

■ El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo (*)

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

*Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Salamanca*

*Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio
de Asuntos Exteriores y de Cooperación*

S U M A R I O

1. Aspectos generales: el diálogo judicial como un elemento imprescindible del espacio constitucional europeo multinivel.
 - 1.1. El diálogo judicial: un concepto en boga de contornos conceptuales indeterminados.
 - 1.2. El diálogo judicial: un hijo de la globalización, la tecnificación de contenidos y la fragmentación del Derecho Internacional.
 - 1.3. El espacio constitucional europeo multinivel: un marco propicio para el desarrollo del diálogo judicial.
 - 1.4. La doble dimensión del diálogo judicial en el espacio constitucional europeo multinivel: la interacción entre tribunales constitucionales nacionales y tribunales internacionales con aspiración constitucional.
 - 1.4.1. El papel fundamental de los tribunales constitucionales: el factor 'faro' del Tribunal Constitucional alemán.
 - 1.4.2. El creciente protagonismo de algunos tribunales internacionales europeos: el TJUE y el TEDH.
2. El TJUE y el TEDH como Tribunales *cuasiconstitucionales* dentro del espacio constitucional europeo multinivel: hacia un triángulo judicial europeo.

(*) Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del que el autor es su investigador principal y su título «El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel: las relaciones del TJUE con los tribunales constitucionales, el TEDH y otros tribunales internacionales» (DER 2012 -36703). Las opiniones vertidas en este trabajo lo son a título personal del autor y en modo alguno comprometen al Ministerio para el que actualmente trabaja.

- 2.1. El TJUE como Tribunal Constitucional de la UE: el segundo vértice del triángulo judicial europeo.
- 2.2. El TEDH como una suerte de Tribunal Constitucional de los derechos humanos en el espacio constitucional europeo multinivel: el último vértice del triángulo judicial europeo.
3. El acercamiento del TJUE al CEDH: un diálogo con el TEDH basado en la necesidad de colmar una laguna de los tratados constitutivos.
 - 3.1. Escenario tradicional: un diálogo judicial indirecto impuesto por algunos tribunales constitucionales nacionales.
 - 3.2. El recurso a la jurisprudencia del TEDH: elemento crucial para la incorporación de los derechos como principios generales derivados del CEDH.
4. El acercamiento del TEDH al derecho de la UE: un diálogo judicial basado en una cooperación constructiva.
 - 4.1. De la rivalidad inicial con el TJUE a la actual cooperación constructiva: un progresivo proceso de acercamiento.
 - 4.2. Empleo de la jurisprudencia del TJUE por parte del TEDH: fuente añadida como modo de justificación complementaria de la jurisprudencia propia.
 - 4.3. Algunas disfuncionalidades en el diálogo entre Luxemburgo y Estrasburgo: en busca de la última palabra.
5. El nuevo marco postlisboa para la protección multinivel de los derechos humanos: hacia una necesaria intensificación del diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH.
 - 5.1. Continuidad de la jurisprudencia del TJUE con una Carta jurídicamente vinculante: el mantenimiento de los principios generales del Derecho de la Unión.
 - 5.2. El (nuevo) control judicial externo de la UE por el TEDH: mantenimiento de la autonomía del Derecho de la Unión y el monopolio del TJUE en el control de validez de los actos de la Unión.
 - 5.3. Pervivencia de algunos problemas ya bien conocidos: nuevos ropajes para viejas cuestiones.
 - 5.3.1. Dificultades derivadas de la aplicación del nuevo control externo del TEDH a la actuación de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión.
 - 5.3.2. La (in)existencia de competencias específicas de la UE en materia de derechos humanos.
6. Consideraciones finales: hacia el común enriquecimiento del TJUE y del TEDH en el marco del espacio constitucional europeo multinivel.

1. Aspectos generales: el diálogo judicial como un elemento imprescindible del espacio constitucional europeo multinivel

1.1. EL DIÁLOGO JUDICIAL: UN CONCEPTO EN BOGA DE CONTORNOS CONCEPTUALES INDETERMINADOS

Desde hace algún tiempo la cuestión del *diálogo judicial* se ha convertido en un tema que ha adquirido gran resonancia en los círculos doctrinales y judiciales. De hecho, en no pocos países ha pasado de ser una cuestión postergada al confinamiento de ciertos trabajos doctrinales muy minoritarios a convertirse en la actualidad en uno de los temas favoritos de los congresos y publicaciones sobre la Unión Europea (UE).

Con todo, pervive todavía cierta indeterminación conceptual a la hora de tratar a este fenómeno que alcanza incluso a la propia terminología para designarlo. La doctrina francesa suele referirse de forma genérica de *dialogue entre les juges*¹, si bien no faltan quienes de ma-

¹ Laurence POTVIN-SOLIS: «Le concept de dialogue entre les juges en Europe», en François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS y ARNAUD RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruylant, Bruselas, 2004, p. 19. Una primera referencia expresa a este concepto lo encontramos en un asunto del *Conseil d'État* francés de 1978 del que fue ponente el actual presidente del TEDH y en la que, sobre la relación entre el *Conseil d'État* y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se decía expresamente que «il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges»; *Conseil d'État* ass., 22 de diciembre de 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohen-Bendit*, p. 524. El subrayado ha sido añadido. Más recientemente puede verse Laurence BOURGOGNE-LARSEN: «La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial», en Juan Ignacio UGARTEMENDÍA y Gurutz JAUREGUI (coords.), *Derecho Constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 41-76.

nera muy plástica han aludido al *commerce des juges*², mientras en el mundo anglosajón –de donde probablemente proviene inicialmente esta concepción– se ha hablado de la *transjudicial communication*³. A la vez, en la doctrina alemana existe un interesante acercamiento a esta cuestión desde la perspectiva de concurrencia judicial (*Rechtsprechungskonkurrenz*)⁴ que, en cierto sentido, deja traslucir una idea de potencial conflicto entre los diferentes tribunales en juego⁵ como algo «estructuralmente inevitable»⁶. En la doctrina italiana y española parece asentarse también el término de diálogo judicial⁷, si bien su denominación común encubre concepciones del mismo muy dispares en cuanto a su extensión. Sin salirnos de la doctrina española e italiana más reputada en esta materia, poco tiene que ver el concepto muy restringido (y ciertamente crítico) de Giuseppe de Vergotini⁸ con el que pueda tener, entre nosotros, por ejemplo, Javier García Roca, mucho más amplio y abierto⁹.

En este trabajo, nos referimos, sin ánimo alguno de entablar una polémica conceptual a propósito de la denominación más adecuada, a la acepción más consolidada de *diálogo judicial*. No obstante, conviene tener presente, como ha escrito recientemente Rafael Bustos Gisbert, que «no toda conversación judicial es un diá-

² Antoine GARAPON y Julie ALLARD: *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, 2005, p. 7.

³ Anne Marie SLAUGHTER: «A Typology of Transjudicial Communications», *University of Richmond Review* 1994-1995, vol. 29, pp. 99-137.

⁴ Christoph ENDERS: «Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt – oder: Vom Kampf der Rechtsordnungen nach Maastricht», en Rolf GRAWER, Bernhard SCHLINK, Reiner WAHL y Joachim WIELAND (eds.), *Offene Staatlichkeit – Festschrift für E. W. Böckenförde zum 65. Geburtstag*, 1995, pp. 29-49, en particular p. 43.

⁵ Stefan OETER: «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2007, núm. 66, pp. 361-388, en p. 362.

⁶ Franz MERLI: Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2007, núm. 66, pp. 392-419, en p. 393.

⁷ Véase, por ejemplo, J.A. XIOL RÍOS: «El diálogo entre tribunales», *Revista del Poder Judicial* 2011, núm. 90, pp. 4-17.

⁸ Giuseppe de VERGOTTINI: *Mas allá del diálogo entre tribunales – Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Madrid, 2010.

⁹ Entre sus diversas contribuciones sobre la cuestión puede destacarse su reciente trabajo «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *UNED-Teoría y Realidad Constitucional* 2012, núm. 30, pp. 181-222.

logo judicial»¹⁰, de manera que la cuestión al respecto sería, atendiendo a este trabajo imprescindible para un acercamiento conceptual esta materia, «determinar cuándo la comunicación entre altos tribunales es la propia del uso del Derecho comparado y cuándo es de intensidad superior capaz de obligar, jurídicamente, a los tribunales a acercar la propia jurisprudencia a la dictada por un órgano judicial externo al propio ordenamiento jurídico»¹¹. Existen, pues, diferentes niveles de cooperación judicial¹², pero para poder hablar de diálogo se requieren unos requisitos mínimos que se fundamentan al menos en la toma en consideración de elaboraciones doctrinales ajenas en la aplicación del Derecho propio cuya aceptación no es meramente facultativo y, en cierto sentido, se funda en el reconocimiento de una autoridad jurídica a la jurisdicción que se toma en consideración¹³.

1.2. EL DIÁLOGO JUDICIAL: UN HIJO DE LA GLOBALIZACIÓN, LA TECNIFICACIÓN DE CONTENIDOS Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

De cualquier forma, los motivos para que esta cuestión haya adquirido el protagonismo que tiene en la actualidad son de muy variada índole, aunque aquí nos limitemos a reconducirlos a sus dos principales. Por un lado, visto el fenómeno desde la *perspectiva nacional interna*

¹⁰ Rafael BUSTOS GISBERT: «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 2012, núm. 95, pp. 13-63, en pp. 17-21.

¹¹ *Ib.*

¹² Existen muy diversas formas de afrontar el estudio de la cooperación judicial. Hay quien ha distinguido cinco niveles de cooperación que irían desde el simple contacto accidental entre jueces hasta los mecanismos de cooperación judicial que resultan preceptivos como consecuencia de un tratado internacional; Joachim BORNKAMM: «The German Supreme Court: An actor in the global conversation of High courts», *Texas International Law Journal* 2004, p. 415. Otros distinguen entre *dialogue orchestré* y *dialogue conventionnel*; Laurence BURGORGUE-LARSEN, «De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à la attention de Bruno Genevois», *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, 2008, pp. 95-130, en particular p. 101 y p. 107.

¹³ Para profundizar sobre estas cuestiones, además de la ya citada contribución básica de Rafael Bustos, puede verse también Javier GARCÍA ROCA y Rafael BUSTOS GISBERT: «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en Raul CANOSA, Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

de los Estados, parece claro que la *globalización*¹⁴ y la consiguiente intensificación exponencial de las relaciones transnacionales ha traído inevitablemente consigo una creciente internacionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁵. Lógicamente, esta internacionalización incide muy directamente en el contenido de las normas jurídicas de los ordenamientos nacionales, una de cuyas consecuencias es una cierta convergencia entre ordenamientos jurídicos¹⁶ que resulta especialmente visible en materia de derechos humanos; y que resultará de particular relevancia para el objeto central de este trabajo. Pero también termina por afectar al comportamiento de los encargados de interpretar y aplicar las normas de esos ordenamientos jurídicos¹⁷. No en vano, en relación con los jueces nacionales en la era de la *globalización*, se ha llegado a hablar de forma bastante simbólica de 'la nueva revolución del Derecho' (*nouvelle révolution du droit*)¹⁸; en todo caso, al menos una convergencia de jurisprudencias en ámbitos jurídicos con valores culturales comunes sí resulta palpable¹⁹. De igual forma, los ordenamientos jurídicos han

¹⁴ El término 'globalización' comprende, sin duda, una heterogeneidad de fenómenos de no fácil sistematización y difícil conversión a términos jurídicos. Otros términos más específicos –incluso el más preferido en Francia de *mondialisation*– tienen un contenido más preciso, pero parece evidente que el concepto de 'globalización' se ha terminado por imponer. Entre la ingente literatura existente al respecto puede verse, por lo que más nos interesa aquí, el trabajo de José María MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: «Globalización y derechos humanos», *Claves de Razón Práctica* 2001, núm. 111, pp. 40-48.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Secretario General de Naciones Unidas, *General Globalization and Interdependence*, UN Doc. 1/62/150.

¹⁶ Juliane KOKKOT: «From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization – with Particular Reference to the German Basic Law», en C. STARK (dir.) *Constitutionalism, Universalism and Democracy – A Comparative Analysis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 74.

¹⁷ Para un sector doctrinal, más que una tensión entre lo universal y lo particular, la *globalización* provoca una extensión del Estado de Democrático de Derecho que supera los límites del Estado-nación y configura un nuevo poder mundial que, al hacer desaparecer el vínculo entre los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) y la soberanía nacional provoca la creación de redes de gobierno (*government networks*); por lo que afecta a la dimensión judicial, fruto de esa *globalización*, se irá configurando un poder judicial mundial. Aune Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, 2004. En el extremo doctrinal opuesto, hay autores que en la *globalización* ven simplemente una manifestación más del imperialismo norteamericano; Ugo MATTEI, «A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance», *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, pp. 383-448. Entre ambos extremos, existe un amplio abanico de posiciones que, aceptando los profundos efectos que provoca la *globalización* en la actuación judicial, relativizan algunas de las consecuencias más radicales de las dos posiciones citadas; Carl BAUDENBACHER, «Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles?», *Texas International Law Journal* 2003, p. 505.

¹⁸ Antoin GARAPON y Julie ALLARD: *op. cit.* (*Les juges...*).

¹⁹ Giuseppe VERGOTINI: *op. cit.* (*Más allá del diálogo...*), p. 61.

conocido de manera paralela una progresiva especialización y tecnificación de sus contenidos que, unidas a la complejidad creciente de las normas, también contribuyen a impulsar ese diálogo judicial.

Por otro lado, desde la *perspectiva externa* a los Estados, el Derecho Internacional está experimentado a la vez un imparable proceso de sectorialización y fragmentación que, aunque en realidad no es nuevo²⁰, se ha intensificado notablemente en los últimos tiempos y está provocando en la actualidad una profunda transformación del ordenamiento iusinternacional²¹. Entre sus consecuencias destaca por encima de todas la multiplicación de jurisdicciones internacionales. Algunas de estas jurisdicciones internacionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar de Hamburgo o los mecanismos de resolución de controversias existentes en el seno de la OMC tienen carácter universal. Otras, por el contrario, son jurisdicciones de carácter regional, bien con el objetivo de favorecer una adecuada protección de los derechos fundamentales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) o bien como tribunales encargados de resolver las controversias jurídicas que surjan en el marco de organizaciones internacionales con vocación de integración regional (Sistema de Integración Centroamericano, Pacto Andino, Mercosur, etc.)²².

²⁰ Posiblemente la consideración que la Corte Internacional de Justicia hizo en 1980 en el asunto sobre el personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán, al considerar el Derecho diplomático como un «*self-contained regime*», fue un primer detonante para que la doctrina más reputada abordara la cuestión de los 'regímenes autónomos'. Véase como un temprano trabajo de gran relevancia, Bruno SIMMA. «Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 6, pp. 111-136.

²¹ La propia Comisión de Derecho Internacional (CDI) creó en 2002 un grupo de trabajo especialmente dedicado a esta cuestión que en 2006 presentó un informe a la Asamblea General de Naciones Unidas del que, siendo generosos en su valoración, se podría decir que está aún muy lejos de haber cerrado la cuestión; Doc A/CN.4/L.702.

Entre la ingente literatura existente al respecto, puede verse *in extenso* las siguientes contribuciones I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET y S. WITTICH (eds.): *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, 2009; Martti KOSKENNIEMI y Päivi LEINO: «Fragmentation of International Law – Postmodern Anxieties?», *Leiden Journal of International Law* 2002, núm. 15, p. 553; Andreas L. PAULUS: «Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2007, núm. 67, p. 695-719; Bruno SIMMA y Dirk PULKOWSKI: «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law* 2006, núm. 17, p. 483.

