

Diálogo de tribunales en el marco europeo¹

ANDRÉS OLLERO

*Universidad Rey Juan Carlos
Magistrado del Tribunal Constitucional*

I. LEGALIDAD Y CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

Considero obligado señalar ante todo dos cuestiones previas de gran interés práctico. La primera es la distinción teórica entre el plano de la *legalidad* y el de la *constitucionalidad*, sin duda muy importante para un juez. La trascendencia de esta cuestión es en la mayoría de los casos determinante para dilucidar las consecuencias del modelo de control de constitucionalidad adoptado: difuso o —como es el caso español y el europeo— concentrado.

España se encuentra, por un lado, vinculada al Consejo de Europa, habiendo suscrito el Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos. Aparte de esta relación con el Tribunal de Estrasburgo, es necesario tener en cuenta su integración en la Unión Europea; se va pues a mover obligadamente en un triple escenario.

En primer lugar, el juez español está vinculado a su propia Constitución, en la que hay una generosa contemplación de los derechos fundamentales. No todos los llamados *padres* de la Constitución española (CE) eran partidarios de ello. Algunos preferían una Constitución más «ligera», menos cargada de derechos y más centrada en el diseño de los poderes del Estado.

Por otra parte, el Consejo de Europa dio paso al citado Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos. Como es bien sabido, el Consejo incluye a muchos países que no forman parte de la Unión Europea (UE); valga como ejemplo Turquía, que pretende ingresar en la Unión. Ello obliga a diferenciar diversos aspectos, sin olvidar que —como

¹ Trabajo ultimado en el marco del Módulo Europeo «Integration and Fundamental Rights in the European Union» (542889-LLP-1-2013-1-ES-AJM-MP), dirigido por la Profesora Cristina Hermida del Llano durante el curso 2013-2014 en la Universidad Rey Juan Carlos dentro del Programa Jean Monnet.

veremos— la Carta Europea de Derechos Fundamentales acabó entrando en vigor con bastante polémica.

Existen pues cuatro tribunales en juego: a) el Tribunal Constitucional (TC) español que controla el cumplimiento de la Constitución; b) los jueces españoles de la jurisdicción ordinaria; c) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, vinculado al Consejo de Europa y su Convenio; d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con sede en Luxemburgo. Todos ellos serán protagonistas de un juego muy complejo, dulcificado por la expresión *diálogo de tribunales*. En realidad la cuestión es más simple: *estamos construyendo Europa, perdonen las molestias*.

Se vino manteniendo inicialmente una poco definida actitud del TJUE respecto a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que no formaba aún parte de los Tratados. Sin embargo, el TJUE fue asumiendo bastantes aspiraciones de la Carta, mientras se aguardaba su firma por parte de los Estados miembros. Fue haciendo propios elementos de protección de derechos fundamentales entendiéndolos como principios generales del derecho europeo, fruto de las herencias culturales de los Estados miembros. Otras influencias se fueron consolidando en el derecho comunitario europeo, basadas en la apelación a la existencia de un consenso entre los Estados. Con ese procedimiento comenzaron a entrar en juego a través del TJUE muchos criterios, hasta la consolidación de la Carta de Derechos Fundamentales.

II. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. «DIÁLOGO DE TRIBUNALES»

El papel del TC español, como consecuencia de todo ello, acabará siendo un tanto variable. Para empezar, cualquier *juez ordinario* español se convierte de manera lógica y necesaria en el primer responsable de la protección de los derechos fundamentales como *aplicador primario de la Constitución*. Igualmente cualquier juez español habrá de ocuparse de aplicar las leyes que desarrollan esos derechos. Esto confiere a todo juez un obvio protagonismo en la defensa de los derechos fundamentales.

El juez ordinario español, «sometido únicamente al imperio de la Ley» (artículo 117 CE), se encuentra igualmente vinculado al texto constitucional (artículo 9.1 CE). El *sistema concentrado de control* le impedirá declarar inconstitucional una norma de rango legal; si de ella depende la solución

de un caso, habrá de dirigirse al TC y plantear una *cuestión de inconstitucionalidad*. Indicará el precepto concreto cuya constitucionalidad considera cuestionable, dando paso a un doble *juicio de aplicabilidad* y de *relevancia* en relación al caso que ha de resolver.

Diversa sería la situación si tuviera que aplicar una dudosa norma preconstitucional; lo cual, por obvias razones cronológicas, es cada vez menos frecuente, al tratarse de normas anteriores a 1978 en buena parte ya modificadas o sustituidas. En esos casos los jueces ordinarios debían limitarse a aplicar la disposición derogatoria con que concluye el propio texto constitucional, asumiendo la nulidad de toda norma que se oponga a sus preceptos o principios. Respecto a normas posteriores formularán la cuestión de inconstitucionalidad, paralizando el procedimiento hasta obtener la oportuna respuesta del TC.

