y 206.

mentales mediante la transferencia de competencias a organizaciones supranacionales.⁵⁶

En definitiva, lo cierto es que con esta posición se aborta la posibilidad de que los Estados eviten el control del TEDH en materia de derechos fundamentales, control que es tanto más necesario cuanto más sensibles son las competencias transferidas a las instituciones comunitarias.⁵⁷ En definitiva, a lo largo de su jurisprudencia (culminada en *Matthews* y en *Senator Lines*) el TEDH ha ido elaborando una fórmula de control externo sobre la actividad de las instituciones comunitarias. Se han, pues, sentado las bases para una progresiva domesticación⁵⁸ del derecho comunitario.

C. *¿Conflicto o armonía? Cross-fertilisation entre Cortes*

Una lectura apresurada de las páginas precedentes podría llevar a la conclusión de que el camino de la protección supranacional de derechos en Europa ha sido la consecuencia de constantes conflictos entre instancias jurisdiccionales de control cada una suprema en su propio ámbito⁵⁹ (el TJE respecto al derecho comunitario, el TEDH respecto al CEDH y los tribunales constitucionales nacionales respecto a sus Constituciones).

⁵⁶ Rosas, A., “Fundamental Rights...”, *cit.*, p. 173. Pese a lo cual recuerda que una eventual condena a los Estados miembros significaría hacerles responsables por actos en que no pueden intervenir según el derecho comunitario, o se obligaría a incumplir el propio derecho comunitario. En fin, se haría responsable a quien no tomó verdaderamente la decisión (los Estados) y se eximiría a quien la adoptó (los órganos de la Unión).

⁵⁷ Así, señala Pastor, el salto cualitativo que supone en materia de afectación a derechos fundamentales como consecuencia del Tratado de Ámsterdam (1999) en el que se extiende el ejercicio de poderes de la Unión a cuestiones tan sensibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales como asilo, cooperación judicial y policial, etc. (“Las relaciones...”, *cit.*, p. 202).

⁵⁸ La expresión es de Scheeck, L., “The Relationship...”, *cit.*, p. 857.

⁵⁹ Una opinión de este tipo es la sostenida por Lawson, R., “Confusion and Conflict. Diverging Interpretations of the European Human Rights in Strasbourg and Luxembourg”, en Lawson, R. y De Blois, M., *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Boston y Londres, 1994, vol. 3, pp. 219 y ss. Una visión más matizada en la que se destacan las divergencias e inconsistencias, pero también la complementariedad y la explicación de esas divergencias (véanse las siguientes notas) es la de Spielmann, D., “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities”, en Alston, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, pp. 757 y ss.

Nada más lejos de la realidad en lo que se refiere, especialmente, a las relaciones entre el TJE y el TEDH.⁶⁰

El conflicto posible siempre ha existido en el horizonte de la actividad de los dos tribunales. Es más, como apunta Spielmann, la probabilidad de que el conflicto se produzca será mayor cuanto mayor sea la intensidad de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJE. Pero conflicto no es divergencia. Las divergencias, entendidas como diferencias de criterio en la aplicación de derechos fundamentales, no son malas en sí mismas. La presencia de voces de disenso procedentes de Luxemburgo pueden ser beneficiosas, como lo son las de algunos tribunales nacionales respecto a alguna jurisprudencia dictada por el TEDH.⁶¹ Como hemos señalado en otro sitio,⁶² la “fricción entre Tribunales... es una parte de la realidad constitucional europea”,⁶³ no siendo una situación, en sí misma, patológica.⁶⁴

Así, ambas instancias han sido particularmente cuidadosas debido a los devastadores efectos que un conflicto de este tipo habría generado, pues probablemente tal enfrentamiento habría tenido, reseña Scheeck, como primeras víctimas a las dos Cortes.⁶⁵ De esta manera, han realizado grandes esfuerzos interpretativos para evitar que se produjera un conflicto sin solución. Y lo han hecho sin cauces institucionales formales de relación entre ellas.⁶⁶

⁶⁰ Coincidimos con la apreciación de Rosas cuando califica las posiciones doctrinales que sostienen la tesis del conflicto, con referencia expresa al trabajo de Jacobs citado en la nota anterior, de “exagerado, por decirlo suavemente”. En parecido sentido se manifiesta Wildhaber, L. en el debate subsiguiente a la ponencia de Rosas (citado pp. 170 y 176, respectivamente).

⁶¹ Spielmann, D., “Human Rights case Law...”, *cit.*, pp. 778 y 779.

⁶² Bustos Gisbert, R., *La Constitución Red*, *cit.*

⁶³ Mayer, F. C., “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System”, en A. von Bogdandy (ed.), *European Integration: the New German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper, 9, 2003, (www.jeanmonnetprogram.org/papers/03), p. 30.

⁶⁴ Weiler, J. H. H. y Haltern, U. R., “The Autonomy of the Community Legal Order. Through the looking Glass”, *cit.*, p. 41.

⁶⁵ Scheeck, L., “The Relationship...”, *cit.*, p. 872.