²² Cfr. Laurence BURGORGUE-LARSEN: «Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international», en AA.VV., *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, París, 2003, pp. 203-264

1.3. EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO MULTINIVEL: UN MARCO PROPICIO PARA EL DESARROLLO DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Ahora bien, las consecuencias más profundas de esta fragmentación del sistema general del Derecho Internacional afloran cuando entran en liza subsistemas particularmente evolucionados en su estructura normativa y dotados de órganos jurisdiccionales propios cuya jurisprudencia es susceptible de generar conflictos jurídicos de cierta envergadura, tanto frente a otros tribunales internacionales como sobre todo frente a los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, no cabe duda que los subsistemas más evolucionados se han configurado en Europa, tanto en materia de derechos humanos como a propósito de la integración económica y política. Y lo han hecho dentro del proceso de conformación de un peculiar *espacio jurídico europeo* en el que confluyen tribunales (constitucionales) de los Estados miembros y tribunales internacionales particularmente evolucionados.

La configuración de este espacio jurídico europeo, desde una perspectiva conceptual, se asienta en una concepción basada en el pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*)²³ en un marco multinivel

²³ No es momento de detenernos en el análisis de los postulados concretos de esta aproximación doctrinal, abierta a finales de la década de los noventa del siglo pasado por McCORNICK y posteriormente desarrollada con diferentes enfoques por relevantes autores; N. McCORNICK: «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review* 1993, S. 1-23; *ib.*, «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal* 1995, pp. 259-266; Neil WALKER, «The Idea of Constitutional Pluralism», M. L. R. 2002, núm. 65, p. 317; Miguel P. MADURO: «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, 2003, S. 501-537; Matthias KUMM: «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty», *European Law Journal* 2005, pp. 262-307; Julio BAQUERO: «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement», *European Law Journal* 2008, pp. 389-422.

El problema básico de esta interesante concepción es la enorme variedad de aproximaciones existentes a este concepto. Al final, como afirman los editoriales de un simposio celebrado en Florencia sobre el significado del pluralismo constitucional, «the concept has gained so many meanings than often the participants in the debate talk past each other, each endorsing a different understanding of what constitutional pluralism actually means»; Matej AVBELJ y Jan KOMÁREK: «Four Visions of Constitutional Pluralism», *European Journal of Legal Studies*, 2008, pp. 325-370, especialmente p. 325. A juicio de algunos autores como G. Davies, consideran el *constitutional pluralism* como una «empty idea» en la que «the investment in constitutional pluralism by scholars has not brought satisfactory returns yet pluralism is too attractive an idea to be abandoned in haste»; Gareth Davies, Constitutional Disagreement in Europe and the Search of Pluralism, en Matej AVBELJ y Jan KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, 2011.

vel (*multilevel constitutionalism*)²⁴ y una consideración del reparto de funciones entre los respectivos tribunales con base en el principio de competencia y no en el de jerarquía²⁵. En este contexto del espacio europeo el diálogo judicial se basa en la interacción entre tribunales constitucionales de los Estados que lo integran y tribunales internacionales con aspiración constitucional.

1.4. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO MULTINIVEL: LA INTERACCIÓN ENTRE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES CON ASPIRACIÓN CONSTITUCIONAL

En efecto, el denominado espacio constitucional europeo multinivel cuenta, por lo que se refiere al diálogo judicial, con dos polos fundamentales. Por un lado, los tribunales constitucionales nacionales (a) y por el otro los tribunales internacionales con una dimensión constitucional (b).

1.4.1. *El papel fundamental de los tribunales constitucionales: el factor 'faro' del Tribunal Constitucional alemán*

El paradigma jurídico clásico para el acercamiento dogmático a cualquier cuestión sobre el diálogo judicial se ha basado inexorablemente en una aproximación al Derecho fundada en las clásicas ideas de soberanía, Estado, pirámide normativa de inspiración kelseniana y una cierta autosuficiencia de cada ordenamiento jurídico nacional. Esta aproximación al estudio del Derecho resulta claramente insuficiente en la actualidad. No obstante, el nuevo paradigma asentado en la idea de pluralismo constitucional en un marco europeo multinivel de inevitable

²⁴ Ingolf PERNICE: Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, *Common Market Law Review* 1999, núm. 36, p. 703; Armin von BOGDANDY: A «Bird's Eye View on the Science of European Law», *European Law Journal* 2000, p. 208, especialmente pp. 226-227. Una postura crítica al respecto se encuentra en Peter BADURA: «Verfassung und Verfassungsrecht in Europa», *Archiv für öffentliches Recht* 2006, núm. 131, p. 423.

²⁵ Véase Armin von BOGDANDY y Stehphan SCHILL: «Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010 núm. 70, p. 701, especialmente p. 703.

permeabilidad e interacción entre los diversos ordenamientos jurídicos no termina de afianzarse por completo. Así, pese a todas las transformaciones experimentadas por la clásica noción de soberanía y pese a la evidente erosión que ha sufrido el correlativo concepto del Estado-nación, los viejos ordenamientos jurídicos estatales siguen siendo una pieza imprescindible sobre la que seguir fundando cualquier análisis de esta naturaleza. Y, por ende, también sus más altos tribunales de naturaleza constitucional. De esta forma, los tribunales constitucionales nacionales –o en aquellos Estados donde no existan como tales los tribunales supremos que tengan encomendada esta función– continúan configurando el primer nivel de consideración en el diálogo judicial constitucional multinivel existente en nuestro continente.

Más allá de lo hasta ahora afirmado, conviene no olvidar la enorme heterogeneidad de jurisdicciones existentes en los Estados europeos y la correlativa imposibilidad de referirse a la jurisdicción constitucional en los Estados europeos de una forma homogénea²⁶. De entrada, ni todos los Estados europeos cuentan con un tribunal constitucional ni quienes lo tienen (Austria, Alemania, Italia, España, Portugal, Luxemburgo... y en cierta medida también Francia) regulan su jurisdicción de forma unitaria²⁷. Ahora bien, por lo que a este trabajo se refiere, el punto de partida que nos interesa subrayar es simplemente una doble consideración. Por un lado, el Tribunal Constitucional alemán (el *Bundesverfassungsgericht*) es, a los efectos del diálogo judicial en el espacio constitucional europeo multinivel, el tribunal constitucional por antonomasia, en la medida en que su jurisprudencia ha ejercido una importante influencia en otros tribunales constitucionales²⁸; y, por supuesto, también en la de los tribunales internacionales europeos en

²⁶ Aunque más centrado en la comparación entre la jurisdicción constitucional alemana con la existente en Estados Unidos, resulta interesante el estudio comparado de Shu-Perng HWANG: *Verfassungsgewalt und Jurisdiktionsstaat?*, Duncker & Humblot, Berlín, 2005.

²⁷ Cfr. Alexander von BRÜNNECK: *Verfassungsgewalt und Jurisdiktionsstaat in den westlichen Demokratien – Ein systematischer Vergleich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Daden, 1992; Georg BRUNNER: «Der Zugang der des Einzelnen zur Verfassungsgewalt im europäischen Raum», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 2002, núm. 50, pp. 191-256; Christian TOMUSCHAT: «Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte», en Peter BADURA y Horst DREIER (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 245-248; Christian STARCK y Albrecht WEBER (eds.), *Verfassungsgewalt und Jurisdiktionsstaat in Westeuropa*, 2.ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007.

²⁸ Peter HÄBERLE: «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgewalt», in Peter BADURA (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, vol. I, pp. 311-331.

liza. De hecho, se puede afirmar que juega, en ocasiones, una suerte de función de *faro* respecto al resto de tribunales, una suerte de punto al que, para bien o para mal, todos miran. Y, por otro lado, en todos los Estados europeos donde no existe un tribunal constitucional *ad hoc* es obvio que, de una u otra forma, los Altos Tribunales de esos países ejercen funciones de naturaleza constitucional²⁹, siendo en este caso paradigma claro de ello –por motivos bien diferentes al caso alemán– el propio Reino Unido³⁰.

1.4.2. *El creciente protagonismo de algunos tribunales internacionales europeos: el TJUE y el TEDH*

Sobre la base de los Estados, se han articulado en Europa dos procesos añadidos que, entre otros aspectos políticos de dispar naturaleza, ha tenido como consecuencia un refuerzo evidente del papel de los jueces³¹, así como la creación de dos jurisdicciones supraestatales con aspiración constitucional. En efecto, tras la segunda guerra mundial, se han generado en Europa dos procesos interestatales que constituyen hitos jurídicos muy notables para el Derecho Internacional y para el Derecho Constitucional: uno consistente en la articulación de mecanismos eficaces para la protección (internacional) de los derechos humanos en torno al Consejo de Europa; y otro proceso encaminado a la construcción económica y política que, sobre la base inicial de un mercado común, ha conducido a la actual Unión Europea. Ahora bien, el devenir de ambas empresas han discurrido por caminos diferentes.

La primera lo ha hecho por el cauce de la *cooperación* y ha estado marcada por la creación del Consejo de Europa a través del Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949 y la posterior aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

²⁹ A nuestro entender, resulta algo exagerado considerar que «erst die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit hat Verfassungsrecht (...) zu echtem Recht gemacht»; Franz MERLI: *loc. cit.* («Rechtssprechungskonkurrenz...»), p. 397. Vid. Leszek Lech GARLICKI: «Constitutional Courts versus Supreme Courts», *International Journal of Constitutional Law* 2007, pp. 44-68.

³⁰ La nueva *Supreme Court* del Reino Unido comenzó sus trabajos como supremo tribunal de revisión el 1 de octubre de 2009 sustituyendo en sus funciones a la *House of Lords*. Cfr. Andrew P. LE SUEUR (ed.): *Building the UK's New Supreme Court*, Oxford University Press, Oxford, 2004; Gernot SYDOW: «Der geplante Supreme Court für das Vereinigte Königreich im Spiegel der britischen Verfassungsreform», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2004, núm. 64 pp. 65-94.

³¹ Allan ROSAS: «The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue», *European Journal of Legal Studies* 2007, núm. 2, pp. 1-16.

Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) de 4 de noviembre de 1953, que, a su vez, ha experimentado diversas reformas materiales y procesales hasta la entrada en vigor del Protocolo 14 el pasado 1 de junio de 2010³². Y la segunda empresa, por el contrario, ha discurrido por el ambicioso camino de la *integración* a través de un proceso de profundización progresiva en la atribución de competencias que comenzó con la puesta en común de las producciones de carbón y acero a través del Tratado de la CECA y que, tras sucesivas reformas, ha desembocado en una Unión de 28 Estados con cuyos tratados constitutivos –el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)– le atribuyen competencias muy intensas en ámbitos estrechamente ligados al concepto clásico de soberanía como la moneda, el comercio exterior, la inmigración y el asilo o la cooperación policial y judicial en temas penales³³; e incluso, tras la reciente entrada en vigor el pasado 1 de enero de 2013 del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de la Unión Económica y Monetaria entre 25 de los entonces 27 Estados miembros (todos menos Reino Unido y República checa) se refuerza *extra muros* de los tratados constitutivos la dimensión de la Unión Monetaria que quedó pendiente en el Tratado de Maastricht³⁴.

Ambos subsistemas de Derecho Internacional cuentan, por lo que más nos interesa en este trabajo, con sus respectivas instancias judiciales –el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– conformando dos de los tribunales internacionales más avanzados del mundo. Y de ambos puede predicarse en cierto sentido su carácter *constitucional*, constituyendo además piezas de inexcusable consideración dentro del aludido espacio constitucional europeo multinivel.

³² En concreto, el CEDH ha conocido desde su redacción original 15 Protocolos adicionales. De ellos, seis tienen contenido material (Protocolo adicional 1 y los Protocolos 4, 6, 7, 12 y 13) y el resto tienen naturaleza procedimental, destacando por lo que más directamente nos afecta al control judicial los Protocolos 11 y 14.

³³ En efecto, los tratados constitutivos atribuyen competencia a la Unión (art. 5.1 TUE) cuya naturaleza pueden tener con carácter general la consideración de exclusivas de la Unión (arts. 2.1 y 3.1 TFUE), compartidas con los Estados (arts. 2.2 y 4.2 TFUE) o complementarias a las de los Estados (arts. 2.3 y 6 TFUE), si bien existen también categorías competenciales peculiares de más difícil conceptualización, como son las existentes en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (arts. 21 a 46 TUE y 2.4 TFUE) o de coordinación de las políticas económicas y de empleo (art. 5 TFUE).

³⁴ Se encuentra publicado en *BOE* núm. 29 de 2 de febrero de 2013; corrección de errores en *BOE* núm. 48 de 25 de febrero de 2013.

2. El TJUE y el TEDH como Tribunales *cuasiconstitucionales* dentro del espacio constitucional europeo multinivel: hacia un triángulo judicial europeo

2.1. EL TJUE COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA UE; EL SEGUNDO VÉRTICE DEL TRIÁNGULO JUDICIAL EUROPEO

En concreto, el TJUE encarna, sin duda, la jurisdicción internacional más evolucionada de cuantas existen en el panorama mundial. No por casualidad es el Alto Tribunal de una compleja Unión que, aunque formalmente siga siendo una organización internacional constituida mediante un tratado internacional (art. 1 TUE) en la que los Estados mantienen su clásica posición de –utilizando la terminología que tanto gusta al Tribunal Constitucional alemán– los ‘señores de los tratados’ (*Herren der Verträge*) y el Derecho Internacional sigue ocupando un papel muy destacado³⁵, desde un punto de vista material goza una indudable *sustancia constitucional* (*Verfassungssustanz*)³⁶. La UE constituye, de hecho, una Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinschaft*)³⁷ y también una Comunidad de valores (*Wertegemeinschaft*)³⁸ que han ido conformando su identidad propia a través de principios constitucionales que proceden tanto del Derecho Internacional como de los Derechos de sus Estados miembros³⁹.

Además, a diferencia de los tribunales internacionales típicos cuya jurisdicción es voluntaria⁴⁰, se trata de una jurisdicción obligatoria para la resolución de cualquier controversia a propósito de los tratados cons-

³⁵ Sobre esta cuestión sigue siendo referencia obligada el trabajo de Javier DIEZ-HOCHLEITNER: «La interdependencia entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz de 1998*, Tecnoc, Madrid, 1999, pp. 39-89.

³⁶ Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6.ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009, p. 111-113.

³⁷ Así la consideró ya Walter HALLSTEIN: *Die Europäische Gemeinschaft*, 5.ª ed., p. 52. También el Tribunal de Justicia ha considerado la Unión como una Comunidad de Derecho; TJUE sentencia de 23 de abril de 1986, *Los verdes*, c. *Parlamento Europeo*, (294/83, *Rec.*, p. 1335), apdo. 23; Dictamen 1/91, de ... de 1991, *Rec.*, p. I-6079, apdo. 21.

³⁸ Christian CALLIES: «Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität der europäischen Verfassungsrechts», *JuristenZeitung* 2004, p. 1033.

³⁹ Armin von BOGDANDY: «Founding Principles», en ib. y Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed., 2010, pp. 11-54, especialmente pp. 20-24.