El carácter subsidiario del amparo por el TC de los derechos fundamentales vulnerados a los ciudadanos exige un previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, llegando en su caso hasta al propio Tribunal Supremo (TS). Esto no ha dejado de provocar más de un conflicto, problemáticamente reconducible al eufemístico rótulo *diálogo de tribunales*. El amparo surge por haberse producido la vulneración del derecho por uno de los poderes del Estado, pero el previo conocimiento del asunto por la jurisdicción ordinaria la hace más de una vez aparecer —paradójicamente— como la efectiva vulneradora del derecho, al no haberle prestado la oportuna satisfacción. Los conflictos entre tribunales acabaron siendo inevitables, mientras se multiplicaban los recursos de amparo hasta amenazar con hacer morir de éxito a este espacio de la jurisdicción constitucional. Afortunadamente, parecen desterradas situaciones nada agradables como las experimentadas entre el TS y el TC con motivo del popularmente identificado como caso *Preysler*. Aún fue más tenso el panorama con la sanción por una Sala del Supremo a todos los magistrados constitucionales, por considerar insuficientemente motivada una de sus resoluciones. Solo una vez que todos los sancionados llegaron a abandonar el Tribunal, pudo este resolver su paradójico recurso de amparo, anulando la sanción. Estas vicisitudes parecen haber llevado venturosamente a ambos tribunales con posterioridad a esmerarse al máximo midiendo el alcance de sus resoluciones.

Como consecuencia de la plétora, a todas luces excesiva, del recurso de amparo se procedió en 2007 a la reforma del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De su eficacia puede dar alguna idea que, mientras en diciembre de 2008 el número de recursos ingresados durante el año llegaba aún a 10.279, en diciembre de 2012 —aun habiendo superado la cifra del año anterior— se contabilizan 7.205, manteniéndose cifras

similares al finalizar el 2012 (7.376), 2014 (7.663) y 2015 (7.222, como dato provisional). La situación no ha sido del todo semejante en lo relativo al número de recursos de amparo pendientes de admisión, que —habiéndose descendido de 4685 a 2895 entre 2008 y 2012— tiende a acercarse a la cifra inicial en los años posteriores: 3.738 en 2013, 4.463 en 2014 y 3.089 (dato provisional) en 2015. Más favorable es el panorama en el número de recursos pendientes de sentencia, que descienden entre 2008 a 2012 de 332 a 142, e incluso más tarde a 116 en 2014 y 68 (dato provisional) en 2015.

El costo de la operación puede llevar a cierta perplejidad. El número de recursos admitidos a trámite queda lejos de 2%, dado que la nueva normativa —relativamente inspirada en el *certiorari* norteamericano— exige, además de aportar indicios de vulneración de un derecho fundamental, que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su *especial trascendencia constitucional*, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

El propio TC, en el Fundamento 2 de su Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009, ha precisado los casos en que se apreciará dicha trascendencia:

«a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que *no haya doctrina* del Tribunal Constitucional;

b) o que dé *ocasión* al Tribunal Constitucional para *aclarar o cambiar su doctrina*, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de *nuevas, realidades sociales* o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o cuando la *vulneración* del *derecho* fundamental que se denuncia *provenga de la ley o de otra disposición de carácter general*;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea *necesario proclamar otra interpretación conforme* a la Constitución;

e) o bien cuando la *doctrina* del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo *incumplida de modo*

general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una *negativa manifiesta* del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);

g) o, en fin, cuando el *asunto* suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, *trascienda del caso concreto* porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.»

En ese contexto algunos recurrentes, pretendiendo encontrarse en los supuestos de procedencia del recurso de amparo, buscan acoplarse a la nueva ley, aunque en la mayoría de las veces su intento acabará en inadmisión. Esto resalta que, a la hora de la verdad, la jurisdicción ordinaria es notablemente responsable de evitar la vulneración de los derechos fundamentales. Se entiende que a un ciudadano, tras haber gozado de dos posibilidades al menos de verlos satisfechos en sucesivas instancias, se le puede condicionar su satisfacción si no justifica la aludida especial transcendencia².

III. DIMENSIÓN HERMENÉUTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el control de constitucionalidad previsto en la Constitución española solo se reconoce relevancia a los tratados internacionales como criterios interpretativos; no se los considera pues normas de directa aplicación, capaces de condicionar la doctrina establecida por el TC sobre el alcance de su protección. El art 10.2 señala que las «normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado el 20 de enero de 2015 este planteamiento con ocasión del caso *Arribas Antón contra España*.