⁶⁶ Para una propuesta de algunas formas de institucionalización de estos cauces véase Ritleng, D., “L’institutionnalisation du dialogue: perspectives d’avenir pour la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour Européenne des droits de l’homme”, *Le Dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, *cit.*, pp. 213 y ss.

La evolución, pues, de ambas jurisprudencias no es la historia del conflicto entre ambas, sino la historia de la progresiva armonización entre ellas. Roces, evidentemente han existido, pero en general no de importancia, y explicables por circunstancias concretas relacionadas con el contexto jurídico en el que los tribunales han de pronunciarse.⁶⁷

Incluso más que de armonización, una parte de la doctrina habla, a nuestro juicio acertadamente, de *cross fertilitation*. Con estos términos se quiere destacar el enriquecimiento mutuo de ambos tribunales en la búsqueda de soluciones acordes con el respeto de los derechos fundamentales. El uso de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJE (implícita o explícitamente) ha sido una constante a lo largo de los años, pero especialmente desde la década de los noventa del pasado siglo. Algo parecido ha ocurrido en el seno del TEDH, que cada vez con más frecuencia utiliza en los antecedentes o en la argumentación de sus sentencias las decisiones adoptadas en el tribunal de Luxemburgo.⁶⁸ En fin, apunta Scheeck gráficamente, “el TJE ‘pesca’ en la jurisprudencia del TEDH para cubrir sus lagunas en materia de derechos fundamentales y el TEDH ‘lanza sus redes’ más allá de lo previsto para ‘pescar’ a la Unión Europea y cubrir, así la fractura en materia de derechos fundamentales”, con ello se genera el proceso de *cross fertilitation*, que conduce a que “el TEDH ha cooperado en el fortalecimiento de la arquitectura supranacional y el TJE ha dado un nuevo significado al *case law* del TEDH, lo que no sólo ha conseguido la protección de los derechos en Europea, sino también la autonomía de ambos tribunales respecto a los Estados miembros de la Unión Europea”.⁶⁹

⁶⁷ Así, Spielmann destaca que los conflictos abiertos se han producido, fundamentalmente, en ámbitos relacionados con el derecho de la competencia y en circunstancias en las que no existía un *case Law* desarrollado en el TEDH. La posterior intervención de Estrasburgo (en decisiones no relacionadas directamente con el asunto resuelto por el TJE) ha sido después tenida en cuenta por el TJE; “Human Rights case Law...”, *cit.*, pp. 749 y 776-777. Así, los conocidos casos Hoesch (1989) o el caso Orkem (1989) fueron decididos por el TJE en fechas anteriores a que sobre la cuestión se pronunciara el TEDH en los asuntos Niemietz (1992) y Funke (1993). Sin embargo la jurisprudencia de Estrasburgo es tenida en cuenta para revisar la posición del TJE y acomodarla a la nueva jurisprudencia en los ya cit.s casos Limburgse Viny Maatschappij (2002) que revisa la jurisprudencia sentada en Hoesch y Roquete Frères (2002) que hace lo mismo con Orkem.

⁶⁸ La idea de *cross fertilitation* aparece recogida por primera vez en el artículo de Jacobs, F. G. y es desarrollada a partir de la jurisprudencia de las dos cortes en los trabajos de Rosas (pp. 169-171), Spielmann (pp. 772-776) y Scheeck (pp. 865-870).

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 848 y 868, respectivamente, para las dos citas.

Junto a ello se ha generado una red informal de contactos entre ambas sedes jurisdiccionales capaz de apuntar los principales problemas y crear sedes de discusión a la búsqueda de soluciones para todas las partes implicadas, llegando a hablarse incluso de una “suerte de diplomacia jurisdiccional informal”.⁷⁰

En definitiva, se está acuñando en la relación entre ambas cortes un nuevo principio, esencial para los nuevos escenarios de pluralismo constitucional, que podríamos denominar como el principio de deferencia, principio en virtud del cual las más altas instancias jurisdiccionales de los diferentes órdenes constitucionales concurrentes en un determinado espacio y tiempo (en nuestro caso el comunitario y el derivado del CEDH, pero podría sumarse el orden constitucional nacional de los Estados miembros) tienen particularmente en cuenta el efecto que sus decisiones (en ejercicio de competencias propias) puede tener en el resto de órdenes afectados. En aplicación de este principio han de examinar en profundidad y cuidadosamente la jurisprudencia de esos órdenes, ajenos pero profundamente interconectados, e incorporarla, en lo posible, a las propias argumentaciones y decisiones como una fórmula esencial para evitar conflictos. Puede, por tanto, que estemos observando el nacimiento de un nuevo principio interpretativo que permita resolver algunos de los problemas generados en escenarios de pluralismo constitucional.