⁴⁰ El ejemplo típico sigue siendo el tribunal internacional propio de las Naciones Unidas, a saber la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia está abierta tan sólo a los Estados y su jurisdicción es voluntaria; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 26 de junio de 1945, arts. 34 a 38.

titutivos (art. 19.1 TUE) y se le atribuye muy amplias competencias para conocer del control de cumplimiento del Derecho de la UE por los Estados miembros, así como para controlar la legalidad de los actos de la Unión, la constitucionalidad de los tratados internacionales que celebre la Unión y hasta una posible responsabilidad extracontractual (arts. 19.3 TUE, 251 a 281 y 218.11 TFUE). El TJUE es, en suma, el tribunal de un sistema jurídico de carácter *supranacional*⁴¹ cuya original naturaleza lo sitúa a caballo entre los de carácter nacional (con es el caso de los Tribunales Constitucionales) y los de naturaleza claramente internacional (con el TIJ como ejemplo paradigmático).

A este respecto, resulta conceptualmente muy útil la idea desarrollada por el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán a propósito de la existencia de una asociación o liga –el término *Verbund* de no fácil traducción– judicial europea de carácter constitucional (*europäische Verfassungsgerichtsverbund*) en la que se conforma un triángulo judicial entre Karlsruhe, Luxemburgo y Estrasburgo⁴². Esta idea, que conecta con un concepto muy semejante proporcionado antes por Ingolf Pernice (el de la *Verfassungsverbund*)⁴³, permite efec-

⁴¹ El concepto de la *supranacionalidad* es, en efecto, particularmente útil para explicar desde el Derecho Internacional las peculiaridades del proceso de integración europea. Pero creemos que exige, con todo, tener igualmente presente la existencia paralela de determinados elementos cuya explicación sólo puede realizarse satisfactoriamente desde un paradigma conceptual cercano al método federal; así lo hemos desarrollado *in extenso* en nuestra obra *La Federación supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?*, Vitoria, 2003: *ib.*: «The Federal Elements of the European Union», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2001, pp. 595-625. Vid. igualmente Armin von BOGDANDY: *Supranationaler Föderalismus: die Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999; *ib.*: «Zur Übertragung staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union – vom Nutzen der Gestaltidee supranationaler Föderalismus anhan des Demokratieprinzips», en *Festschrift für Badura*, 2004, p. 1033.

⁴² Andreas VOBKUHLE: «Der europäische Verfassungsgerichtsverbund», *Neue Verwaltungszeitschrift* 2010, 1, pp. 1-8, en p. 2. Lógicamente la referencia a Karlsruhe es metafórica y, como el autor matiza en el último epígrafe de su trabajo, hay que extenderla también al resto de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea (p. 8).

⁴³ Ingolf PERNICE: «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2001, núm. 60, pp. 148-193; *ib.*: *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, de Gruyter, Berlín, 2006; *ib.*: «Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbundes», en Hans-Jörg DERRA (ed.), *Freiheit, Sicherheit und Recht – Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, pp. 359-393. En este último trabajo PERNICE analiza esta dimensión desde la perspectiva que brindan dos conocidos casos particularmente sobresalientes, el asunto *Pupino* del TJUE y el asunto *Darkanzali* del Tribunal Constitucional alemán. En realidad, este autor maneja en su acercamiento a la materia conceptos como *Verbund*, *Verflechtungen* o *Netzwerk* que resultan particularmente atractivos para abordar el acercamiento conceptual al diálogo judicial europeo,

tivamente renunciar a imágenes simplificadas del pasado asentadas sobre conceptos de territorialidad y soberanía. Permite además acoger una idea de dinamismo y flexibilidad que encaja perfectamente con la naturaleza de la heterogeneidad de relaciones que se establecen en el espacio europeo.

En realidad, con una concepción dogmática u otra, el TJUE está revestido de unas peculiaridades tan intensas que conceptualmente lo van alejando cada vez más del sistema de órganos jurisdiccionales internacionales y se va acercando más al paradigma propio de las jurisdicciones constitucionales nacionales. De hecho, pese a las similitudes formales que en apariencia pudieran encontrarse sobre el papel en relación con otros tribunales regionales como los de Managua, Quito, Asunción o Ouagadougou, si se profundiza, el TJUE no encuentra comparación con ninguno de los tribunales existentes en el SICA, el Pacto Andino, Mercosur, NAFTA, África del Oeste u otros. No en vano el TJUE tiene atribuidas competencias sin parangón con ningún otro tribunal internacional. En cierto forma, intentando superar la visión constitucionalista clásica de unir Constitución a Estado y soberanía, el TJUE podría ser considerado como una suerte de *Tribunal Constitucional* de la Unión Europea⁴⁴ o, al menos –como también escribió quien hace ya algún tiempo fue tanto juez de un Tribunal Constitucional nacional como también del propio TJUE–, el Alto Tribunal de la UE es un tribunal que «está a medio camino entre un sistema propiamente internacional y un embrión de sistema federal»⁴⁵. Es, en todo caso, un tribunal que sin duda ha servido de motor tanto al propio proceso de constitucionalización de la UE⁴⁶ como también al de

si bien es muy probable que en su diseño inicial se tiene en mente en primer orden al papel y jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán; Ingold PERNICE: «La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010, núm. 70, p. 51.

⁴⁴ Esta idea la hemos desarrollado antes en nuestro ya citado libro *Federalismo supranacional...*, *op. cit.* Véase igualmente, entre otros, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», *Europarecht* 1992, p. 225; Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Julio BAQUERO CRUZ: «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Fundamentos–Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 2006, pp. 291-346; Alberto SÁINZ ARNÁIZ: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública* 1999, pp. 223-256.

⁴⁵ Manuel Díez DE VELASCO: *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1984, p. 15.

⁴⁶ Joseph H.H. WEILER: «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal* 1991, núm. 100, p. 2403-2483.

los propios Estados miembros⁴⁷; y que, por lo que específicamente se refiere al diálogo judicial, es la pieza del triángulo Karlsruhe, Luxemburgo, Estrasburgo que más juego ha dado.

Este juego de relaciones ha sido particularmente rico (y también polémico) respecto de los tribunales constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha asumido siempre el papel de 'galán' nunca dispuesto a perder protagonismo» en la original obra del diálogo judicial europeo; y se ha visto acompañado por otros actores de reparto dispuestos unos a asumir el papel de 'villano'⁴⁸ y otros tribunales en «busca de su papel»⁴⁹.

⁴⁷ En este sentido resultan particularmente sobresalientes los análisis realizados por dos reputados constitucionalistas españoles que además han sido miembros del Tribunal Constitucional; Pedro CRUZ VILLALÓN: *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004; Pablo PÉREZ TREMPES: «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, núm. 9, pp. 19-48.

⁴⁸ Buenos ejemplos de éstos son los tribunales constitucionales de Polonia y de la República checa. Ambos tribunales han sido particularmente celosos y estrictos con el concepto de soberanía a la hora de analizar las relaciones entre el Derecho de la UE y sus ordenamientos nacionales. Ciertamente la sentencia del Tribunal Constitucional checo de 31 de diciembre de 2012 recaída en el asunto sobre las pensiones eslovacas es el botón de muestra más sobresaliente. Pero no es una excepción. Ni de ese mismo tribunal, ya que su anterior sentencia de 26 de noviembre de 2008 sobre el Tratado de Lisboa ya vertía algunas afirmaciones preocupantes, ni del polaco que también en su sentencia de 11 de mayo de 2005 sobre la adhesión adelantaba también un tono particularmente crítico. De cualquier forma, los tribunales constitucionales de ambos países tienen como referente primero al Tribunal Constitucional alemán y, en ocasiones, llegan incluso a dar los pasos que el tribunal alemán simplemente amaga. Con carácter general, puede verse, por ejemplo, Allan F. TATHAM: *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership – The Influence of the German Model in Hungary and Poland*, Martin Nijhoff, Leiden-Boston, 2012.

⁴⁹ No es este el lugar adecuado para detenernos en examinar con detalle la posición de nuestro Tribunal Constitucional español. Baste señalar tan sólo dos aspectos nada desdeñables. El primero se refiere al apreciable viraje (muy positivo) experimentado desde la Declaración 1/2004 al concebir el artículo 93 de la Constitución como algo más que un mero precepto orgánico-procedimental; nos remitimos para ello a lo que ya expusimos *in extenso* en «Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional* 2005, vol. 57, pp. 799-818. Y el segundo, lógicamente, es el cambio de posición respecto al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, ya que, con independencia de la cuestión de si el asunto *Melloni* era realmente el mejor caso para hacerlo, pone también de manifiesto una cierta actitud de diálogo (constructivo) con el Tribunal de Justicia; véase la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013 *Melloni* (C-399/11, no publicada aún en la Recopilación oficial). Véase, al respecto, Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: «Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional recurre al reenvío judicial», en Carlos FERNÁNDEZ LIESA, Carlos J. MOREIRO GONZÁLEZ y E. MENÉNDEZ REXACH (dirs.), *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo*, CGPJ-Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pp. 189-214.

Pero, por lo que aquí más nos interesa, el TJUE también ha dado mucho juego en su relación con el otro tribunal internacional de gran relevancia en el espacio constitucional europeo multinivel y cuyo libreto está probablemente aún mucho más abierto que el de las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales, en especial en un momento en el que hay poner en marcha alguna de las principales novedades del Tratado de Lisboa en materia de derechos humanos.

2.2. EL TEDH COMO UNA SUERTE DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO MULTINIVEL: EL ÚLTIMO VÉRTICE DEL TRIÁNGULO JUDICIAL EUROPEO

El CEDH, se ha considerado por algunos autores como una Constitución de los derechos humanos (*Grundrechtsverfassung*)⁵⁰ o algo así como una *cuasiconstitución* de Derecho Internacional (*völkerrechtliche Nevenverfassung*)⁵¹. De manera parecida, también del TEDH se ha predicado una cierta naturaleza constitucional⁵²; o al menos *cuasiconstitucional*⁵³. De hecho, el TEDH es intérprete supremo del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales derivado del CEDH (art. 32 CEDH) y encarna una jurisdicción que, entre otros aspectos sobresalientes, tiene la peculiaridad de permitir el acceso de los particulares a través de la demanda individual (art. 34 CEDH)⁵⁴ por lo que –además de garantizar una protección internacional supranacional de los derechos humanos⁵⁵– bien podría hablarse de un tribunal

⁵⁰ Frank HOFFMEISTER: «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», *Der Staat* 2001, núm. 40, p. 349, especialmente pp. 353-354; Stephan OETER: *loc. cit.* («Rechtsprechungskonkurrenz...»), p. 361

⁵¹ Robert UERPMMANN-WITZACK: «Völkerrechtliche Verfassungsamente», en Armin von Bogdandy (ed.) *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, 2.ª ed., Berlín, 2009, pp. 177-225, en particular pp. 199-201.

⁵² Ch. WALTER: «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungprozess», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999 núm. 59, pp. 961.

⁵³ G. COHEN-JONATHAN: «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme», en AA.VV. *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, 2007, pp. 1127-1153.

⁵⁴ Michael KLEINE-COSACK: *Verfassungsbeschwerde und Menschenrechtsbeschwerde*, C. F. Müller, Heidelberg, 2.ª ed., 2007.

⁵⁵ Georg RESS: «Supranationaler Rechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2004, núm. 64, pp. 621-639.

constitucional en sentido funcional⁵⁶ o de un tribunal constitucional *sui generis*⁵⁷. Entre nosotros, Javier GARCÍA ROCA ha considerado que la «interpretación de los derechos fundamentales realizada actualmente por el TEDH es, en esencia, una interpretación constitucional»⁵⁸. También se ha dicho que el TEDH «is already ‘the Constitutional Court for Europe’, in the sense that it is the final authoritative judicial tribunal in the only pan-European constitutional system»⁵⁹. Como ha afirmado el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán al desarrollar su ya citada idea de una *Verfassungsgerichtsverbund* europea, es posible referirse tanto al TJUE como al TEDH con la denominación de tribunales constitucionales porque ambos tribunales, como consecuencia de las competencias que se les ha ido atribuyendo, han desarrollado un papel constitucional que en cierto sentido resulta comparable al del Tribunal Constitucional⁶⁰.

En todo caso, más allá de la discusión sobre la *constitucionalidad* de este tribunal, que en realidad tiene algo de ejercicio retórico y meramente nominalista, el TEDH cobra una particular relevancia en cualquier análisis del diálogo judicial en Europa porque el espacio europeo de los derechos humanos es precisamente el ámbito donde más claramente concurre de forma superpuesta los tres vértices del aludido triángulo judicial europeo. Por tanto, es el ámbito donde, al menos *prima facie*, existe una mayor potencialidad de conflictos jurisprudenciales. Y, por ende, es también el campo donde más necesario y

⁵⁶ Ernst Gottfried MAHRENHOLZ: «Europäische Verfassungsgerichte», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 2001, núm. 49, pp.15-30, en p. 21 («Verfassungsgericht ist der EGMR in funktionaler Hinsicht. Begrifflich fehlt es ihm am Verfassungscharakter seiner Maßstäbe, also der ‘Rechte und Freiheiten’ der Konvention un der genannten Zusatzprotokolle»).

⁵⁷ Lutz WILDHABER: «Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?», *Europäische Grundrechtszeitschrift* 2002, pp. 569-574, en p. 569. Publicado también en francés (*Revue Universelle des droits de l’homme* 2002, pp. 1-6) e inglés (*Human Rights Law Journal* 2002, 23, pp. 161-165).

⁵⁸ Javier GARCÍA ROCA: «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2005, núm. 6, pp. 37-82.

⁵⁹ Steve GREER: *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 7.

⁶⁰ Andreas VORKUHLE: *loc. cit.* («Der europäische Verfassungsgerichtsverbund...»), pp. 1-2. A su juicio, se puede «im Bezug auf den Straßburger und en Luxemburger Gerichtshof durchaus von europäischen ‘Verfassungsgerichten’ sprechen» ya que «die beiden Institutionen kraft der ihnen übertragenen Funktionen Schritt für Schritt in eine verfassungsgerichtliche Rolle hineingewachsen, die der des BVerfG in mancher Hinsicht vergleichbar ist».

evidente resulta el diálogo judicial constitucional entre los tribunales constitucionales, el TJUE y el TEDH. Esta relación triangular está plenamente consolidada en las relaciones entre los tribunales nacionales y el TEDH, pero ha venido resultando particularmente peculiar en el caso de las relaciones entre los ordenamientos de la UE y del Consejo de Europa a través del CEDH

3. El acercamiento del TJUE al CEDH: un diálogo con el TEDH basado en la necesidad de colmar una laguna de los tratados constitutivos

3.1. ESCENARIO TRADICIONAL: UN DIÁLOGO JUDICIAL INDIRECTO IMPUESTO POR ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES

Como es bien conocido, la UE no es parte del Estatuto de Londres de 1949 y, por ende, al no ser miembro del Consejo de Europa tampoco lo es del CEDH. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que en materia de derechos fundamentales se haya establecido entre las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo una intensa interrelación que ha resultado particularmente productiva.

Esta interacción, de lado de la UE, vino impulsada por el hecho de que los tratados constitutivos carecían de cualquier referencia a los derechos fundamentales hasta el Tratado de Maastricht y no se ha dispuesto de un verdadero catálogo de derechos jurídicamente vinculante hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁶¹. Ante esta omisión y espoleado en realidad por algunos tribunales constitucionales⁶², el TJUE utilizó muy hábilmente el contenido del CEDH –y, a través de él, la jurisprudencia del TEDH– como vía indirecta para incorporar la protección de esos derechos al ámbito de la UE. Y con la ‘espada de Damocles’ del Tribunal Constitucional alemán sobre su cabeza, el TJUE a través de la sentencia recaída en el asunto *Stauder*, comenzó

⁶¹ Con cierta ironía, algunos autores se han referido a esta relación entre los tres tribunales como un ‘Bermuda-Dreieck’. Así lo hizo, al tratar el asunto *Mattievs* del TEDH, Carlo Otto LENZ, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, núm. 308, pp. 311-312.