Esto refleja un modo de entender el derecho menos normativista y mucho más vinculado al juego de los principios, lo que contribuye a evitar posibles contradicciones entre sistemas normativos. Desde mi punto de vista, el empeño por considerar al derecho como un *sistema* resulta notablemente forzado³. Me parece que reflejan más fielmente la realidad práctica de la dinámica jurídica planteamientos cercanos a la llamada *tópica jurídica*. Entender al derecho como un sistema puede responder en ocasiones a una caprichosa obsesión. En realidad el concepto de sistema no parece revestir mucha eficacia práctica, dada la forma en que juristas y tribunales resuelven los conflictos. A la hora de la verdad, para el juez ordinario, la existencia de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales simplemente le aportará principios que le sirvan de criterio interpretativo.

Se ha llegado a sostener por la doctrina que, en el caso español, el Convenio de Roma del Consejo de Europa sería una norma a la vez infra-constitucional y supra-legal. Lo que sí ocurre en el ámbito español y tiende a ocurrir en el europeo, por influjo de la doctrina alemana de la postguerra, es que no se entienden los derechos fundamentales desde una dimensión meramente subjetiva. Se los considera valores básicos del ordenamiento jurídico que los poderes públicos deben proteger y garantizar no solo a instancia de parte⁴. Esto lleva a superar un planteamiento de carácter abstracto, dotándolos de una notable capacidad de expansión sobre las resoluciones judiciales; dejan de servir de instrumento a un mero interés subjetivo o a las pretensiones de un ciudadano concreto, para convertirse en expresión de exigencias de *orden público*.

En el caso de la Constitución española, por ejemplo, su artículo 16 solo admite un límite a la libertad ideológica: «el orden público protegido por la ley». Ese orden público incluye el núcleo duro de los derechos. En ese contexto, no tendría por ejemplo sentido que alguien se considerase, por profesar determinada religión, con derecho a realizar sacrificios humanos.

³ Lo abordé por extenso en *¿Time razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, 2ª edición; sobre todo pp. 159-196.

⁴ Al respecto, Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional* Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 41.

Lo que es obvio es que todo ello resalta la dimensión interpretativa, *más hermenéutica que normativista*, de toda actividad jurídica⁵. En ese marco el TC se sabe inevitablemente condicionado por las resoluciones del TEDH de Estrasburgo; quizá, como se verá, más por lo que tienen de ejercicio de *auctoritas* que como *potestas* impositiva. España ha sido, como tantos otros países europeos, condenada en más de una ocasión; particularmente por aspectos relacionados con garantías procesales o dilaciones judiciales, así como control de garantías específicas en la lucha contra el terrorismo. Esto lleva al TC a mostrarse particularmente atento a la hora de analizar en qué medida se ha cumplido el canon de exigencia que el Tribunal de Estrasburgo va señalando.

IV. UN ENMARAÑADO MAPA DE CONTROL

En España han prestado notable atención los ciudadanos —muy especialmente los no pocos que han sido víctimas del terrorismo— a las vicisitudes de un caso identificado por su conexión con la recurrida *doctrina Parot*, establecida por el TS. Se sometió al análisis del Tribunal de Estrasburgo la posible retroactividad de un cambio de criterio interpretativo en relación al efectivo cumplimiento de las penas. Al verse España condenada, quedaron en libertad, entre otros autores de graves crímenes, decenas de condenados por terrorismo a los que se les imputaron centenares de asesinatos y atentados. Se había producido un cambio de interpretación en el TS destinado a evitar que, como consecuencia de determinada aplicación de reducciones de pena, un terrorista condenado a centenares de años de cárcel acabara en libertad tras cumplir quince. Esto producía asombro y rechazo en la ciudadanía, al pasar a convivir en pequeñas poblaciones los asesinos con familiares de las víctimas. El problema, una vez más, gira en torno a una variante hermenéutica y no a un cambio normativo: pasó a entenderse que las deducciones habrían de operar sobre el global de la pena impuesta y no sobre el tiempo máximo de cumplimiento efectivo previsto.

Si hemos hablado más de *auctoritas* que de *potestas* es por la situación — aún en España inmadura— de los procedimientos de ejecución de las

⁵ Interesantes los trabajos recogidos por Rodolfo Vigo en *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional México*, Porrúa, Universidad Panamericana, 2013.

resoluciones de Estrasburgo⁶. El Convenio atribuye dicha responsabilidad a los Estados parte, mientras el Tribunal se limita con frecuencia a fijar alguna obligada reparación por costas procesales o, si acaso, por daños morales. El problema surge porque el ordenamiento jurídico del Estado español no ha contemplado procedimientos específicos para ejecutar dichas resoluciones. El TC, por ejemplo, no encuentra por el momento apoyatura legal para anular sus propias sentencias. Solo en algún caso ha podido actuar por vía de amparo, entendiéndolo vulnerado algún derecho fundamental por la negativa del TS a revisar resoluciones firmes, para satisfacer la demanda de ciudadanos cuyos recursos a Estrasburgo prosperaron⁷. Posteriormente el propio TS intentó solventar la situación mediante un peculiar juego del recurso de revisión, que acabó siendo asumido por legislador.