Se ha alcanzado una solución de síntesis fruto de un diálogo entre ambas instancias jurisdiccionales con la intervención esencial de los jueces nacionales y de otros sujetos implicados (instituciones comunitarias fundamentalmente). Con esta manera pragmática de proceder, utilizando el diálogo, el enriquecimiento mutuo y el principio de deferencia puede alcanzarse el gran objetivo de un nuevo derecho de los derechos humanos en Europa, y que brillantemente define Scheeck como alcanzar la “coherencia sin generar la absoluta uniformidad”.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INCORPORACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH

Hasta aquí la evolución de las relaciones entre el TJE y el TEDH. Hemos podido observar cómo la inexistencia de un control interno y externo del derecho comunitario desde la perspectiva de los derechos funda-

⁷⁰ Scheeck, L. *cit.*, pp. 873-875.

mentales ha ido resolviéndose de forma fundamentalmente pretoriana. Hoy puede hablarse con cierta seguridad de que ambos controles existen en el campo del derecho comunitario. Sin embargo, para que adquieran su máximo desarrollo debe culminarse la evolución del derecho comunitario apuntada en el, a día de hoy, agonizante Tratado Constitucional Europeo (TCE). Dos tipos de previsiones de este tratado son particularmente significativas y complementarias. La entrada en vigor de la Carta de Derechos de la Unión y la ejecución de la orden de incorporación al CEDH contenida en el artículo I.9.2.

Respecto a la primera, su importancia no es tanto conceptual como técnica. La Unión Europea tiene ya una declaración de derechos, pero es una declaración no escrita. Una declaración que ha de inferirse en cada caso de las tradiciones constitucionales comunes, del CEDH y de otros textos internacionales de los que los Estados miembros sean parte. Ello implica una inseguridad, particularmente desde la perspectiva de los ciudadanos europeos, poco deseable.⁷¹ Si queremos que exista un verdadero control interno de la actividad comunitaria por parte de los jueces comunitarios, la presencia de una Carta de derechos es esencial.⁷² La carta se convertiría así en un instrumento constitucional interno a la Unión Europea, que permitirá que los jueces comunitarios, y en particular el TJE, puedan asegurar (bajo la atenta mirada de los tribunales constitucionales y supremos nacionales sobre la base del principio de protección equivalente) el respeto a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, así como en todos los actos en ejecución y desarrollo del mismo por las autoridades nacionales.

La orden de incorporación al CEDH contenida en el TCE resolverá por último el problema del control externo. Su inclusión en un tratado permite cumplir las exigencias del dictamen 2/94 del TJE, despejando cualquier duda sobre su conformidad al derecho comunitario. Pero con ello también resolveremos la cuestión de la responsabilidad por actos lesivos de derechos fundamentales en ejecución, desarrollo o transposición del derecho comunitario, asignándosela al ente verdaderamente respon-

⁷¹ De situación *precaria* desde el punto de vista de la seguridad jurídica califica la situación Pastor Ridruejo, J. A., "Las relaciones...", *cit.*, p. 203.

⁷² De hecho, pese a no haber entrado en vigor, la Carta ha tenido ya notable influencia en la actuación de ambos tribunales siendo citada por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión, por los abogados generales y por el propio TEDH, de modo que se está imponiendo como *soft law*. Véase Rosas, A., pp. 164 y 165.

sable (la Unión Europea) sin forzar los principios básicos del ordenamiento internacional denunciado por Pastor Ridruejo.

Así, todos los actos del poder público en Europa recuperarán el doble control en razón del respeto a los derechos fundamentales. Un control interno por los tribunales nacionales respecto a su propia Constitución en el ámbito del derecho exclusivamente estatal y por los tribunales nacionales actuando como jueces comunitarios y por el TJE respecto a la Carta de Niza en el ámbito del derecho comunitario. Y un control externo de tipo subsidiario por parte del TEDH con el CEDH como parámetro de referencia.

En este marco, debe recordarse que el TEDH seguirá siendo un tribunal especializado en derechos fundamentales, mientras que el TJE continuará ejerciendo como un tribunal general, que en ocasiones deberá tener en cuenta los derechos fundamentales. No existirá, por tanto, diferencia en la posición entre los tribunales nacionales y los comunitarios, como no existirá tampoco en la que ocupen la Carta de Derechos de la Unión y las declaraciones constitucionales de derechos.

La incorporación, pues, de las instituciones comunitarias al CEDH, apoyada además en una Carta de derechos, permite acabar con una anomalía intolerable en el ámbito europeo de protección de los derechos. Las últimas negociaciones para revitalizar el TCE parecen optar por mantener ambos extremos (aunque con alguna significativa excepción). Es de esperar que ninguno genere problemas en las opiniones públicas de los Estados, por lo que sólo queda abogar por una pronta aprobación.

Por otra parte, es posible que, a medio plazo, el ingreso de la Unión en el CEDH genere la revisión (expresa o jurisprudencial) de aquellas normas y procedimientos comunitarios que han dificultado la protección de derechos fundamentales o que han bordeado los límites de tales derechos. En particular, puede que la Unión se vea obligada a revisar los procedimientos para que los ciudadanos europeos accedan al juez comunitario cuando los derechos fundamentales estén en juego, de manera que se cumpla con las exigencias contenidas en el artículo 13, CEDH. Pero, evidentemente, ésa es otra historia, de la que no podemos ocuparnos aquí.