⁶² Sobre las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales puede verse la contribución de Javier Díez HOCHLEITNER en este libro titulada «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?».

por reconocerse competente para proteger los derechos fundamentales de la persona, pese al silencio de los tratados constitutivos. Y lo hizo con la interesante argumentación de que, pese al citado silencio de los tratados, los derechos fundamentales forman parte de los «principios generales del Derecho Comunitario»⁶³. Tras esta primera fase, el Tribunal concretó un año más tarde esta afirmación genérica en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* buscando la inspiración de esos principios generales del Derecho en las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros⁶⁴. Finalmente, en el asunto *Nold* el Tribunal de Justicia cerró el círculo interpretativo de su competencia para garantizar en el ámbito comunitario la protección de los derechos humanos incluyendo también los tratados internacionales de protección de los derechos fundamentales, en especial el CEDH.

El Tribunal de Justicia consideró, en concreto, que «los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario» a la hora de concretar los derechos humanos⁶⁵. Así, el CEDH ha sido, sin duda, el tratado internacional de protección de los derechos humanos más empleado como referencia por el TJUE, pero también se han utilizado en algunas ocasiones el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶⁶, el Convenio 111 de la OIT⁶⁷, la (peculiar) Carta Social Europea⁶⁸, etc.

Desde entonces hasta hoy, el TJUE ha mantenido esta jurisprudencia. Así, sobre esta base interpretativa, el Alto Tribunal comunitario ha ido reconociendo en diversas sentencias derechos concretos. Tales derechos son, sin ánimo exhaustivo, el principio de tratamiento igual⁶⁹, el derecho a tutela judicial efectiva⁷⁰, incluyendo como con-

⁶³ TJCE sentencia de 11 de noviembre de 1969, *Stauder*, (26/69, *Rec.*, p. 419).

⁶⁴ TJCE sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, (11/70, *cit.*).

⁶⁵ TJCE sentencia de 14.5.1974, *Nold*, (4/73, *Rec.*, p. 491).

⁶⁶ Sentencia de 18 de octubre 1989 *Orkem/Comisión* (374/87, *Rec.* p. 3283), apartado 31; sentencia de 18 de octubre 1990 *Dzodzi* (C-297/88 y C-197/89, *Rec.*, p. I- 3800), apartado 68; sentencia de 17 de febrero 1998, *Grant* (C-249/96, *cit.*), apdos. 43 a 47.

⁶⁷ Sentencia de 15 de junio 1978, *Defrenne/Sabena* (149/77, *Rec.*, p. 1365), apdo. 28.

⁶⁸ *Ib.*

⁶⁹ Sentencia de 19 de octubre 1977, *Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg* (117/76 y 16/77, *Rec.*, p. 1753), apdo. 7.

⁷⁰ Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apartado 18; sentencia de 22 de septiembre 1998, *Coote* (C-185/97, *Rec.*, p. I- 5199), apdos. 20 a 22.

creción del mismo el derecho a ser oído⁷¹, el derecho a no declarar contra sí mismo⁷², el derecho de defensa⁷³ o el derecho a un recurso de naturaleza jurisdiccional⁷⁴, el principio de irretroactividad de las disposiciones penales (art. 7 CEDH)⁷⁵, el respeto a la vida privada⁷⁶ y familiar⁷⁷ (art. 8 CEDH) —con todas sus ramificaciones y manifestaciones (confidencialidad médica⁷⁸, inviolabilidad del domicilio⁷⁹ y de la correspondencia⁸⁰, etc.)— la libertad religiosa (art. 9 CEDH)⁸¹, la libertad de expresión (art. 10 CEDH)⁸², el derecho de asociación (art. 11 CEDH), particularmente, sindical⁸³, el derecho de propiedad (art. 1 del protocolo primero al CEDH)⁸⁴, libertad de empresa y profesión⁸⁵, libertad de residencia (art. 2 de protocolo cuarto al CEDH)⁸⁶, etc. Se trata en lo básico, pues, de los tradicionales derechos de naturaleza civil y política. Ahora bien, en su jurisprudencia sobre los derechos humanos el TJUE ha ido más allá de los derechos recogidos en el CEDH, especialmente en el ámbito de los derechos sociales, v.gr. el derecho a la salud, el derecho de acción colectiva de los trabajadores⁸⁷.

⁷¹ Sentencia de 5 de mayo 1980, *Josette Pecasting* (98/79, *Rec.*, p. 691), apdos. 21 y 22.

⁷² Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem* (374/87, *cit.*), apartados 18, 30 y 31; véase igualmente sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodi* (C-297/88 y C-197/89, *cit.*), apdo. 68.

⁷³ Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76, *Rec.*, p. 461), apdo. 9.

⁷⁴ Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apdo. 19.

⁷⁵ Sentencia de 12 de diciembre 1997, *Procedimiento penal contra X* (C-74/95 y C-129/95, *Rec.*, p. I- 6609), apdo. 25.

⁷⁶ Sentencia de 8 de noviembre 1983, *Comisión/Reino Unido* (165/82, *Rec.*, p. 3431), apdo. 13.

⁷⁷ Sentencia de 18 de mayo 1989, *Comisión/Alemania* (249/86, *Rec.*, p. 1263), apdo. 10.

⁷⁸ Sentencia de 8 de abril 1992 *Comisión/Alemania* (C-62/90, *Rec.*, p. I- 2575), apdo. 23.

⁷⁹ Sentencia de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apdo. 18. No cubre el domicilio empresarial.

⁸⁰ Sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic* (136/79, *Rec.*, p. 2033).

⁸¹ Sentencia de 27 de octubre 1976, *Prais/Consejo* (130/75, *Rec.*, p. 1589), apdos. 6 a 18.

⁸² De las abundantes sentencias que lo recogen puede entresacarse, entre las más recientes, la de 5 de octubre 1994, *TV 10* (C-23/93, *Rec.*, p. I- 4795), apdos. 23 a 25; sentencia de 26 de junio 1997, *Familienpress* (C-368/95, *Rec.*, p. I- 3689), apdos. 18 y 25 y ss.

⁸³ Sentencia de 15 de diciembre 1995, *Bosman* (C-415/93, *Rec.*, p. I- 4921), apdo. 79.

⁸⁴ Sentencia de 13 de diciembre 1979, *Hauer* (44/79, *cit.*), apartados 17-30. Aunque sin referencia explícita al protocolo, *vid.* sentencia de 5 de octubre 1994 *Alemania/Consejo* (C-280/93, *Rec.*, p. I- 4973), apdos. 77-80.

⁸⁵ Sentencia de 27 de septiembre 1979, *Eridania* (230/78, *Rec.*, p. 2749), apartados 20-22. Este derecho ha sido considerado frecuentemente de manera conjunta al de propiedad; por ejemplo en sentencia de 13 de diciembre 1979, *Hauer*, (44/79, *cit.*).

⁸⁶ Sentencia de 28 de octubre 1975, *Rutili* (36/75, *Rec.*, p. 1219), apdo. 32.

⁸⁷ TJUE Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval* (-341/05, *Rec.*, p. I-11767).

Por otro lado, tampoco conviene perder de vista que en la UE la construcción jurisprudencial sobre el mercado interior (arts. 26 a 37 y 45 a 66 TFUE) ha conducido a que, en buena medida, las libertades de circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales sean interpretadas y aplicadas de manera similar a los derechos fundamentales. En la práctica, el TJUE ha derivado a partir de ellas importantes derechos para los nacionales de un Estado miembro que residen y trabajan en otro Estado miembro, muy en particular la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad.

3.2. EL RECURSO A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: ELEMENTO CRUCIAL PARA LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS COMO PRINCIPIOS GENERALES DERIVADOS DEL CEDH

Con esta inteligente jurisprudencia el Tribunal de Justicia no positivó los derechos humanos como normas jurídicas propias del ordenamiento jurídico comunitario⁸⁸; eso lo ha hecho, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 6.1 TUE) tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Pero sí los reconoció como principios generales del Derecho de la UE y, con ello, brindó protección de los derechos humanos frente a eventuales violaciones concretas de esos derechos por parte de las instituciones comunitarias o, en su caso, por los Estados miembros cuando aplican normas de Derecho de la Unión siempre que exista un «vínculo suficiente»⁸⁹. Dicho de otro modo, en buena medida, el TJUE se valió de la interpretación que de esos derechos había hecho el TEDH con base en el CEDH para acallar la fundada crítica del Tribunal Constitucional alemán le había planteado en *Solange I*. Asume, pues, una relación de cooperación con el TEDH que, además de conllevar una cierta incorporación indirecta del CEDH al ordenamiento jurídico de la UE como principios generales de derecho, le permite satisfacer con sentido utilitarista la exigencia planteada por los tribunales constitucionales nacionales.

⁸⁸ No es ya momento de detenernos en una cuestión muy ampliamente descrita, analizada y valorada por nuestra doctrina. En nuestro caso lo hemos hecho ya con antelación en José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: «The European Union and the Protection of Human Rights», en Felipe GÓMEZ ISA y K. de FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, 2.ª ed., Bilbao, 2009, pp. 777-801.

⁸⁹ Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *Rec.*); sentencia de 24 de marzo de 1994, *Bostock* (C-2/92, *Rec.*, p. 955).

Este sistema, en el fondo, no cambia con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Ciertamente, esta última reforma de los tratados constitutivos introduce cambios en la materia de gran calado. Ha incorporado por referencia la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFE) a los tratados constitutivos (art. 6.1 TUE)⁹⁰ y a la vez atribuyó a la Unión la competencia para adherirse al CEDH (art. 6.2 TUE)⁹¹. De esta forma, cuando se materialice la adhesión de la Unión al CEDH⁹², corresponderá al TEDH realizar esa tarea de *control externo* sobre los actos de la Unión de manera muy similar a como ya lo viene haciendo respecto de los Estados. De hecho, dada la progresiva ampliación de competencias de la Unión a materias con potencial creciente para generar violaciones de derechos fundamentales, es presumible que la posición que vaya asumiendo la Unión en el marco del sistema del CEDH se pueda ir asemejando cada vez más a la que actualmente ocupan los Estados. Ello obviamente contribuye a reforzar el carácter constitucional tanto del TEDH como del TJUE.

Pero incluso después de que se materialice la adhesión de la UE al CEDH y, por tanto, el TEDH tenga competencia expresa para realizar un control judicial *externo* sobre la actuación de la UE, la construcción jurisprudencial del TJUE seguirá plenamente vigente. Así lo garantiza expresamente con buen criterio el artículo 6.3 TUE. Esto permitirá, en su caso, la existencia dentro de la UE de un estándar de protección superior al que brinde el TEDH (art. 52.3 Carta) y supondrá la garantía de que el Reino Unido, Polonia y República checa estén vinculadas a este estándar (jurisprudencial) de protección de derechos fundamentales a pesar de que gozan de una excepción que les permite que nada de lo dispuesto en la Carta en materia social (título IV, Solidaridad) «crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el

⁹⁰ Araceli MANGAS MARTÍN (dir.) y Luis Norberto GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Comentario artículo por artículo*, BBVA, Madrid, 2008.

⁹¹ Walter OBWEXER: «Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen», *Europarecht* 2012, pp. 115-148; Constance GREWE: «Beitritt der EU zur EMRK und ZP 14: Wirksame Durchsetzung einer gesamteuropäischen Grundrechtsverfassung?», *Europarecht* 2012, p.; Jean Paul JACQUÉ: «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review* 2011, p. 995; E. PACHE: «Die Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Beitritts der Union zur EMRK», en EILMANSBERGER/GRILLER/OBWESER (eds.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon*, 2011, p. 121.

⁹² *Vid. infra*.

Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en sus legislación nacional»⁹³.

Por tanto, ahora más que nunca cobra relevancia la cuestión relativa al diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE.

4. El acercamiento del TEDH al derecho de la UE: un diálogo judicial basado en una cooperación constructiva

Antes de nada conviene tener presente que la técnica del Derecho comparado ha jugado un papel de primer orden en el TEDH⁹⁴. Además de ser empleado de forma ordinaria en el trabajo cotidiano de la corte, son también muchas las sentencias en las que se utiliza de forma explícita la técnica del Derecho comparado como un instrumento interpretativo más a la hora de buscar la argumentación jurídica para llegar al fallo adecuado⁹⁵. Normalmente es el Derecho de los Estados el que constituye la base de esta técnica⁹⁶, pero se encuentran también referencias al Derecho de Estados no miembros del CEDH⁹⁷ —especialmente

⁹³ Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta al Polonia y al Reino Unido.

⁹⁴ LUZIUS WILDHABER: «The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights», en JÜRGEN BRÖHMER, ROLAND BIEBER, CHRISTIAN CALIÈS, CHRISTINE LANGENFELD, STEFAU WEBER y JOACHIM WOLF (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte – Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2005, pp. 1101-1107.

⁹⁵ Ejemplos sobresalientes al respecto podrían ser sentencia de 16 de diciembre de 1999, *V. c. Reino Unido*, 24888/94; decisión de 7 de junio de 2006, *Papon c. Francia*, 64666/01; sentencia de 13 de febrero de 2003, *Odièvre c. Francia*, 42326/98

⁹⁶ PAUL MAHONEY: «The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law», en GUY CANIVET, MADS ANDENAS, DUNCAN FAIRGRIEVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute for International and Comparative Law, Londres, 2004, pp. 135-150 (también en *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 143-157).

⁹⁷ Estas referencias suelen aflorar en casos en los que el TEDH se enfrenta a cuestiones nuevas y particularmente delicadas. Es el caso, por ejemplo, del conocido asunto *Christine Goodwin* en el que, al enfrentarse el TEDH a un problema derivado del cambio de sexo, trae a colación del Derecho de países como Canadá, Sudáfrica, Australia o Nueva Zelanda, sentencia de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*. Igualmente, en el asunto *Hirst*, en el que se dilucidaba el derecho de voto de las personas internadas en una prisión, el TEDH siguió muy de cerca la sentencia que el Tribunal Supremo canadiense había dictado en idéntica materia tres años antes (asunto *Sauvé versus The Attorney General of Canada*); sentencia de 6 de octubre de 2005, *Hirst c. Reino Unido*, 74025/01. También en materia de medio ambiente o eutanasia el TEDH ha hecho uso del método comparado recurriendo al Derecho de Estados Unidos o Canadá; sentencia de 6 de mayo de 2003, *Appleby c. Reino Unido*, 44306/98; sentencia de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*.

de Estados Unidos y Canadá⁹⁸— y también a tribunales internacionales como la Corte Interamericana⁹⁹. Y, sin duda, en este marco el diálogo judicial con el TJUE cobra una relevancia de primer plano¹⁰⁰.

4.1. DE LA RIVALIDAD INICIAL CON EL TJUE A LA ACTUAL COOPERACIÓN CONSTRUCTIVA: UN PROGRESIVO PROCESO DE ACERCAMIENTO

Así, como reverso del acercamiento del TJUE a la jurisprudencia del TEDH que acaba de verse en el apartado anterior, se plantea a renglón seguido cómo se ha resuelto el acercamiento del TEDH al Derecho de la UE y a la interpretación que del mismo hace el TJUE. Ahora, se trata de ver cómo ha participado el TEDH en este diálogo con el TJUE. Y lo ha hecho desde época bien temprana. Mucho antes de las causas que realmente han dado popularidad a esta cuestión a partir del asunto *Matthews*¹⁰¹. En realidad, de un primer análisis de su jurisprudencia se podría deducir que el TEDH ha atravesado por diferentes fases en su relación con el Derecho de la Unión hasta llegar actualmente a una posición de cooperación leal con el TJUE aceptando en lo sustancial las peculiaridades que entraña el ordenamiento jurídico de la UE.