Nos hallamos en realidad ante un enmarañado mapa del llamado *control de convencionalidad*, dada la necesidad de articular un triple escenario. Es preciso aludir a la dificultad de combinar con el propio el estándar mínimo europeo plasmado en la Carta de Derechos, así como la vinculación de las directivas comunitarias. Se ha puesto de relieve en España con la entrada en juego de la llamada *euroorden*, que sustituye a los trámites de extradición. El TEDH ha de respetar a su vez un *margen de apreciación* de los Estados.

A la hora de presentarse o no por un Estado *cuestión prejudicial* ante el TJUE, habrá de calibrar el juego del principio de *cosa interpretada*, que llevaría a descartarla. Por otra parte, las vías de ejecución de las sentencias de Estrasburgo han de combinar su intento de satisfacción del derecho vulnerado con la menos específica exigencia de medidas *pro futuro* al Estado vulnerador. En España, como hemos visto, resultará problemática la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional si no se producen reformas legislativas⁸.

⁶ Al respecto, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., *Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* «La Ley» (XXXV-8444), 18 de diciembre de 2014. Todo imita a pensar que es más eficaz la ejecución en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cfr. Herrería Cuevas, I. F., *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias* 2012, Ubijus, 2012, pp. 83 y ss.

⁷ Cfr. Fernández de Casadevante Romani, C. y Jiménez García, F., *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional* Madrid, Thomson, Civitas, 2006, pp. 54 y ss.

⁸ Significativo al respecto el Auto del Tribunal Constitucional español 3/1996, de 15 de enero, que desestima la posibilidad de dejar sin efecto sentencias propias

V. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Asunto distinto de esta vinculación al Convenio de Roma del Consejo de Europa son las consecuencias derivadas de la integración de España en la UE, cuyo número de Estados miembros es bastante inferior. En este caso entra en juego el TJUE radicado en Luxemburgo, que garantiza la primacía del derecho comunitario. Las Directivas de la UE, que se convierten en derecho interno de los Estados miembros, son interpretadas por ese Tribunal —como vimos— con no poca presencia de la Carta de Derechos Fundamentales; al menos entendiéndola como expresión de principios generales del derecho derivados de las culturas jurídicas de los Estados. No en vano en Maastricht el mismo artículo 6.2 del Tratado afirma que «la Unión Europea respetará los Derechos Fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario». En este aspecto el papel que juega el artículo 52.3 de la Carta⁹ será muy similar al ya mencionado del artículo 10.2 de la Constitución española.

La obligación de los jueces españoles de aplicar el derecho comunitario de modo preferente dará paso a una fórmula muy similar a la *cuestión de inconstitucionalidad*. Tendrán que plantear a Luxemburgo, a través de un control *concentrado*, una *cuestión prejudicial*¹⁰, si les surge alguna duda sobre la posible contradicción de una norma interna con el derecho comunitario.

recaídas en amparo por considerar que, una vez dictada sentencia, el Tribunal «ha agotado su jurisdicción respecto del recurso por ella definitivamente resuelto».

⁹ Sobre el particular, Bratza, N., *The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment*, en «The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law», The Hague, Court of Justice of the European Union / Asser Press-Springer, 2013, pp. 175 y ss.

¹⁰ Para Gil Carlos Rodríguez Iglesias, exPresidente del Tribunal de Luxemburgo, la «compétence préjudicielle est la pièce la plus importante du mécanisme judiciaire communautaire. Elle constitue en effet l'instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales qui rend possible une application décentralisée du droit communautaire reposant, néanmoins, sur une interprétation uniforme qui doit être assurée par la Cour de justice. En outre, il n'est pas difficile de constater que les développements jurisprudentiels les plus importants ont été réalisés par la voie d'arrêts préjudiciels et ils ont été souvent induits par les juridictions

En ese mismo contexto, se ha planteado en qué medida deberían también hacer lo propio los tribunales constitucionales de los Estados miembros. El TC se consideró durante años eximido de hacerlo, por entender que esas posibles dudas se movían en el plano de la legalidad, sin gozar en consecuencia de relevancia constitucional¹¹. Al fin y al cabo, el propio Tratado de la Unión en su artículo 277 sólo consideraba su planteamiento obligatorio para los tribunales internos de última instancia, y el TC no se consideraba tal. Se ponía así de relieve el alcance de la distinción a la que al comienzo aludimos entre los planos de legalidad y constitucionalidad.

VI. CRECIENTE PROTAGONISMO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE LUXEMBURGO

No hace mucho, sin embargo, el TC optó por plantear una primera cuestión prejudicial ante el TJUE¹², con ocasión del llamado caso *Melloni*; esto revela, una vez más, que el Tribunal de Justicia va cobrando creciente protagonismo¹³.

nationales par leurs questions». Considera en consecuencia «qu'il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un système de recours contre les décisions des juridictions nationales devant la Cour de justice, qui substituerait un rapport hiérarchique au rapport de coopération existant entre les deux branches du pouvoir judiciaire communautaire», *L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne*, en «The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law» (cit., nt 8), p. 46.

¹¹ De ello nos ocupamos en su día en *La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español* «Revista de las Cortes Generales» 2009 (76), pp. 117-133. Versión en polaco: *Zastosowanie prawa wspólnotowe-go jako kwestia dotycząca aktów prawnych podrzędnych wobec instytucji w hiszpańskim porządku prawnym* «Przełąd Legislacyjny» (Varsovia), 2010 (XVII, Nr 1, 71), pp. 51-63.

¹² Resuelta por Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013.

¹³ Para Teresa Freixes Sanjuán, «si la CEE y posteriormente la UE, se vieron obligadas a incluir los derechos fundamentales en los Tratados y respetarlos al elaborar sus normas o al ejecutar sus políticas, ello fue debido, en gran medida, a la acción protectora que al respecto adoptó el Tribunal de Justicia», *Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales* «Revista de Derecho Constitucional Europeo» 2005 (2/4), p. 47.

Recordemos que España es el país menos euroescéptico de la UE. A lo largo del tardofranquismo, Europa fue nuestro horizonte de cambio, a la espera de convertirnos en un país democrático igual que tantos otros de nuestro ámbito cultural y geográfico. Si a ello se añade la notable aportación económica posterior procedente de los fondos de solidaridad, lo que digan los organismos europeos es visto por el ciudadano con buenos ojos.

En realidad, la pertenencia a la UE implica —como es lógico— la existencia en la práctica de ámbitos de soberanía compartida. Esto hace entrar en juego un nuevo elemento que viene a complicar lo ya inicialmente apuntado. Se planteó, por si no fuera poco, la conveniencia de que la propia UE suscriba el Convenio de Roma. Se pretende acentuar que, más allá de una mera coordinación económica, se aspira a consolidar una mayor musculatura política.

Ya el 28 de marzo de 1996, en medio de un notable debate sobre si debería o no producirse esa vinculación de la Unión al Convenio del Consejo de Europa, el TJUE emitió un dictamen en el que consideraba imposible hacerlo, dada la propia normativa reguladora de la UE. No faltaron críticas sobre «la inevitable pérdida de credibilidad, interna y externa, de la CE como paladín de los derechos humanos»¹⁴.

El TEDH de Estrasburgo, mientras tanto, venía procurando evitar todo conflicto, dado que muchos de los problemas que se le planteaban eran suscitados por actos de los poderes públicos de Estados miembros de la Unión, ya vinculados todos ellos al Convenio de Roma. En más de una ocasión, esos poderes públicos actuaban, sin embargo, por imperativo del derecho comunitario europeo emanado de Bruselas. Se insiste, por una parte, en la conveniencia de que la propia UE suscriba el Convenio; mientras, por otra, Estrasburgo procuraba evitar problemas conflictivos, acudiendo a argumentos *ratione personae*—dado que la Unión Europea, como tal, no es parte en el Convenio— o a argumentos *ratione materiae*, indicando que en el problema concreto planteado no habría cuestión que dilucidar relevante para la aplicación del Convenio. Papel similar juega el recurso a la teoría de la *protección equivalente*, para evitar un control del derecho comunitario, al hacer necesaria la prueba en contrario.

¹⁴ Cuesta Civis, Y., *El Tribunal de Justicia y la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma: el dictamen 2/94* «Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas» 1999 (4/7) pp. 207-232.

Con el paso del tiempo se llega a determinar, con apoyo en el artículo 6.2 del Tratado de Lisboa del 2007, que la UE debe suscribir el Convenio de Roma en cumplimiento de sus propios Tratados¹⁵. Dentro de este proceso de crecimiento institucional —en el que está incluida España— esa futura adhesión cuenta con fundamento jurídico, por lo que el citado dictamen 2/94 debería considerarse aparcado. A la vez, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, ha acabado integrándose en los Tratados, cobrando eficacia plena inmediata para todo aquello que se refiere al derecho comunitario y a las relaciones entre los Estados miembros, de acuerdo a lo previsto en su artículo 51. Se entiende en esta Carta que el Convenio de Roma, en lo relativo a los derechos que incluye, se considera expresivo de un contenido mínimo de protección que la Unión Europea hace propio, sin renunciar por ello a mantener en determinados casos un nivel de protección superior.