Véase el trabajo del que fue vicepresidente del TEDH CHISTOS ROZAKIS: «The European Judge as Comparatist», *Tulane Law Review* 2005, vol. 80, pp. 270, especialmente pp. 265-267 y 276-277; DRAGOLJUB POPOVIC: «Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme», en LUCIUS CAFLISCH, JOHAN CALLEWAERT, RODERICK LIDDELL, PAUL MAHONEY y MARK VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber – Droits de l'homme. Regards de Strasbourg*, N.P. Engel, Estrasburgo-Kehl, 2004, pp. 371-386, especialmente pp. 383-386.

⁹⁸ JEAN-FRANÇOIS FLAUSS: «La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2005, núm. 62, pp. 313-331.

⁹⁹ Es por ejemplo el caso de la sentencia de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, 46221/99. Sobre esta cuestión, véase ANTÔNIO AUGUSTO CANVADO TRINDADE: «Le développement du droit International des droits de l'homme à travers de l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme», *Revue Universelle des Droits de l'Homme* 2004, pp. 177-180.

¹⁰⁰ Esta cuestión ya la hemos tratado con anterioridad y en buena parte es base para este apartado de la contribución en nuestro anterior trabajo «Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH», en MARIANO AZNAR GÓMEZ (COORD.), JORGE CARDONA LLORENS J. ET AL. (EDS.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 806.

¹⁰¹ TEDH sentencia de 10 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, (24833/1994).

En una primera fase, hasta bien entrados en la década de los noventa, existían indicios que podrían dejar traslucir una cierta rivalidad entre ambos tribunales, pese a la existencia de pronunciamientos muy puntuales de la antigua Comisión de Derechos Humanos en los que se declaraba, sin mayor problema, falta de competencia para conocer de demandas contra la entonces Comunidad Económica Europea por no formar ésta parte del CEDH¹⁰². De hecho, visto con la perspectiva que brinda el paso del tiempo, la sensación es que el TEDH parecía ir 'corrigiendo' al TJUE en asuntos particularmente delicados¹⁰³. Si éste consideraba en el asunto *Hoescht* que el domicilio empresarial no se incluía dentro del ámbito de protección del derecho al respeto del domicilio familiar (art. 8 CEDH)¹⁰⁴, el TEDH establecía justo lo contrario tres años más tarde en el asunto *Niemietz*¹⁰⁵ y provocaba a su vez que el TJUE modificara su posición en el caso *Roquette Frères* aceptando la interpretación de aquél¹⁰⁶.

De forma bastante parecida, mientras en el asunto *Orkem* el TJUE no veía base en 1989 para deducir del artículo 6 del CEDH un derecho a no declarar contra sí mismo¹⁰⁷, el TEDH estipulaba justo lo opuesto en el asunto *Funke* resuelto cuatro años más tarde¹⁰⁸. Y así fue ocurriendo de forma muy semejante en relación a cuestiones como si la existencia de un monopolio de televisión en un Estado era compatible con la libertad de expresión (art. 10 CEDH)¹⁰⁹ o si la prohibición de

¹⁰² Decisión de 10 de julio de 1978, *Confédération Française Démocratique du Travail c. CEE*, alternativamente contra los Estados miembros, demanda n.º 8030/77.

¹⁰³ Rick LAWSON: «Confusion or Conflict? Diverging Interpretations of the European Conventions on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg», en Rick LAWSON y M. DE BLOIS (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of Professor Henry G. Schermers*, 1994, vol. III, p. 219.

¹⁰⁴ TJUE sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión* (46/87 y 227/88, Rec., p. 2859), apdo. 17. Véase igualmente la sentencia de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux c. Comisión* (Rec., p. 3137), apdo. 28.

¹⁰⁵ TEDH sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*, (13710/88), apdos. 29 y 31. Véase igualmente sentencias de 16 de abril de 2002, *Cosas Est y otros c. Francia* (37971/91).

¹⁰⁶ TJUE sentencia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères* (C-94/00, Rec., p. I-9011), apdo. 29.

¹⁰⁷ TJUE sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión* (C-374/87, Rec., p. 3350).

¹⁰⁸ TEDH sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke c. Francia*, 10828/84, apdo. 44.

¹⁰⁹ El Tribunal de Justicia consideró en el asunto *ERT* que la existencia de un monopolio de televisión en un Estado miembro no viola tal libertad; sentencia de 10 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, cit.). Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Lentia* establecía justo lo contrario; sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al. vs. Austria*.

distribuir información sobre clínicas de aborto extranjeras en un país donde se prohíbe esa práctica era contraria a esa misma libertad¹¹⁰.

Sin embargo, en una segunda fase que se inició a mediados de la década pasada, esa aparente tensión jurisprudencial ha sido sustituida en Estrasburgo por una aceptación de la protección dada por el TJUE a los derechos fundamentales con una suerte de cláusula *Solange* al estilo de la empleada por el Tribunal Constitucional alemán en relación a los derechos recogidos en la Ley Fundamental de Bonn. De ahí que en asuntos como *Senator Lines*, el TEDH recurriese a la ficción jurídica de aceptar un recurso interpuesto por un particular contra todos los Estados que formaban parte de la misma para poder considerar a la Unión Europea como parte demandada¹¹¹; o más aún, en los conocidos asuntos *Mattiewis*¹¹² o *Bosphorus*¹¹³ el TEDH considerase a los Estados miembros responsables de sus actos tanto si proceden de normas internas como si lo hace de obligaciones contraídas por la pertenencia a organizaciones internacionales como la UE. En concreto, en el asunto *Bosphorus* el TEDH consideró que el ordenamiento jurídico de la UE ofrece en relación con los derechos humanos una *protección equivalente* a la del CEDH y ello permite presumir que los Estados miembros cumplen las obligaciones derivadas del Convenio cuando se limiten a aplicar obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión¹¹⁴. Como se ha afirmado por un sector de la doctrina, con esta jurisprudencia, el TEDH encontró la vía más adecuada para esperar la adhesión formal de la Unión Europea al CEDH¹¹⁵. Esta jurisprudencia

¹¹⁰ El Abogado General van GERVEN sostuvo en las conclusiones que presentó al asunto *Grogan* que tal prohibición era compatible con el artículo 10 CEDH mientras que el TEDH decidía lo contrario un año después. Véase TJUE Conclusiones del Abogado General, *SPUC c. Grogan*, C-159/90, Rec., p. I-4685, en p. 4727; TEDH sentencia de 29 de octubre de 1992, *Open Door Counsellin c. Irlanda* (14234/88), apdos. 72 a 74.

¹¹¹ TEDH sentencia de 10 de marzo de 2004, *Senator Lines SL c. EDM*, (56672/2000).

¹¹² TEDH sentencia de 10 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, cit.

¹¹³ TEDH sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, (45036/98), especialmente apdo. 153.

¹¹⁴ TEDH sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda* (45036/98), apdo. 165. Véase igualmente la sentencia de 13 de enero de 2005, *EMESA Sugar c. Países Bajos* (62023/00); S. WINCKLER: «Die Vermutung des 'äquivalenten' Grundrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nach dem Bosphorus-Urteil des EGMR», *Europäische GrundrechteZeitschrift* 2007, p. 641. Más recientemente el TEDH ha dictado la sentencia de 20 de enero de 2009, *Nederlandse Kokkelvisserij c. Países Bajos* (13645/05); J. BAUMANN: «Auf dem Weg zu einem doppelten Schutzstandard? Die Fortschreibung der Bosphorus-Rechtsprechung des EGRM im Fall Nederlandse Kokkelvisserij», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2011, p. 1.

¹¹⁵ Laurent SCHIECK: *loc. cit.* («Relationship between...»), p. 863.

no ha estado exenta de polémica y en no pocas ocasiones ha sido vista como un cierto trato de favor hacia el ordenamiento de la Unión.

4.2. EMPLEO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR PARTE DEL TEDH: FUENTE AÑADIDA COMO MODO DE JUSTIFICACIÓN COMPLEMENTARIA DE LA JURISPRUDENCIA PROPIA

Existe, con todo, una segunda perspectiva del diálogo judicial entre los altos tribunales de la UE y del CEDH. El TEDH también ha empleado el ordenamiento jurídico de la Unión como fuente complementaria para justificar su propia jurisprudencia¹¹⁶. Lo hizo de manera puntual en una sentencia tan temprana como la dictada en 1979 en el asunto *Marckx* cuando, al tener que resolver si las discriminaciones sufridas en Bélgica por hijos nacidos fuera del matrimonio eran contrarias al CEDH, se amparó en la jurisprudencia *Defrenne* del TJUE¹¹⁷. Y lo ha hecho después de manera diáfana en otros asuntos. Así, por ejemplo en el caso *Maslov*, en el que se analizaba si la expulsión realizada por Austria de un joven búlgaro con antecedentes penales era compatible con el Convenio, el TEDH tuvo en cuenta al dictar su sentencia¹¹⁸ tanto lo previsto en la Directiva comunitaria sobre la materia¹¹⁹ como lo resuelto por el TJUE en los asuntos *Orfanopoulos*¹²⁰ y *Comisión c. España*¹²¹.

El TEDH también ha seguido la senda marcada por el TJUE en cuestiones muy particulares. Así, por ejemplo, en relación con la eficacia temporal de las sentencias, el TEDH se ha separado en alguna ocasión de lo que tradicionalmente ha sido tónica habitual en el entorno judicial europeo, esto es que las sentencias de los órganos jurisdiccionales tienen una eficacia entre las partes desde el mismo momento en

¹¹⁶ Rick LAWSON: «*Ex Boreale Lux: On the Influence of the ECJ on the Interpretation of the ECHR*», en *Liber amicorum Piet Jan Slot*, 2009, p. 439.

¹¹⁷ TEDH sentencia de 13 de junio de 1979 *Marckx c. Bélgica* (6833/74), apdo. 58.

¹¹⁸ TEDH sentencia 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria* (1638/03), apdos. 82 y 93.

¹¹⁹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158 de 30.4.2004, p. 77, especialmente su artículo 28.3.

¹²⁰ TJUE sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, (C-482/01 y C-493/01, *Rec.*, p. I-5257).

¹²¹ TJUE sentencia de 31 de enero de 2006, *Comisión c. España* (C-503/03, *Rec.*, p. I-1097).

que se dicta la referida sentencia¹²². De la misma forma que el TJUE en el segundo asunto *Defrenne* no aceptó que del efecto directo de la prohibición de discriminación por razón del sexo en el salario (entonces art. 119 TCBE, en la actualidad art. 157.1 TFUE) pudiera tener un efecto retroactivo entre las partes¹²³, el TEDH llegó a una conclusión muy semejante en el asunto *Marckx*¹²⁴. De esta manera, tres años después de la sentencia *Defrenne*, el TEDH dictaminó con toda rotundidad que la normativa belga que establecía una diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos en relación con la filiación y los derechos de los hijos en el acceso a la propiedad de los bienes de la madre violaba el derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 CEDH. Consideró, empero, que los efectos de la sentencia se limitarían a los hechos que se produjeran en el futuro y la controvertida fundamentación de la sentencia se hizo también en razón del principio de seguridad jurídica¹²⁵. Este uso de la jurisprudencia del TJUE por parte del TEDH se aprecia también en otras ocasiones y el objetivo suele ser en todos los casos lograr una interpretación extensiva del CEDH. Probablemente el caso de la noción de 'empleo en un servicio público' sea uno de los ejemplos más palmarios, si bien no el único.

Incluso es posible encontrar sentencias muy concretas en las que el TEDH se ha visto obligado a decidir sobre aspectos procesales de la actuación del TJUE en los que se alegaba la violación del Convenio y, en general, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado sin fisuras la actuación judicial de su contraparte. Así, por ejemplo, en relación con la cuestión prejudicial en el asunto *Pafitis*, el Tribunal rechazó de plano la alegación de que los dos años y medio que había durado la tramitación de la cuestión prejudicial ante el TJUE pudiera suponer una violación del derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable reconocido en el artículo 6 CEDH y respaldó plenamente la función de ese peculiar mecanismo de cooperación judicial propio del Derecho de la Unión¹²⁶. En algún otro caso, como ocurrió en el asunto *Hornsby*,

¹²² Esta situación no es la existente, por ejemplo, en la tradición jurisdiccional norteamericana donde no es en absoluto infrecuente el uso del *prospective overruling* esto es, que la sentencia tenga tan sólo efectos para el futuro y no en relación con el caso que fue detonante de la sentencia.

¹²³ TJUE Sentencia de 8 de marzo de 1976, *Defrenne c. Sabena* (43/75, *Rec.*, p. 455). El fundamento de esta decisión jurisprudencial se basó en consideraciones de seguridad jurídica.

¹²⁴ TEDH, sentencia de 27 de abril de 1979, *Marckx c. Bélgica*.

¹²⁵ *Ib.*, apdos. 14-15.

¹²⁶ TEDH sentencia de 26 de febrero de 1998, *Pafitis c. Grecia* (20323/92), apdo. 95.

incluso recrimina a un Estado miembro de la Unión por el hecho de que sus tribunales se negasen a aplicar exigencias derivadas de una sentencia del TJUE¹²⁷. Hasta es posible encontrar alguna sugerencia al órgano jurisdiccional nacional para que plantee cuestión prejudicial ante el TJUE¹²⁸ o referencias a la exigencia por no cumplir adecuadamente con las exigencias del Derecho de la Unión¹²⁹.

Por último, este mismo fenómeno ha continuado una vez aprobada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El TEDH ha recurrido a ella en abundantes ocasiones, incluso antes de que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa adquiriese ésta carácter jurídicamente vinculante. Quizá el caso más representativo lo constituya el conocido asunto *Goodwin*¹³⁰. El TEDH, tuvo que decidir si el Reino Unido había violado diversos derechos del CEDH al negarse a facilitar a una mujer transexual un número de afiliación a la seguridad social para evitar discriminaciones en el trabajo y permitirle además acceder a una jubilación como mujer (a los 60 años) en lugar de como hombre (a los 65 años) y para hacerlo el Tribunal recurrió tanto a la Carta de la UE (art. 9) como a la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación sexual a los transexuales¹³¹. Sobre esta base, el citado Tribunal constató finalmente una violación tanto del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) como del derecho de matrimonio (art. 12 CEDH)¹³².

¹²⁷ TEDH sentencia de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia* (18357/91), apdo. 41.

¹²⁸ Tal fue el caso de las decisiones de la Comisión de 12 de mayo de 2005, *Sociedad Divagva c. España*; y de 28 de junio de 1993 *Fritz y Nana S. c. Francia*.

¹²⁹ TEDH sentencia de 16 de abril de 2002 *Dangeville c. Francia* (36677/97); sentencia de 22 de julio de 2003 *Cabinet Diot y SA Gras c. Francia* (49217/99).

¹³⁰ TEDH sentencia de 11 de julio de 2002, *Goodwin c. Reino Unido* (28957/95)

¹³¹ En concreto, la sentencia del TEDH cita la sentencia del TJUE de 30 de abril de 1996, *P. c. S y Cornwall County Council* (C-13/94, *Rec.*, p. I-2143). En ella el TJUE consideró que la discriminación de los transexuales constituía una discriminación sexual prohibida por el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de prohibición de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El Reino Unido, por su parte, se apoyó también en el precepto de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que autorizaba su aplicación progresiva (art. 7.1), así como también en lo establecido por el TJUE en su sentencia de 7 de julio 1992, *The Queen c. Secretary of State for Social Security*, (C-370/90, *Rec.*, p. I-4288).