En Estrasburgo no han faltado ciertas tensiones, porque se alteraría absolutamente el papel de los Estados parte que son miembros de la Unión Europea. Su entrada en los órganos colectivos obligaría a cambiar bastantes cosas. Se llegó a sugerir que la entrada de la UE exigiría que sus Estados miembros pasaran a ser solo a través de ella parte en el Convenio. En Bruselas parecía reinar cierta indiferencia, sin que se apreciara particular entusiasmo por quemar las etapas de ese proceso. A nadie sorprenderá que el Reino Unido se mostrará no poco reticente a esa adhesión¹⁶.

No parecía fácil hacer compatible esa presencia simultánea de la UE y de sus Estados miembros. Por ejemplo, cada Estado parte del Convenio de Roma aporta un juez; ello implicaría que el Estado al que pertenezca el juez aportado por la Unión contara con dos. Ya vimos el problema previsible cuando un ciudadano acuda a Estrasburgo planteando una situación conflictiva derivada de la aplicación del derecho comunitario europeo; habría que considerar codemandados al Estado miembro y a la UE a la vez. Se sugirió salvar la situación mediante la práctica de dar intervención a la

¹⁵ Asilo acordó el Consejo de la UE el 4 de junio de 2010.

¹⁶ «Concretamente la oposición de fondo a esta incorporación, aunque no se reconoce claramente, proviene del Reino Unido, aunque detrás de él le siguen otros países, igualmente recelosos», afirma en *Pasado y futuro de las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea* el exComisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, en «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea» Madrid, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, p. 36 en soporte informático.

Comisión por invitación del TEDH como tercero en virtud del artículo 36 del Convenio. No faltaron reuniones, dentro del ámbito del famoso *diálogo entre tribunales*.

Ello explica que el Protocolo n° 8 estableciera que el Acuerdo de adhesión deberá cumplir determinados requisitos, dirigidos fundamentalmente a que se refleje la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y a que se garantice que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones.

La Comisión, que cree satisfactoriamente concluidas las negociaciones el 5 de abril de 2013, se dirige el 4 de julio del mismo año al TJUE solicitando dictamen sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo con el derecho de la Unión. El nuevo y tajante dictamen del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, resalta algunas notables consecuencias que, entre otras, derivarían de la firma del Convenio de Roma.

El Convenio obligaría a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, al convertirse en parte integrante del Derecho de la Unión. Esto sometería a la UE a un control externo, con intervención de países ajenos a ella, mientras que la interpretación dada por el TJUE de Justicia a un derecho reconocido por el Convenio no vincularía al Tribunal de Estrasburgo.

El proyecto de acuerdo considera a la UE como un Estado más, sin tener en cuenta que sus Estados miembros, en las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias, han asumido que sus relaciones se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión de cualquier otro.

El Convenio exige que cada Estado miembro verifique el respeto de los derechos fundamentales por parte de los demás, mientras que el Derecho de la Unión se basa en la confianza mutua entre sus Estados miembros.

Igualmente, el Protocolo n° 16 del Convenio plantea que los órganos judiciales de mayor rango de los Estados miembros puedan dirigir al TEDH opiniones consultivas, que podrían inhibir el planteamiento de las ya vigentes cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE o entrar en colisión con ellas.

Por si fuera poco, los Estados miembros de la UE se han comprometido a no someter sus posibles controversias a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados. La entrada en juego del nuevo control externo afectaría a la competencia exclusiva del TJUE para cono-

cer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relacionado con el cumplimiento del Convenio.

Tampoco sería compatible con el Tratado de la UE la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una supuesta violación del Convenio cometida por uno de ellos. En el caso de que tanto la Unión como un Estado miembro se vean considerados codemandados por un recurso individual, el TEDH se vería obligado a juzgar sobre las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, siendo sus resoluciones vinculantes para una y otro.

Por estas y otras razones, el TJUE concluye que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión.

VII. DEL DIÁLOGO A UN SOLO DE TRIBUNAL

No mucho antes el TC, rompiendo con su trayectoria habitual, plantea por vez primera una cuestión prejudicial al TJUE. Como consecuencia del garantismo hacia los derechos que caracteriza a la Constitución española de 1978, cuando se planteaba un problema de extradición se exigía que, si se trataba de una persona condenada *in absentia* —situación en Italia nada infrecuente—, su extradición por España quedara condicionada al compromiso del Estado receptor a repetir el proceso en el que se había condenado a ese ciudadano, estando ahora personalmente presente.

Al surgir la norma europea que configura la *euroorden*, se elimina en su ámbito de aplicación la figura de la extradición entre Estados. Se entiende que dentro los de la UE se justifica un mutuo reconocimiento: cualquier tribunal ordinario podrá reclamar la presencia de un ciudadano situado en otro país de la Unión. Se trataría, por tanto, del equivalente a una extradición sin condiciones.

Siguiendo doctrina constitucional, los tribunales españoles habían emitido sentencias negando la posibilidad de extraditar a Italia sin el citado compromiso previo; de ahí que el TC, que ha debido atender recursos de amparo al respecto, optara por plantear al TJUE una cuestión prejudicial. En ella se preguntaba en primer lugar, si esa norma comunitaria cumple las exigencias del derecho a un debido proceso, que la propia Carta Europea de Derechos Fundamentales establece. La respuesta afirma que la norma cumple esas condiciones siempre que se respeten determinados requisitos:

que al ciudadano en cuestión se le haya citado al proceso y tenga conocimiento del día y el lugar en que se va a celebrar la audiencia; igualmente, que haya dispuesto de un abogado que le defienda de manera efectiva, nombrado por él mismo o en su defecto por el Estado.

El TC planteaba, en segundo término, si la sobreprotección hasta ahora exigida por España, condicionando la entrega a la repetición del proceso, era o no compatible con la doctrina europea. La respuesta del TJUE fue que no es compatible; no cabe ampararse en la propia Constitución de un Estado miembro para negarse a entregar a un ciudadano por esa exigencia adicional¹⁷. Resulta curiosa la situación, porque la Carta Europea de Derechos Fundamentales insiste precisamente en que nada de lo que contiene puede entenderse como una limitación del nivel actual de protección de los derechos en los Estados signatarios. Sin embargo, para el TJUE, las Directivas europeas no admiten en modo alguno condicionamientos de ese tipo, que afectarían a la primacía del derecho comunitario.

En contexto similar se están planteando problemas en otros países, al verse obligados sus tribunales constitucionales a equiparar su sistema de protección de los derechos humanos con el presente en el derecho comunitario. Por ejemplo, los Magistrados del Tribunal Constitucional austríaco, en visita a sus colegas del TC, expusieron situaciones que les habían llevado a formular una cuestión prejudicial a Luxemburgo. La causa era la existencia de una Directiva europea que establecía diversas obligaciones a las empresas de telecomunicaciones, para conservar los datos de los intercambios que transmiten. Se exige a estas empresas conservarlos hasta dos años; tanto quién ha emitido la información como quién la ha recibido, incluyendo fechas y otros extremos; todo ello para facilitar la persecución de delitos graves.

En el caso español se entiende por delitos graves aquellos a los que puede aplicarse una pena que supera el mencionado plazo de dos años, mientras en el caso austríaco se considera ya delito grave el que implica pena de un año o más. Como consecuencia, el volumen de información que habían de conservar dichas empresas era enorme, así como muy problemática la garantía de que no se llegase a afectar a la intimidad de los ciudadanos de modo indiscriminado. El TJUE acabó obligando a rectificar la directiva comunitaria.

¹⁷ La STC 26/2014, de 13 de febrero ampara, en consecuencia, al recurrente. En el anexo final se recoge uno de los votos particulares, del que fui autor.

VIII. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN PELIGRO DE MORIR DE ÉXITO

Añádase a todo ello que el TEDH se encuentra ante el mismo problema ya detectado en el TC: morir de éxito. El número de demandas presentadas es excesivo. En este momento existen 150.000 sin resolver y suelen encontrar solución unas 50.000 al año. Esto ha llevado a una situación de colapso, que explica que en el año 2004 se elaborara el llamado Protocolo 14, que se añadió al Convenio de Roma; acabaría siendo ratificado con las necesarias firmas sucesivas en el año 2010. En este Protocolo se establece la figura de un juez único, para la inadmisión de recursos; por dicho cauce, desde 2010 han llegado a inadmitirse 50.000. Igualmente, las demandas consideradas repetitivas, por referirse a aspectos sobre los que ya existe doctrina consolidada por el Tribunal de Estrasburgo, son ahora resueltas en trámite de admisión por tres jueces, como ocurre con las presentadas ante el TC.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo 14, se ha considerado todavía necesario buscar nuevas fórmulas. De ahí la Declaración de Brighton en el año 2012, en la que el plazo para presentar las demandas, en vez de ser de seis, se rebaja a cuatro meses. Se sugiere también, entre otras posibles medidas, un criterio que se ya venía utilizando para eliminar recursos: la *inexistencia de un perjuicio significativo*. En los casos de inadmisión estaría vinculado a que el asunto hubiera sido tratado con anterioridad por algún tribunal interno de un Estado miembro. Ahora, se propone que dicho criterio entre en juego sin que sea siquiera necesario que haya habido ese previo conocimiento por un tribunal nacional.

No se llegó a admitir otra de las sugerencias planteadas: establecer un plazo para la resolución de los recursos, de manera que caducaran si se supera; dentro siempre de un intento desesperado de achicar la tarea pendiente. Como ya habíamos visto antes, entra aquí también en juego el carácter *subsidiario* del Convenio de Roma y la consiguiente obligación de los jueces de respetar un *margin de apreciación* por parte de los Estados miembros.

Este aspecto se ha mostrado particularmente relevante; valga como ejemplo la sentencia *Lautsi contra Italia*. Una ciudadana de origen finlandés acude a Estrasburgo para que se prohibiera la presencia de crucifijos dentro de las escuelas públicas, por entender que eso está afectando negativamente a su hijo. La Sala del Tribunal de Estrasburgo que conoció del asunto decidió, por unanimidad, que era contraria al Convenio la presencia de los crucifijos. El gobierno italiano recurrió a la Gran Sala, con el apo-

yo de una veintena de países, Rusia incluida y España ausente. La Gran Sala anuló la sentencia anterior, al estimar que el margen de apreciación de los Estados justificaría en este caso —dada la cultura italiana— la presencia de crucifijos en las aulas; sobre todo, entendiendo que se trata de un símbolo religioso no agresivo, que no implica un adoctrinamiento de los alumnos¹⁸. Esto nos da, una vez más, idea de en qué medida el juego interpretativo de la tarea judicial no tiene mucho que ver con silogismos. Dentro del mismo Tribunal y con diferencia de meses, se aportan —pasando de la unanimidad a una notable mayoría— soluciones absolutamente contradictorias.

El peligro de morir de éxito se extiende también al propio TJUE, al multiplicarse las cuestiones prejudiciales; esto ha llevado a sugerir la posibilidad de descentralizarlas hacia tribunales especializados en derecho comunitario ubicados en los Estados miembros, más que a descargarlas hacia una jurisdicción comunitaria paralela¹⁹.

Se ha planteado también, como vimos, la posibilidad de que el TEDH emitiera opiniones consultivas, similares a las cuestiones prejudiciales o a las cuestiones de constitucionalidad²⁰. Se ha hablado de la posibilidad de elaborar un Protocolo facultativo, que los Estados que lo consideren de interés podrían firmar para facilitar así el juego entre un Tribunal y otro.

¹⁸ Sobre el particular nuestro trabajo *La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi*, en «Religión, racionalidad y política» Granada, Comares, 2013, pp. 157-162.

¹⁹ Gil Carlos Rodríguez Iglesias, tras señalar que «le système pourrait être victime de son succès, car le nombre d'affaires préjudicielles dont la Cour est saisie ne cesse d'augmenter», considera que «telles instances, spécialisées en droit communautaire, se trouveraient plus proches que la Cour de justice du système juridique national dans lequel doit s'inscrire la réponse aux questions posées. Elles fonctionneraient en outre dans les langues de l'État concerné, ce qui pénétrerait de maintenir l'accès le plus large des juges nationaux à la procédure préjudicielle», aunque reconoce que eso llevaría consigo un «risque de renationalisation de l'interprétation du droit communautaire», *L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne* (cit., nt. 8), pp. 46-47.

²⁰ Al respecto, Salinas De Frías, A., *Una historia de amor y desamor: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos» (cit., nt. 14), p. 21 en soporte informático.

IX. HACIA UN *IUS COMMUNE* EUROPEO

El TC estaría pues colaborando con otros, en el intento de ir generando un *ius commune* europeo²¹. Su objetivo consistiría en «ir consolidando los espacios de libertad y de ciudadanía, al mismo tiempo que convirtiendo a la Europa de los Tratados en una Europa constitucional y a la Europa de los Estados en la Europa de los ciudadanos»²². Se está llevando a cabo en un ambiente de no excesiva conflictividad, aunque no exento con frecuencia de situaciones paradójicas. Existen casos de sentencias aisladas que, dada la situación política de algún Estado miembro, provocan una situación peculiar. Así ha ocurrido tanto en el citado caso *Lautsi* en Italia como en España con el suscitado por la aplicación de la llamada doctrina *Parot*. Esto puede acabar despertando una particular sensibilidad de la opinión pública española hacia las resoluciones del TEDH, pero por el momento prevalece una situación razonablemente estable....

²¹ Sobre el particular, el interesante trabajo realizado en el Max Planck Institut de Heidelberg por Néstor Pedro Sagüés: *El «control de convencionalidad» en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo*, p. 32.

²² Freixes Sanjuán, T., *Derechos fundamentales en la Unión Europea* (cit., nt. 11), p. 63.

PENSAR EL TIEMPO PRESENTE

*Homenaje al profesor
Jesús Ballesteros Llompart*

TOMO I

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
ERNESTO VIDAL GIL
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ
VICENTE BELLVER CAPELLA
Coordinadores

tirant lo blanch

Valencia, 2018