¹³² Con todo, existen otros casos anteriores en los que el TEDH también se había referido en su argumentación a Derecho de la Unión y a sentencias del TJUE, v. gr. en el asunto *Pellegrin*; TEDH sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Pellegrin c. Francia* (28541/95).

Finalmente, al margen de otros ejemplos de cierta relevancia en la jurisprudencia más reciente del TEDH, merece la pena llamar la atención sobre la importante sentencia de la Gran Cámara recaída el 12 de septiembre 2012 en el asunto *Nada c. Suiza*¹³³.

4.3. ALGUNAS DISFUNCIONALIDADES EN EL DIÁLOGO ENTRE LUXEMBURGO Y ESTRASBURGO: EN BUSCA DE LA ÚLTIMA PALABRA

Las bases de la cooperación judicial entre el TEDH y el TJUE son las de un mutuo acercamiento constructivo basado, en términos generales, en el hecho de que las medidas y acciones comunitarias son compatibles con el CEDH¹³⁴. De esta forma, el TEDH mantiene la reserva de que esa presunción de compatibilidad con el CEDH se hace salvo que surgieran evidencias de disfunciones en el mecanismo de control o se constatasen deficiencias en el nivel de protección de los derechos fundamentales. Con ello se logra una situación de razonable equilibrio jurisprudencial entre las respectivas jurisdicciones que, en tanto la Unión logra adherirse al CEDH, establece también una muy fructífera interrelación jurisprudencial entre ambos subsistemas iusinternacionales¹³⁵. Al margen, todo ello, de la interrelación que ya existe también en la actividad del propio Consejo a través de las llamadas cláusulas de desconexión¹³⁶.

El TEDH ha ido construyendo, con todo, algunas cautelas a favor de una cierta preeminencia de su jurisprudencia cuando se trate de la interpretación de un cierto derecho recogido en el CEDH y que, como ya se ha indicado, a la vez sea un principio general del derecho de la

¹³³ Asunto 10593/08.

¹³⁴ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 2005, *Bosphorus Airways c. Irlanda*, 45036/98, apdos. 18-21.

¹³⁵ En sentido contrario, existe un sector doctrinal que ha manifestado fuertes críticas a la jurisprudencia *Bosphorus*. Véase, por ejemplo, Sionaidh DOUGLAS-SCOTT: «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis», *Common Market Law Review* 2006, núm. 43, pp. 629-665.

¹³⁶ En efecto, desde principios de la década de los ochenta, existen en algunos convenios impulsados por el Consejo de Europa cláusulas en virtud de las cuales si uno de esos convenios entra en colisión con una norma comunitaria sobre la misma cuestión para los Estados miembros de la UE prevalece la norma comunitaria. Se hizo por primera vez, que sepamos, en el Convenio de sobre Televisión Transfronteriza de de 5 de mayo de 1989. Y más recientemente se encuentra por ejemplo en el artículo 26.3 del Convenio Europeo sobre Prevención del Terrorismo de 16 de mayo de 2005.

UE por decisión el TJUE. Hasta el Tratado de Lisboa esta era la única vía en materia de derechos fundamentales. Una vez en vigor el Tratado de Lisboa, aquella convive con la Carta (art. 6.3. TUE).

Ahora bien, esta relación de interacción judicial mutua no significa que no existan ciertas divergencias. Sin duda, es posible encontrar sentencias en las que, ante hechos muy semejantes, ambos tribunales lleguen a conclusiones radicalmente contrarias; la disparación jurídica en los asuntos *Kadi*¹³⁷ y *Behrami*¹³⁸ es un buen ejemplo de ello. Se pueden encontrar también algún caso en el que, como ocurría en los asuntos *Vajnai*¹³⁹ y *Koua Poirrez*¹⁴⁰, se constata en Estrasburgo una protección más intensa que la dada por Luxemburgo. O al revés, sentencias en las que, como era el caso de los asuntos *Rees* y *Cossey*, el TEDH mantenía un nivel de protección inferior al del TJUE ya que aquél no consideraba exigible que el Reino Unido reconociera los derechos de los transexuales¹⁴¹, mientras que en el ámbito de la Unión en el asunto *P. c. S* ya se les había reconocido una equiparación de derechos¹⁴²; quizá por eso precisamente el TEDH modificó posteriormente su posición en el ya citado asunto *Goodwin*. A la postre, incluso tras la adhesión de la UE al CEDH, pervivirán este tipo de divergencias porque derivan de la propia especificidad del ordenamiento jurídico de la UE. El TEDH se desenvuelve en el marco de un acuerdo internacional de carácter intergubernamental en el que los mecanismos judiciales en su mano son los propios de un sistema de (mera) cooperación internacional, mientras que el TJUE actúa en el marco de un ordenamiento jurídico supranacional con resortes judiciales muy semejantes a los existentes en sus Estados miembros.

No obstante, en términos generales, ambos tribunales han construido en sus más de cincuenta años de existencia una sólida base que, como escribió hace ya una década Denys Simon, les ha llevado 'de la

¹³⁷ TJUE sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi* (C-402/05P, cit.).

¹³⁸ TEDH sentencia de 31 de mayo de 2007 *Behrami c. Francia y Noruega* (71412/01).

¹³⁹ TEDH sentencia de 8 de julio de 2008, *Vajnai c. Hungría* (33629/06); TJUE auto de 6 de octubre de 2005, *Vajnai* (C-328/04, Rec., p. I-8577), apdo. 14.

¹⁴⁰ TEDH sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez c. Francia* (40892/98), apdo. 46; TJUE sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Koua Poirrez* (C-206/91, Rec., p. I-6685).

¹⁴¹ TEDH sentencia de 17 de octubre de 1986 *Rees c. Reino Unido* (9532/81); sentencia de 27 de septiembre de 1990, *Cossey c. Reino Unido* (10843/84).

¹⁴² TJUE sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c. S y Cornwall County Council* (C-13/94, cit.).

coexistencia a la convergencia¹⁴³; y no es ni previsible ni recomendable que la adhesión de la Unión al CEDH modifique sustancialmente esta situación. Conviene, con todo, hacer a continuación referencia sucinta al nuevo marco jurídico que se ha creado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

5. El nuevo marco postlisboa para la protección multinivel de los derechos humanos: hacia una necesaria intensificación del diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH

En efecto, como ya hemos ido adelantando en apartados anteriores, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha traído consigo la base jurídica necesaria para poner, por fin, punto final a un sinuoso proceso en el que ambos tribunales europeos han tenido que ir haciendo frente, con prudencia e ingenio, a una situación en la que ninguna de las dos instancias judiciales internacionales tenía atribuida competencia para conocer de esas eventuales violaciones de derechos fundamentales cuando tenían lugar en el ámbito de actuación de la UE. La causa de ello es diferente según cada tribunal: el TJUE porque los tratados constitutivos ni contemplan catálogo alguno de derechos ni tampoco le atribuían competencia para conocer de eventuales violaciones de derechos fundamentales por parte de las instituciones de la Unión; y el TEDH porque al no ser la UE ni miembro del Consejo de Europa ni parte del CEDH, lógicamente tampoco podía realizar sobre ella el control externo a propósito del cumplimiento de los derechos fundamentales que sí hace respecto a (todos) los Estados parte del CEDH.

Sin embargo, nos equivocáramos si pensáramos que con el nuevo contexto jurídico post-Lisboa va a cambiar de forma radical la situación que hemos conocido hasta el momento. Sin duda, existe ahora una Carta jurídicamente vinculante con el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos, pero se mantiene íntegramente la anterior jurisprudencia

¹⁴³ En un sugestivo trabajo publicado con el subtítulo «je t'aime, moi non plus?» consideraba que la relación entre ambos tribunales había evolucionado «de la coexistence à la convergence» a la vez que se preguntaba si el futuro les depararía finalmente una competencia entre ambos, una fusión o un duopolio; Denys SIMON: «Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: Je t'aime, moi non plus?», en Dord OLIVIER (ed.), *Pouvoirs. Les cours européennes Luxembourg et Strasbourg*, 2001, pp. 31-49, especialmente pp. 41-49.

dencia del TJUE (1); también en un futuro próximo habrá igualmente un control externo por el TEDH, pero preservando el monopolio del TJUE en el control de validez del Derecho de la Unión (2). Por otro lado, ni la Carta ni la adhesión de la Unión al CEDH solucionan por sí mismas algunos problemas básicos que plantea el control judicial de los derechos humanos en el seno de la UE y cuyos efectos probablemente se verán acrecentados tras la adhesión al CEDH (3). Eso sí, en el nuevo contexto de la Unión adherida al CEDH y sometida al control judicial externo del TEDH, la cooperación efectiva entre ambos tribunales se convierte en pieza clave para un adecuado funcionamiento del sistema europeo multinivel de protección de los derechos fundamentales.

5.1. CONTINUIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE CON UNA CARTA JURÍDICAMENTE VINCULANTE: EL MANTENIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Resulta indudable que, tanto la incorporación de la Carta por referencia con carácter jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE) como la atribución de competencia a la Unión para materializar finalmente su adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE) entrañan una avance cualitativo en el proceso de crear mecanismos eficaces de protección de los derechos fundamentales en seno de la Unión. No obstante, sin restar un ápice de importancia a estas novedades, quizá convendría comenzar por poner coto a las excesivas expectativas que se respiran en algunos foros a propósito del calado real del nuevo marco jurídico. En el fondo, desde la perspectiva netamente judicial en la que aquí nos vamos a concentrar, el Tratado de Lisboa tampoco ha cambiado tanto como se podría pensar a primera vista¹⁴⁴.

En primer lugar, el punto de partida del nuevo marco *constitucional* europeo en materia de derechos humanos lo marca el importante hecho de que la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha ido tejiendo en

¹⁴⁴ Como ha mostrado un relevante sector *doctrinal*, las características propias de la UE seguirá exigiendo que la Carta sea interpretada atendiendo a la especificidad del ordenamiento jurídico de la UE y a los postulados (económicos y políticos) que inspiran los tratados constitutivos de la UE; Paolo MENGOZZI: «Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH», *Il Diritto dell'Unione Europea* 2010, p. 231; Jörg POLAKIEWICZ: «The Relationship between the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights – Some Proposals for a Coherent System of Human Rights Protection in Europe», en Vicent KRONENBERGER (ed.), *The European Union and the International Legal Order*, 2001, p. 76.

esta materia desde la década de los setenta del siglo pasado se mantiene plenamente en vigor. Y ello es así porque el propio Tratado sigue reconociendo los dos métodos que tradicionalmente ha empleado el TJUE para incorporar la protección de los derechos al ámbito de la Unión a pesar del silencio anterior de los tratados. Así, en plena consonancia con la jurisprudencia del TJUE, el nuevo Tratado establece expresamente que tanto los derechos fundamentales que garantiza el CEDH como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros «formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (art. 6.3 TUE). Es más, continuando igualmente por la asentada senda abierta por la clásica jurisprudencia *Internationale Handelsgesellschaft*, la Carta prevé de manera paralela que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (art. 52.4 Carta)¹⁴⁵.

De hecho, es lo que el TJUE ha hecho en la práctica de manera inmediata a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹⁴⁶. Así, lo hizo en primer lugar en el esperado asunto *Kücükdeveci*, resuelto ya tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pero con hechos anteriores al mismo, el Tribunal de Justicia retoma el principio de no discriminación por razón de la edad que ya había utilizado antes en el conocido asunto *Mangold*¹⁴⁷. En esta ocasión, al plantearse la cuestión de si una normativa nacional que establezca que los periodos de trabajo completados por el trabajador antes de cumplir los 25 años de edad no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido era compatible con el Derecho de la Unión, el TJUE concluyó sin alterar su posición anterior que la no discriminación por razón de la edad «debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión»¹⁴⁸ y, como tal, se opone a una normativa nacional como la citada¹⁴⁹.

En parecido sentido, pocos meses después, en un asunto *Comisión c. Alemania* en el que se suscitaba si la exigencia comunitaria

¹⁴⁵ Araceli MANGAS MARTÍN: «Art. 52», en *ib./L. N. GONZÁLEZ ALONS (coord.), op. cit. (Carta de Derechos...)*, pp. 826-851.

¹⁴⁶ Un primer acercamiento a esta cuestión lo hemos hecho anteriormente en «Viejos y nuevos...», *loc. cit.*

¹⁴⁷ TJUE sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold y Rüdiger Helm* (C-144/04, *Rec.*, p.), apdo. 75.

¹⁴⁸ TJUE sentencia de 19 de enero de 2010, *Seda Küçükdeveci* (C-55/07, no publicada aún en la recopilación oficial), apdo. 21.

¹⁴⁹ *Ib.*, apdo. 43.

de que las autoridades de control en materia de tratamiento de datos personales en el sector no público sean de carácter independiente era compatible con las exigencias derivadas del principio democrático, el TJUE acepta la consideración del gobierno alemán de que el principio de democracia «es un principio común a los Estados miembros» y, por tanto, «debe tomarse en consideración cuando se interprete un acto de Derecho derivado»¹⁵⁰. No obstante, en el caso concreto el Tribunal de Justicia consideró que este principio no se veía violado por el hecho de que las autoridades públicas de control en materia de tratamiento de datos personales en el sector no público tengan que ser por exigencia de una Directiva europea totalmente independientes¹⁵¹.

A continuación, el TJUE resolvió también un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que se había desestimado la pretensión de anular una Decisión de la Comisión por la que se denegaba una solicitud de aplicación del secreto profesional que protege las comunicaciones con abogados a ciertos documentos incautados en el marco de una inspección realizada por la Comisión en el uso de las atribuciones que en materia de Derecho de la Competencia le brindaba el entonces Reglamento 17. A mayor abundamiento, por lo que aquí más nos interesa, el TJUE tenía que decidir si el derecho a la confidencialidad entre abogado y cliente se extendía a dos correos electrónicos intercambiados en una relación en la que el abogado era trabajador por cuenta del cliente –las llamadas *internal communications with in-house*–. El TJUE concluyó que, «debido tanto a la dependencia económica del abogado interno como a los estrechos vínculos con su empresario, el abogado interno no goza de una independencia profesional comparable a la de un abogado externo» y, en consecuencia, queda fuera del ámbito de aplicación del principio de confidencialidad¹⁵². En este caso se confirma, mejor que en ningún otro, la plena continuidad jurisprudencial ya que, en definitiva, lo que hace el TJUE es aplicar de nuevo la doctrina que ya había establecido, bastante antes de la entrada en vigor de la Carta, en un asunto que se remonta a principios de la década de los ochenta del siglo pasado¹⁵³.

¹⁵⁰ TJUE sentencia de 9 de marzo de 2010, *Comisión c. Alemania* (C-518/07, no publicada aún en la recopilación oficial), apdo. 41.

¹⁵¹ *Ib.*, apdo. 50.

¹⁵² TJUE sentencia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals c. Comisión* (C-550/07P, no publicada aún en la recopilación oficial), apdos 49 y 50.

¹⁵³ TJUE sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM & S c. Comisión* (155/79, *Rec.*, p. 1575), especialmente apdos. 21 y 24. Este asunto era, por cierto, citado por las

De igual manera, el TJUE acometió con toda naturalidad desde el momento de entrada en vigor del Tratado de Lisboa la labor de utilizar la Carta como (nuevo) parámetro de validez de los actos de la Unión. De hecho, en una de las primeras ocasiones en las que el TJUE ha tenido ocasión de aplicar el contenido de la Carta como parámetro de control de validez de un acto normativo de la Unión Europea, no ha dudado en declarar la invalidez de diversos preceptos por violación de derechos fundamentales. En concreto, en una sentencia de 9 de noviembre de 2010, el TJUE declaró la invalidez de diversas disposiciones del Reglamento del Consejo que regula la financiación de la política agrícola por considerar que la obligación de publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios de las ayudas agrícolas viola el derecho a la protección de los datos personales (art. 8 Carta). Bien es cierto que el TJUE ventila la cuestión con una argumentación excesivamente lacónica. Pero, por lo que aquí nos interesa, el Alto Tribunal de la Unión no modifica nada en relación con la continuidad de su jurisprudencia una vez que la Carta es ya jurídicamente vinculante. De hecho, quizá resulte pertinente plantearse qué derecho de los reconocidos en la Carta no podría haber sido acogido también por la tradicional vía jurisprudencial en ausencia de aquella.

El valor de la Carta es, por tanto, probablemente otro al hasta ahora analizado. La existencia en la UE de un catálogo expreso de derechos a los que se les reconoce el mismo rango jurídico que los propios tratados constitutivos aporta, sobre todo, transparencia y seguridad jurídica. De esta forma el TJUE, al ejercer el control *interno* para verificar que los actos de la Unión o los actos de los Estados cuando ejecutan Derecho de la Unión cumplen las exigencias de los derechos humanos, cuenta además de con una consolidada jurisprudencia también con un respaldo jurídico de rango constitucional; ello lógicamente refuerza la autoridad jurídica –y también política– de la jurisprudencia del TJUE en la materia. Aun así, la novedad más relevante del Tratado de Lisboa tanto en relación a los derechos humanos como a la cooperación judicial entre tribunales es la articulación de un nuevo control externo en la materia que será ejercido, en última instancia, por el TEDH.

Explicaciones de la Carta a su artículo 52.4, junto al también conocido asunto *Hauer*, cuya sentencia es de 13 de diciembre de 1979 (44/79, *Rec.*, p. 3727), para precisar el alcance del mantenimiento de esta vía interpretativa del Tribunal de Justicia.

5.2. EL (NUEVO) CONTROL JUDICIAL EXTERNO DE LA UE POR EL TEDH: MANTENIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y EL MONOPOLIO DEL TJUE EN EL CONTROL DE VALIDEZ DE LOS ACTOS DE LA UNIÓN

En efecto, la consecuencia más sobresaliente de la adhesión de la UE al CEDH será la inclusión de la actuación de la Unión dentro del ámbito de control judicial externo que realizará el TEDH. Ello, sin ninguna duda, tendrá consecuencias positivas para el ciudadano ya que verá incrementadas sus garantías (judiciales) ante eventuales violaciones de derechos fundamentales por parte de las instituciones de la Unión, a la vez que se evitarán posibles discrepancias interpretativas y se verá mejorada la seguridad jurídica del sistema. Pero tendrá también inevitables consecuencias para el TJUE, en especial por lo que respecta a la posición en la que finalmente quede en su concreta relación con el TEDH. Por ello precisamente esa adhesión de la Unión al CEDH exigirá ser hecha de manera que se preserven las peculiaridades del Derecho de la Unión, entre las cuales obviamente se incluye de manera muy especial el principio de autonomía de su ordenamiento¹⁵⁴ y el papel que tiene atribuido el TJUE en la interpretación y aplicación del Derecho de la UE¹⁵⁵.

No es de extrañar, por tanto, que desde el primer momento el Tribunal de Justicia quisiera dejar claro –incluso aunque mereciera críticas su intromisión el debate sobre la cuestión– que las diversas opciones que se podrían manejar para articular la relación entre el TJUE y el TEDH deberían, en todo caso, preservar el monopolio que el artículo 19.1 TUE encomienda al TJUE en la interpretación del Derecho de la Unión¹⁵⁶. Ello, dada la competencia exclusiva del TJUE para declarar la

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, T. Lock: «Walking on a Tightrope: The European ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the Legal Order», *Common Market Law Review* 2011, pp. 1025-1054.

¹⁵⁵ No en vano, el Protocolo núm. 8 sobre el artículo 6.2 TUE establece explícitamente que el acuerdo al que finalmente se llegue para articular esta adhesión «estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión» (art. 1), a la vez que «garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones» (art. 2), en especial las que corresponden al Tribunal de Justicia y a la obligación derivada del artículo 344 TFUE de que los Estados no sometan las controversias relativas al Derecho de la Unión a un procedimiento diferente al previsto en los tratados constitutivos (art. 3).

¹⁵⁶ Véase el *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Luxemburgo,

nulidad de un acto de Derecho derivado de la Unión y la consideración de esta competencia como una de las especificidades más relevantes a las que se refiere el Protocolo 8, exigía por ejemplo que el acuerdo de adhesión evite que el TEDH pueda, por ejemplo, «llegar a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esta cuestión»¹⁵⁷.

Tampoco es, por tanto, extraño que las cuestiones jurisdiccionales –junto a otros aspectos institucionales como la participación en el Consejo de Ministros o en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa– hayan centrado buena parte de las negociaciones en curso para adoptar un acuerdo de adhesión de la UE al CEDH¹⁵⁸ –las cuales por cierto están resultando bastante más procelosas de lo esperado¹⁵⁹– y que estén siendo uno de los elementos más delicados de las mismas. Piénsese, además, que a los problemas derivados de las negociaciones

5 de mayo de 2010. Igualmente relevante es la comunicación conjunta realizada al respecto por los presidentes Costa y Skouris, de 24 de enero de 2011. De modo muy parecido, el informe que elaboró la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo en mayo de 2010 (Informe Jáuregui) establece con toda rotundidad desde su primer apartado que esta «adhesión no cuestionará en modo alguno el principio de autonomía del Derecho de la Unión, puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea seguirá siendo el juez supremo único para todo lo relativo al Derecho de la Unión y a la validez de sus actos»; *Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, A7-0144/2010 de 6.5.2010, p. 5, apdo. 1.

¹⁵⁷ *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia...*, cit., p. 4.

¹⁵⁸ Una aproximación más detallada a estas negociaciones las hemos abordado en nuestro trabajo anterior «The accession of the European Union to the ECHR: More than just a legal issue», *Working Papers on European Law and Regional Integration. Cátedra Jean Monnet Prof. Ricardo Alonso García*, núm. 15, UCM, Madrid, 2013.

¹⁵⁹ Recuérdese que las negociaciones comenzaron formalmente en mayo de 2010 y se previó que fuera un proceso rápido de manera que su conclusión se lograrara en junio de 2011. A tal efecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 21 de mayo de 2010 un mandato a favor del Comité Director para los Derechos del Hombre (CDDH) para que, en cooperación con el representante que nombrara la UE, se elaborara el instrumento de adhesión pertinente. El CCDH encargó, a su vez, a un grupo informal de expertos la tarea de preparar dicho instrumento jurídico. Este grupo estaba formado por catorce miembros de los que siete provenían de Estados miembros de la UE y otros siete de Estados no miembros (se le llamó Grupo 7+7). Y del lado de la UE, el Consejo adoptó el 4 de junio de 2010 un decisión encomendando a la Comisión la negociación del acuerdo. De esta forma entre julio de 2010 y junio 2011 se celebraron ocho reuniones entre el grupo informal y la Comisión a partir de las cuales se presentaron los proyectos de instrumento que se les había encargado. En concreto, presentaron un proyecto de Acuerdo sobre la adhesión de la UE al CEDH, un proyecto de reglas a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las resoluciones del TEDH y un Informe explicativo.

del acuerdo de adhesión en sentido estricto se han sumado, desde la orilla de la Unión, la necesidad de adoptar de manera paralela unas Reglas internas de la UE¹⁶⁰ para buscar solución a algunas de las cuestiones internas que derivarían de la adhesión¹⁶¹.

De esta forma, a lo largo de las negociaciones para materializar la referida adhesión de la UE al CEDH han aflorado lógicas dificultades en relación con la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos (art. 35 CEDH) en el caso de la cuestión prejudicial. Resultan perfectamente imaginables supuestos en los que se pueda poner en cuestión la conformidad de un acto de la Unión con los derechos fundamentales sin que hubiera existido antes una cuestión prejudicial ante el TJUE; es más, esta cuestión prejudicial podría haber sido solicitada por las partes en el procedimiento nacional y haberse negado el órgano jurisdiccional nacional a plantearla. No parece, por ello, adecuado que el TEDH pueda ejercer un control externo de la acción de las instituciones de la Unión o de sus Estados aplicando Derecho de la Unión sin que de alguna forma se hubiera producido antes un control interno por parte del TJUE. Así, el proyecto de Acuerdo de Adhesión resuelve la controversia a través de un incidente procesal por el que en tales casos se remitiría el asunto al TJUE para que se pronuncie de manera rápida. Cuestión diferente, y de la que obviamente nada dice el Acuerdo, será cómo se regule la cuestión internamente dentro de la Unión.

Igualmente han merecido atención y debate dos cuestiones paralelas. La primera se refiere a posibles demandas interestatales por incumplimiento del Convenio (art. 33 CEDH) que afecten al Derecho de la Unión; y la segunda de las cuestiones es obviamente la necesidad de buscar algún mecanismo de nuevo cuño – la figura del codefensor – para los casos en los que se plantease una demanda contra un Estado miembro de la Unión a propósito de un acto que viniera exigido por el Derecho de la UE¹⁶².

¹⁶⁰ Tales negociaciones se realizan fundamentalmente en el seno del grupo de trabajo del Consejo encargado de la cuestión (FREMP).

¹⁶¹ A propósito de las repercusiones que tiene para el ordenamiento jurídico de la Unión la adhesión de la misma al CEDH puede verse José Rafael MARÍN AÍZ: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, núm. 44., pp. 233-276.

¹⁶² Para profundizar sobre estas cuestiones nos remitimos a nuestro ya citado trabajo *The accession of the European Union...*, *loc. cit.*, pp. 9-15. Igualmente, por ejemplo, José Manuel CORTÉS MARTÍN: «Sur l'adhésion à la CEDH et le savegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme

No obstante, se regule como se regule esta cuestión, lo cierto es que al final el TJUE terminará ocupando respecto al TEDH una posición muy semejante a la que en la actualidad ostentan los tribunales supremos de los Estados miembros. Con ello, quedará preservada la naturaleza subsidiaria del mecanismo de protección de los derechos fundamentales propio del CEDH, aunque obviamente su plasmación práctica exija adaptaciones puntuales a la peculiar naturaleza de la Unión.

En cierto sentido, por lo que estrictamente afecta a la relación entre ambos tribunales, habría que modular también –es decir, limitar al máximo– el alcance posible de las demandas interestatales por incumplimiento del Convenio (art. 33 CEDH) cuando afecten a Derecho de la Unión ya que lo contrario sería tanto como limitar la jurisdicción del TJUE y socavar la autonomía del Derecho de la Unión; sería tanto como trasladar al TEDH un control que debe corresponder en primera instancia al TJUE. El *juez natural* para conocer de recursos interpuestos entre Estados por incumplimiento de derechos recogidos en el CEDH y/o en la Carta por parte de actos de instituciones de la Unión o por Estados en aplicación del Derecho de la Unión es el TJUE. Sólo cuando aquél se hubiere pronunciado y se considerase que la sentencia en cuestión sigue sin reparar la eventual violación de derechos fundamentales debería ser posible acudir al TEDH.

5.3. PERVIVENCIA DE ALGUNOS PROBLEMAS YA BIEN CONOCIDOS: NUEVOS ROPAJES PARA VIEJAS CUESTIONES

5.3.1. *Dificultades derivadas de la aplicación del nuevo control externo del TEDH a la actuación de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión*

Ni el carácter vinculante de la Carta ni la adhesión de la Unión al CEDH solucionan tampoco las dificultades que encuentra el Tribunal de Justicia para determinar en la práctica con precisión qué ha de entenderse por aplicación del Derecho de la Unión por los Estados en el sentido que recoge el artículo 51.1 de la Carta. Como puso de

de codéfendeur», *Revue de Droit de l'Union Européenne* 2011, p. 617; *ib.*: «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo* 2010, núm. 22, www.iustel.com.

manifiesto con toda crudeza el ya citado asunto *Kadi*¹⁶³, queda claro que, cuando un acto de la Unión viole un derecho fundamental, el TJUE puede anularlo en el marco de un recuso de anulación (art. 263 TFUE) o indirectamente a través de una cuestión prejudicial de validez (art. 267 TFUE). Ahora bien, cuando se trata de actos de los Estados en aplicación de Derecho de la Unión las dificultades se multiplican.

En este marco, con seguridad que la situación que más fácilmente viene a la mente son los problemas derivados de la transposición de directivas por los Estados; y en este sentido la Directiva sobre conservación de datos¹⁶⁴ ha sido buen ejemplo reciente de gran controversia con algún tribunal constitucional nacional a propósito de si la exigencia de conservar durante seis meses determinados datos suponía una violación del derecho fundamental a la protección de datos¹⁶⁵. Pero, aunque éste sea el caso más evidente, no es en absoluto el único imaginable. También se plantea en los supuestos en los que la regulación del mercado interior fija excepciones a favor de los Estados por motivos como la protección de la salud o el orden público y la seguridad pública (arts. 36, 45.3, 51, 52 y 65.1 TFUE) o para preservar el interés general. La jurisprudencia del TJUE muestra con cierta recurrencia que

¹⁶³ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat c. Consejo y Comisión* (C-402/05P y C-415/05P, *cit.*).

¹⁶⁴ Directiva 2006/24/CE, DO L 105 de 13.4.2006, p. 54.

¹⁶⁵ A este respecto, en Alemania se esperaba con gran expectación la posición que adoptase el Tribunal Constitucional de ese país en relación a varios recursos de amparo planteados sobre esta cuestión por considerar que la ley de transposición de la Directiva 2006/24/CE violaba derechos fundamentales de la LFB. En primer lugar, porque era una buena oportunidad para constatar cómo se pronunciaba el Alto Tribunal alemán en la primera ocasión que, tras la polémica sentencia sobre el Tratado de Lisboa, conocía de recursos de amparo en los que se alegaba la violación de un derecho fundamental reconocido en la Ley Fundamental de Bonn (en concreto el artículo 10) por la ley alemana que transponía la ya citada Directiva 2006/24/CE. Con el 'morbo jurídico' añadido de que fuera además el primer Senado del Tribunal –con fama de ser bastante más condescendiente con el Derecho de la Unión que el segundo Senado, autor de la sentencia sobre Lisboa– al que le correspondiera pronunciarse sobre un tema que, aunque poco tuviera que ver en realidad con los aspectos más criticados de la sentencia de junio de 2009, se veía lógicamente afectado por el mismo. Pero, en segundo término, esta sentencia también se esperaba con interés porque en el debate de fondo se cuestionaba si la transposición de la Directiva en Alemania era compatible con el estándar de protección exigido por los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental.

La sentencia se dictó el 2 de marzo de 2010 (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08) y ciertamente defraudó a quienes esperaban con los 'cuchillos afilados'. El Tribunal Constitucional alemán aceptó la compatibilidad de la ley de transposición con la Ley Fundamental y no dio el menor pie para un conflicto a propósito del contenido de la Directiva. En realidad, ni siquiera los votos particulares de los jueces Schluckebier y Eichberger dejan resquicio alguno para ver un ataque al Derecho de la Unión.

estas medidas nacionales pueden ser susceptibles de afectar a derechos muy diversos. Es ya bien conocida la existencia de casos en lo que se discute la eventual violación de la libertad de expresión recogida en el artículo 10 CEDH por una norma nacional que permite la existencia de un monopolio de televisión¹⁶⁶ u otra que prohíbe que la prensa escrita incluya en su contenido la concesión de premios¹⁶⁷. Pero puede darse también con otros derechos como la dignidad humana, como fue el caso en el que el TJUE consideró compatible con el Derecho de la Unión el que Alemania mantuviera la prohibición de la importación de determinados juegos procedentes del Reino Unido por considerar que su contenido era lesivo de derecho a la dignidad humana¹⁶⁸.

En parecido sentido, la jurisprudencia muestra igualmente que también se puede plantear una colisión entre un principio básico del mercado interior como es la libre circulación de mercancías con un derecho fundamental como el de la libertad de reunión. Así, por ejemplo, en el asunto *Schmidberger* el TJUE tuvo que decidir si el ejercicio de una reunión pacífica que bloqueaba el Corredor de Brenner y, por tanto, impedía el paso a los vehículos que transportaban mercancías procedentes de otros Estados miembros era compatible con el Derecho de la Unión. El TJUE reconoció la existencia de esa libertad de reunión como derivación del artículo 11 CEDH¹⁶⁹.

Por último, otro importante ámbito de la acción de la Unión en que también pueden darse problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales es en el campo de aquellas intervenciones nacionales en materias en las que los tratados dejan margen a los Estados para adoptar medidas más estrictas de las previstas por el Derecho de la Unión, v. gr. en materia de protección de los consumidores (art. 38 Carta y 169.4 TFUE) o de materia de medio ambiente (art. 37 Carta y 193 TFUE)¹⁷⁰.

¹⁶⁶ TJUE sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *Rec.*, p. I-2925), apdo. 4.

¹⁶⁷ TJUE sentencia de 26 de junio de 1997, *Familienpress* (C-368/95, *Rec.*, p. I-3689), apdos 24 a 26.

¹⁶⁸ TJUE sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, *Rec.*, p. I-9609).

¹⁶⁹ TJUE sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger* (C-112/00, *Rec.*, p. I-5659).

¹⁷⁰ Una controversia a propósito de estas cláusulas se planteó en relación a la transposición que Alemania hizo de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos; DO 182 de 16.7.1999, p. 1. Alemania, al trasponer esta Directiva en su ordenamiento, fijó, conforme a la posibilidad que brinda el Tratado, exigencias bastante más estrictas que las recogidas en la norma comunitaria, de forma que las empresas alemanas veían notablemente incrementada la exigencia de incineración de residuos que no podían ya depositar en un vertedero. Ante la consideración de que esta exigencia podría violar los derechos de los afectados y alegándose también la violación del principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia recondujo su sentencia a la plena

Al margen, por descontado, de los supuestos más obvios en los que autoridades nacionales ejecutan Derecho de la Unión en sentido propio.

5.3.2. *La (in)existencia de competencias específicas de la UE en materia de derechos humanos*

Algo no muy diferente ocurre también en relación con la cuestión de la competencia de la Unión en materia de derechos fundamentales. De hecho, no se termina de ajustar a la realidad la afirmación, comúnmente aceptada en determinados ámbitos académicos sin matización alguna, de que la Unión no dispone de competencia en materia de derechos fundamentales. Ciertamente, no resulta necesario recurrir a las redundantes afirmaciones de los artículos 6.1 TUE y 51.2 de la Carta para tener claro que la Carta por sí misma «no ampliará en modo alguno las competencias de la Unión». Eso resulta obvio¹⁷¹. La Carta no atribuye a la Unión competencia alguna en materia de derechos fundamentales porque no es esa su función. La Carta actúa únicamente, como es habitual en este tipo de instrumentos, como límite negativo a la intervención que realicen las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le han atribuido los tratados constitutivos o, como acabamos de ver, a la de los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión. Ahora bien, tanto de las competencias que ya tiene atribuidas la Unión desde hace bastante tiempo como de las que se derivan de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sí se colige una cierta competencia de la Unión para intervenir activamente en materia de derechos humanos; aunque obviamente dentro del marco circunscrito por el principio de atribución expresa de competencias.

La propia creación de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE constituye una manifestación evidente¹⁷² y, pese a todas las cautelas adoptadas, un sector doctrinal ve en ella «the Reality of the Duplication of Tasks between the EU Fundamental Rights Agency and the Council

compatibilidad de la legislación alemana con la cláusula del Tratado que permite adoptar exigencias más estrictas; sentencia de 14 de abril de 2005, *Eiterköpfe* (C-6/03, *Rec.*, p. I-2753), apdo. 61.

Tampoco en materia de protección de los consumidores tenemos constancia de jurisprudencia del Tribunal de Justicia que pudiera resultar mucho más explícita.

¹⁷¹ A este respecto, sigue siendo muy ilustrativo el trabajo de *Joseph Weiler/ S. C. Friess*, «Une politique des droits de l'homme pour la Communauté et l'Union Européenne», in *Ph. Alston* (Hrsg.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, S. 147.

¹⁷² Reglamento (CE) n.º 168/2007, *DO L* 53 de 22.2.2007.

of Europe Bodies»¹⁷³. También lo son, por ejemplo, las importantes directivas que, con base en el entonces artículo 13 TCE, se dictaron en el año 2000 para adoptar medidas que evitasen la discriminación por razón de sexo, raza, religión, edad, orientación sexual o discapacidad¹⁷⁴ o la pionera Directiva sobre protección de datos que se aprobó en 1995¹⁷⁵. Incluso podría traerse a colación el desarrollo de algunos de los derechos del estatuto de ciudadanía¹⁷⁶ o la propia regulación de derechos inherentes a la inmigración o el asilo¹⁷⁷.

Es decir, son numerosos los actos jurídicos, dictados sobre las más diversas bases competenciales, que directa o indirectamente *regulan* aspectos relacionados con los derechos fundamentales y que incluso imponen cargas relevantes a los Estados o los particulares. Piénsese que incluso en el ámbito del mercado interior existen directivas que, como la de 'televisión sin fronteras', se han dictado sobre

¹⁷³ Olivier de SCHUTTER: «The Two Europes of Human Rights: The Emerging Division of Tasks between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe», *Columbia Journal of European Law* 2008, p. 509, especialmente pp. 522-529.

¹⁷⁴ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DO L* 180 de 19.7.2000, p. 22; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DO L* 303 de 2.12.2000, p. 16. También es el caso de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y sus suministros, *DO L* 373 de 21.12.2004, p. 37. Ello, por supuesto, al margen de las Directivas que se han dictado con base en la atribución de competencia expresa recogida en el actual artículo 157.3 TFUE (antiguo artículo 141.3 TCE) para adoptar medidas que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor. Sobre esta base, se dictaron por ejemplo la Directiva 2002/73/CE (*DO L* 269 de 5.10.2002, p. 15) o la Directiva de refundición 2006/54/CE (*DO L* 204 de 26.7.2006). Incluso la cláusula de imprevisión del antiguo artículo 235 TCEE (posteriormente art. 308 TCE y en la actualidad art. 352 TFUE) sirvió en un principio de base jurídica para dictar la originaria Directiva 76/207/CEE —después modificada con otras bases jurídicas— relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo, *JO L* 39 de 14.2.1976, p. 40.

¹⁷⁵ Directiva 95/46/CE, *DO L* 281 de 23.11.1995, p. 31. Vid. igualmente Directiva 2006/24/CE, *DO L* 201 de 31.7.2002, p. 37.

¹⁷⁶ El Tribunal de Justicia al conectar estos derechos de ciudadanía con el principio de no discriminación ha extendido en la práctica el ámbito de actuación de aquéllos. Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala* (C-85/96, *Rec.*, p. I- 2691; sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelzyk* (C-184/99, *Rec.*, p. I- 6193).

¹⁷⁷ Queda por ver qué interacción se dará entre las atribuciones de competencia previstas en esta materia por el TFUE (arts. 77 a 80) y los derechos fundamentales recogidos *expressis verbis* por la Carta (arts. 18 y 19).

la base de la libertad de prestación de servicios, pero su contenido conlleva obligaciones en materia de publicidad, patrocinio o cuotas reservadas a programas europeos que entran de lleno en el ámbito de regulación del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH, art. 11 Carta)¹⁷⁸.

6. Consideraciones finales: hacia el común enriquecimiento del TJUE y del TEDH en el marco del espacio constitucional europeo multinivel

A la vista de lo expuesto hasta ahora, parece claro que el diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH no puede plantearse en modo alguno en términos de rivalidad. No era posible antes del Tratado de Lisboa y mucho menos lo será tras la adhesión de la Unión al CEDH. En realidad, esta adhesión de la Unión al CEDH ha de verse más como una oportunidad que como un riesgo. Tras ellas, existirá un marco jurídico específico y claro que regulará las modalidades precisas de la cooperación judicial (formal) entre ambos tribunales. Ello, una vez garantizada adecuadamente la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y el papel del TJUE dentro de él, será un caldo de cultivo adecuado para intensificar también el diálogo judicial (material) entre el TJUE y el TEDH. Al fin y al cabo este diálogo redundará en beneficio de ambos tribunales. Y lo hace no sólo en sus relaciones mutuas, sino también en las relaciones de ambos tribunales con el otro vértice del triángulo judicial constitucional europeo. A los ojos de los tribunales constitucionales nacionales nada será mejor para consolidar la aspiración constitucional del TJUE y del TEDH que un diálogo judicial efectivo en materia de derechos fundamentales.

En este sentido, existen no pocos autores que han subrayado el temor de Luxemburgo a un escenario en el que el TEDH pudiera considerar que una de sus sentencias suponga una violación de derechos fundamentales, debido básicamente a que los tribunales constitucionales pudieran llegar a poner en duda el esencial principio de primacía del Derecho de la Unión por considerar que la jurisprudencia del TJUE no cumple los estándares de protección exigidos por las cons-

¹⁷⁸ La propia exposición de motivos de esta directiva (89/552/CEE), inicialmente adoptada el 3 de octubre de 1989 y después modificada en diversas ocasiones, hace referencia expresa a esta situación al referirse al artículo 10 CEDH.

tituciones nacionales¹⁷⁹. A nuestro entender, ciertamente, la alargada sombra de los tribunales constitucionales con pretensiones tutelares, especialmente en el caso del alemán, siempre se proyecta sobre el Tribunal de Justicia y es de esperar que siga siendo así en el futuro. Pero no creemos que exista base real para exagerar tal temor. Los tribunales constitucionales en modo alguno han subordinado la aceptación del principio de primacía a que no se produzca *nunca* una violación de un derecho fundamental. Antes al contrario, ni siquiera la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009 deja margen para tal resquemor en lo que se refiere a los derechos fundamentales ya que mantienen plenamente en vigor la razonable consideración de *Solange II*¹⁸⁰ y en realidad el problema se ha desplazado más bien al ámbito de un hipotético control ante una hipotética actuación *ultra vires* de la Unión. Si es cierto que con casos puntuales como el de la *euroorden* siempre se mantiene sobre la cabeza del TJUE una suerte de espada de Damocles¹⁸¹. Pero no lo es menos que, como muestra la reciente sentencia recaída en febrero de 2013 en el ya citado asunto *Melloni*, el TJUE se cuida mucho de fundamentar su argumentación al respecto en la propia jurisprudencia del TEDH¹⁸². Es más, dicha posición no tendría mucho sentido, ya que las condenas de Estrasburgo por violaciones de derechos fundamentales no deja de ser realidad «puntual» para *todos* los Estados miembros. La Unión

¹⁷⁹ Así, por ejemplo, Laurent SCHIECK en su ya citado estudio pluridisciplinar de 2005 escribía lo siguiente: «In Luxembourg, the ECourtHR's interest for the EU raised the question of whether its judges would agree to be subordinated by Strasbourg and run the risk of seeing their rulings be sanctioned by Strasbourg if they did not respect rights guaranteed by the Convention. Nothing is feared more in Luxembourg than the scenario of a disavowal of one of its judgements by Strasbourg»; *loc. cit.* («Relationship between...»), p. 849 y, en parecido sentido, también p. 871.

¹⁸⁰ Estas cuestiones las hemos analizado con mayor profundidad en nuestro reciente estudio «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea – Algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* 2011, núm. 13, pp. 100-149. Puede verse igualmente *in extenso* en la contribución de Javier DIEZ-HOCHLEITNER en esta obra, *loc. cit.*

¹⁸¹ Véase la sentencia de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04). El Tribunal Constitucional alemán sostuvo su controvertida postura en relación con el artículo 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn a pesar de que justo un mes antes el Tribunal de Justicia había dejado patente en el asunto *Pupino* su clara intención de controlar el respeto de los derechos fundamentales también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, entonces situado en el tercer pilar y por tanto fuera del pleno control judicial del TJUE; sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino* (C-105/03, *Rec.*, p. I-5309).

¹⁸² En concreto, el TJUE funda su argumentación al respecto en la interpretación que dio el TEDH al artículo 6 CEDH; sentencia del TEDH de 1 de marzo de 2006, *Sedjovic c. Italia* (56581/00).

lógicamente tampoco en esto será una excepción. En el fondo, por lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la Unión probablemente tenderá a ocupar en el seno del CEDH hacia una posición cada vez más semejante a la de los Estados.

Así las cosas, la conclusión final de este trabajo es bien elemental y se concreta ineludiblemente en que TJUE y TEDH están llamados a mantener un diálogo judicial estable y profundo, tanto formal como informalmente. Y habrán de hacerlo además de forma imaginativa para lograr insertarse de manera adecuada y estable en lo que hemos dado en denominar el nuevo *espacio constitucional europeo multinivel*. Dentro de él, las relaciones entre el TJUE y el TEDH no pueden plantearse, pues, en términos de jerarquía, sino de competencia y especialidad dentro de un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales en el que conviven tres ordenamientos de naturaleza muy diferente –uno nacional, otro supranacional y un último internacional con aspiración constitucional en materia de derechos humanos– y en el que respecto a dos de ellos rige el principio internacional de subsidiariedad de la jurisdicción del TEDH en materia de derechos fundamentales. Parece claro que hoy día los ordenamientos jurídicos ya no se dejan ya reconducir a esquemas puramente piramidales y nacionales de inspiración kelseniana. En realidad, los Estados sobre los que Jellinek construyó hace más de un siglo la *Allgemeine Staatslehre* que tanto gusta citar al segundo senado del Tribunal Constitucional alemán ya no existen.

En suma, contestando a la pregunta que en otro orden de relaciones planteaba la obra citada en la primera nota de este trabajo, el diálogo entre los dos jueces internacionales europeos con aspiración constitucional tiene poco de ‘encantamiento’ y bastante de ‘realidad’¹⁸³. Se podría decir que este diálogo tiene incluso no poca dosis de necesidad, ya que el TJUE y el TEDH son, junto a los tribunales constitucionales nacionales, dos vértices imprescindibles del simbólico *triángulo judicial* europeo en materia de derechos humanos.

¹⁸³ Con esta provocativa pregunta se titulaba efectivamente la conocida obra colectiva dedicada en francés a esta materia y ya citada en la nota 1; François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS y Arnaud RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, op.cit.

E

■ El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: una plática abierta a otros contertulios (*)

JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO

Magistrado del Tribunal Supremo

Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SUMARIO

1. El diálogo en la defensa de la Constitución frente al legislador.
2. El diálogo en la defensa de la Constitución frente a los jueces.

(*) Texto revisado y actualizado de la intervención en la mesa redonda *El diálogo entre Tribunales en materia de derechos fundamentales*, celebrada el 16 de noviembre de 2012 en el marco de las «XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional».