

EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN PÚBLICO EUROPEO¹

JAVIER GARCÍA ROCA

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid
Letrado excedente del Tribunal Constitucional*

SUMARIO.-

- I. La interacción de las jurisprudencias sobre derechos y su análoga interpretación constitucional: una globalización jurídica.
- II. ¿A qué llamamos «diálogo» entre el TEDH y los tribunales nacionales?.
- III. Conclusiones.

I. LA INTERACCIÓN DE LAS JURISPRUDENCIAS SOBRE DERECHOS Y SU ANÁLOGA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: UNA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA

Trataré de mostrar tres cosas en este epígrafe: la interacción de las jurisprudencias constitucionales y europea sobre derechos; la existencia de una análoga interpretación constitucional en el espacio europeo; finalmente, la construcción de un *ius commune* que facilita el diálogo judicial.

¹ Este artículo se inserta en un I+D que he dirigido como Investigador Principal «*El diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos*», período 2008-2011 (referencia: DER2008-06390-C04-01/JURI), es asimismo fruto de las reflexiones surgidas en varias conferencias y coloquios: Seminario con motivo del período ordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bogotá (Colombia), 29 de agosto de 2011; Universidad de Bolonia, Seminario «*CEDU e ordinamento nazionali. Le esperienze di Spagna e Italia*», 13 de octubre de 2011; *Devolution Club, Associazione per il dialogo costituzionale, Assemblée Annuale, Bolonia*, 3 de diciembre de 2011; y seminario del Instituto de Derecho Parlamentario (UCM), 23 de febrero de 2012.

1.- Mis razonamientos arrancan de un largo proceso de investigación colectiva sobre los sistemas europeo y americano de derechos humanos impulsado por *tres I+D* sucesivos de los que he sido investigador principal. Pero, para advertir el fenómeno del que ahora me ocupo, ha sido decisiva la elaboración, desde 1998 y por un amplio equipo, de unas *crónicas sobre derechos fundamentales* según las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH), el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, publicadas por la revista *Justicia Administrativa*. Últimamente hemos sumado la del Tribunal de Justicia de la Unión que aplica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en su interrelación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, CEDH), y ya no sólo las cuatro libertades clásicas del mercado único². Esta paciente labor me ha permitido advertir el complejo fenómeno, aún de difícil caracterización, que es el diálogo entre altos tribunales con competencias para la interpretación de los derechos: una verdadera concurrencia o «unión de jurisdicciones». La evidencia de la interacción entre sus jurisprudencias es el punto de partida sin el cual no puede comprenderse cuanto sigue, pero claro está detallar ahora con centenares de ejemplos los contenidos de ese diálogo haría materialmente imposible cualquier reflexión ulterior de carácter más general. Por lo demás, esa labor sería redundante pues está ya en buena medida hecha en esas crónicas a las que reenvío.

La relación entre los cuatro tribunales mencionados permite visualizar que los sujetos del diálogo jurisdiccional sobre los derechos europeos son a menudo varias partes: el diálogo no siempre es *bilateral* en vez de, frecuentemente, *multilateral*. La situación de una diversidad de tribunales con competencias es uno de los puntos de partida.

La sujeción de la Unión a la jurisdicción de la Corte de Estrasburgo mediante su *adhesión* al sistema del *Convenio* tendrá además una eficacia transformadora en un sentido cada vez más unitario e integrador de los derechos, modificando la misma comprensión del CEDH³. Todo ello es de esperar refuerce la posición del Convenio en los ordenamientos jurídicos implicados y consolide la creación de un espacio europeo sobre derechos

2 Se habla en la Unión Europea de que se está desarrollando rápidamente una *Grundrechtsgemeinschaft* «and a new wave of judicial constitutionalism activism» incluso tras el fallido tratado constitucional, CARTABIA, M:»Europea and rights. Taking dialogue seriously» en *European Constitutional Law Review*, 2009, vol.5, págs. 5-31, quien concibe el diálogo como un antídoto de la homogeneización o estandarización de los derechos, frente al «colonialismo judicial», y explica el uso de la CDFUE por el TJ que cree ha producido un efecto legitimador del Tribunal y otro efecto hermenéutico.

3 La adhesión de la Unión al CEDH se convirtió en una obligación en virtud del Tratado de Lisboa (artículo 6.2). Ofrece una base legal el artículo 59. 2 CEDH, tal y como fue enmendado por el Protocolo 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010, y permite dicha adhesión. El Comité de Ministros del Consejo de Europa dio un mandato al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH en inglés) para elaborar los documentos necesarios, quien a su vez delegó en un Grupo informal de trabajo (CDDH-UE) de 14 personas (7 procedentes de Estados miembros de la Unión y 7 de otros Estados); en el lado de la Unión, la Comisión Europea recibió un análogo mandato. El Grupo de trabajo (CDDH-UE) sostuvo varias reuniones con la Comisión y con representantes de la sociedad civil y sometió al Comité Directivo un borrador sobre la adhesión —CDDH-UE(2011)16— junto a un informe complementario. La CDDH consideró el pasado 14 octubre de 2011 los resultados del Grupo y un borrador de instrumento —CDDH (2011)009— fue transmitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Después de que la Asamblea Parlamentaria y los dos tribunales europeos hayan dado su opinión sobre los instrumentos, se requerirá la aprobación por parte del Comité. La Unión se adherirá al CEDH cuando el acuerdo de adhesión haya entrado en vigor lo que requiere la ratificación de todos los Estados miembros así como de la Unión. Puede no ser sencillo.

en tres niveles jurisdiccionales que deben estar exentos de contradicciones: uno doméstico, en los peldaños judicial y constitucional, otro convencional, y un tercero de la Unión.

En este sentido y como ejemplo, puede decirse que el Consejo de Estado⁴ y la Corte Constitucional⁵ italianos han vencido recientemente algunas de sus viejas reticencias y han comenzado a aplicar directamente el CEDH, ya no sólo como mero parámetro con un valor interpretativo de las normas constitucionales y legales. Pasando de la tradicional consideración estática del Convenio Europeo como tratado con rango de ley y *norma interposta* que impulsa una interpretación conforme —sin abandonarla—, y de la distinción entre los efectos directos del Derecho Comunitario y los indirectos del CEDH, a la comprensión de que los derechos del sistema del Convenio devienen en ocasiones Derecho directamente aplicable (permitiendo una declaración de inconstitucionalidad por omisión) a través del artículo 6 del Tratado de Lisboa.

Insistiré en que la mejor manera para advertir hasta qué punto estas jurisprudencias se relacionan en una suerte de diálogo o intercambio judicial (*judicial exchange*) no es otra que su seguimiento habitual. Un sólido basamento para establecer enunciados generales a partir de numerosas doctrinas comunes mediante un *método inductivo*. Este trabajo de campo entraña una pesada carga de la que hoy no puede liberarse al jurista europeo. Pese a que esta afirmación reste algo de valor a mi diferente aproximación metodológica, deliberadamente no será ese el camino que seguiré. Trataré de esbozar una construcción sistemática, sentando con un *método deductivo* unas premisas que nos permitan alcanzar una visión global del fenómeno. Pues me parece muy necesaria una carta de navegación en un océano de sentencias, por más que sea todavía una *construcción débil*.

4 Vid COLAVITTI, G y PAGOTTO, C: «Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso. Nota a sent. 2 marzo 2010, n. 1220» en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti* <http://www.rivistaaic.it/articolorivista>.

5 La importante *sentencia* n° 113, año 2011, de 4 de abril, de la *Corte Costituzionale* declara una inconstitucionalidad por omisión al estimar una cuestión de inconstitucionalidad que suscitaba la adecuación al artículo 117 de la Constitución italiana, sobre la conformidad de la legislación interna a los vínculos derivados de obligaciones internacionales, y al artículo 46 CEDH, sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias, reforzada tras la modificación por el Protocolo 14, del artículo 630 del código de procedimiento penal en la parte en que no prevé un motivo de revisión de sentencias firmes declaradas contrarias al sistema del Convenio. La Corte admite la importancia de la *restitutio integrum* y del derecho a un debido proceso y declara que la ausencia de un remedio legal apropiado a tales fines es inconstitucional; reseña su jurisprudencia desde 2007, considerando que el CEDH integra el parámetro constitucional expreso en el artículo 117 como «*norma interposta*»; y deja al legislador libertad para conformar un recurso de revisión u otro recurso análogo que permita reabrir los procedimientos, recordando la Recomendación R (2000)2 del Comité de Ministros. Recordemos que tampoco existe ese recurso todavía en España. Pero ya en la *sentencia* n° 93, año 2010, de 18 de marzo, ante otra cuestión de inconstitucionalidad, había hecho una interpretación del artículo 117 de la Constitución *secundum conventionem*, colocando el CEDH (artículo 6) en un nivel subconstitucional y frente a una ley de 1956 en la medida en que permitía dictar, sin audiencia pública, medidas provisionales sobre personas peligrosas para la seguridad y moralidad públicas. Relevantes son también las *sentencias* 348 y 349, año 2007, de 22 de octubre. En la 349 se sostuvo que, ante la falta de una previsión constitucional expresa sobre el CEDH, no se coloca a nivel constitucional y no permite al juez ordinario inaplicar la ley, pero tiene un «valor interpretativo» tanto respecto del parámetro constitucional como de las normas legales cuestionadas, lo que reclama una interpretación conforme al Convenio.

2.- La interpretación de los derechos fundamentales realizada actualmente por el TEDH es, en esencia, una *interpretación constitucional*⁶. Es una consecuencia lógica tanto de la naturaleza constitucional de la materia, pues los derechos son parte del concepto sustancial de constitución según el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como de las herramientas propias de una tutela jurisdiccional a instancias de verdaderos titulares de derechos. Esta dimensión constitucional de una protección internacional se ha reforzado mucho, después de la entrada en vigor del Protocolo 11, con el acceso directo de las víctimas mediante un recurso de amparo europeo.

El Tribunal Europeo maneja una interpretación *more constitutionalis* y no sólo una interpretación internacional conforme a las tradicionales reglas para la interpretación de los tratados de la Parte Tercera de la Convención de Viena de Naciones Unidas de 1969⁷; como suele ocurrir, la *lex specialis*, su naturaleza de verdaderos derechos, prima sobre la *lex generalis*: su forma de tratado multilateral. Estamos ante una operación hermenéutica e interpretación de los derechos, basada en una ponderación de diversos intereses públicos y privados, en torno a concretos conflictos subjetivos, mediante motivaciones y exégesis que adquieren una eficacia abstracta y general y se adhieren a las disposiciones del Convenio. Del mismo modo que ocurre con las jurisdicciones constitucionales con las que el Tribunal Europeo inevitablemente dialoga. Las normas reconocedoras de los derechos en

6 Puede corroborarse esta afirmación en Javier GARCÍA ROCA: «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, págs. 37-82; y «El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo» en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, P (coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 2ª ed., págs. 25-53. CANOSA, R: «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos» en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, GARCÍA ROCA, J y FERNÁNDEZ, P. A. (coord.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 79-112. QUERALT, A.: «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH» en *Integración europea...*, op. cit., págs. 229-255. BRAGE, J: «Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales por el Convenio Europeo de Derechos Humanos» en *Integración europea...*, op. cit., págs. 113-145. Así como en los numerosos estudios doctrinales sobre el principio de proporcionalidad. En Iberoamérica puede leerse NOGUEIRA, H: *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Ediciones Legales, Perú, 2009.

7 Estimo que los principios, importantes pero muy genéricos, recogidos en la Convención de Viena (artículo 31 a 33) son manifiestamente insuficientes para hacer operativa una jurisdicción sobre derechos, su tutela judicializada demanda de otros criterios complementarios y más específicos; como siempre en Derecho la *lex specialis* prima sobre la *lex generalis*: el Derecho de los derechos humanos, sobre el Derecho de los tratados. Basta con enumerarlos para advertir su insuficiencia: observancia de los tratados (*pacta sunt servanda*), irretroactividad y territorialidad, aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, interpretación de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos así como teniendo en cuenta su objetivo y fin y el contexto, el valor a tal efecto de los preámbulos y anexos y de los acuerdos entre las partes y sus intenciones, la presunción —de nada fácil cumplimiento— de que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico en diversos idiomas un igual sentido. DRZEMCZEWSKI, A. («The sui generis nature of the European Convention on Human Rights» en *International and Comparative Law Quarterly*, enero, 1980, nº 29, págs. 57-58) pronto expuso, reseñando la jurisprudencia, que ni la Comisión ni la Corte estaban necesariamente ligados a confinar su interpretación, de manera restrictiva, sobre «what were considered by the States parties to be acceptable standards at the time of coming into force», por el contrario, «the Convention provisions must be interpreted objectively»; y concluye que el CEDH no puede ser interpretado como otros tratados multilaterales de carácter sinalagmático (p. 62). El TEDH no ha descendido demasiado en detalles sobre sus criterios de interpretación pero ha extraído del preámbulo algunos principios.

el sistema convencional europeo, al igual que en las declaraciones constitucionales, se engastan en supuestos de hecho que modifican y a veces transforman el propio contenido de las disposiciones al modo de un derecho viviente (*diritto vivente*). Tenemos pues unos juicios materialmente semejantes en las sedes constitucionales y en el sistema del Convenio. La existencia de una análoga interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común desde el que edificar un espacio de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo. El Convenio no puede ser interpretado como un tratado más por su muy específica naturaleza.

Medio siglo después de la erección del sistema, el TEDH ha acabado por realizar unos enjuiciamientos a través de unos *estándares y principios* que son con frecuencia análogos a los que emplean las distintas *jurisdicciones constitucionales*: juicio escalonado de proporcionalidad, revisión de las interferencias válidas como medidas necesarias en una sociedad democrática, interpretación evolutiva y sociológica de acuerdo con las condiciones de vida actuales, antiformalismo y protección real y efectiva (derechos no teóricos e ilusorios), tolerancia y principio democrático (*open minded societies*), Estado de Derecho o *Rule of Law*, etc. Para poder resolver los amparos europeos con autoridad, el Tribunal de Estrasburgo no ha interpretado el Convenio en el vacío ni desde un solipsismo sino que ha leído los objetivos y fines fijados en el preámbulo del CEDH, y ha mirado a su alrededor con complicitad, buscando aliarse con otros tribunales internacionales o constitucionales que efectúan juicios y argumentaciones semejantes⁸.

Actuando de este modo, el TEDH se aleja en parte de la lógica de la Convención de Viena que concede especial relevancia a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la celebración del tratado para desvelar la oscuridad o ambigüedad de un precepto. Difícilmente los trabajos preparatorios hubieran imaginado algunas de las evoluciones de la expansiva jurisprudencia que emana de Estrasburgo. Como gusta recordar a algunos británicos euroescépticos, si el Reino Unido hubiera sabido lo que suponía realmente el Convenio Europeo, no lo habría ratificado... Un reproche no menos habitual entre los detractores de las jurisdicciones constitucionales.

El Convenio opera como la principal norma de referencia para todos los problemas sobre derechos humanos que no pueden ser resueltos con puros remedios constitucionales, y se sitúa entremedio de los sistemas nacionales de derechos y el sistema universal, esto significa que el TEDH debe mantener una doble perspectiva: mirar hacia abajo y armonizar las soluciones de los Estados, y mirar hacia arriba y tratar de armonizar su jurisprudencia con las soluciones universales, pero la primera es la perspectiva primordial y debe hacerse dialogando con los tribunales constitucionales o supremos⁹. Cooperar y dialogar con los órganos judiciales de los Estados miembros es un requisito para la efectividad del sistema y una de las misiones principales del Tribunal Europeo¹⁰.

8 Vid GARLICKI, L, Magistrado del TEDH: «Universalism v. regionalism? The role of supranational judicial dialog» en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, GARCÍA ROCA, J, FERNÁNDEZ, P. A, SANTOLAYA, P y CANOSA, R (coords.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 65-107.

9 Idem, epígrafes 6 y 7.

10 Idem, epígrafes 11, 14. CARTABIA, M: op. cit., pág. 23, recuerda que los jueces, y en primer lugar los tribunales constitucionales expresan las voces de las constituciones nacionales (*viva vox constitutionis*) como privilegiados intérpretes.

El Convenio Europeo es un *tratado sui generis*¹¹, ya que, teniendo cuerpo de «trato-do», alberga alma de «*instrumento constitucional del orden público europeo*»¹². Unas palabras con las que la Corte de Estrasburgo gusta precisar su función y objetivos. Una doble naturaleza muy específica de las que se extraen importantes consecuencias, entre otras, el sistema va mucho más allá de un esquema de reciprocidad entre los Estados y de solución de asuntos individuales, para instaurar «una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas» garantizados colectivamente¹³; y tiene como objetivo ser un Derecho directamente aplicable en los ordenamientos internos, aunque a menudo no directamente ejecutable (*legally binding but non-self-executing*)¹⁴.

Algunas importantes diferencias existen con la interpretación propia de las jurisdicciones constitucionales a causa de lo que es una *protección internacional* fundada en el consentimiento de los Estados. Así entre las diversas manifestaciones que el *principio de subsidiariedad* ha obligado a construir en Europa está la imprecisa doctrina del llamado *margen de apreciación nacional*¹⁵. Por más que el Consejo de Europa tenga también entre sus objetivos alcanzar «una unión más estrecha», como recuerda el preámbulo del CEDH. Esta herramienta multiusos en manos del TEDH que es el margen ha dado soporte a una diplomática *deferencia internacional* que no existe en los tribunales constitucionales ni se practica por ellos del mismo modo respecto de los órganos judiciales domésticos. No obstante, no podemos olvidar que se debate igualmente en el Derecho Procesal Constitucional sobre el alcance de la *deferencia y autocontención (self-restraint)* que debería practicar el intérprete supremo de la Constitución respecto de las decisiones de estricta legalidad de las distintas salas de los tribunales supremos, que son igualmente superiores en sus

11 DRZEMCZEWSKI, A: «The sui generis nature of the European Convention on Human Rights», op. cit., tempranamente razonó: «Reliance upon the traditional international law concept of nationality is also unnecessary. Thus, although constructed upon tenets of traditional treaty law, the Convention law transcended the traditional boundaries drawn between international and domestic law. In short, the Convention is *sui generis*» (p. 54); y recuerda que, ya en el recurso N° 5310/71, el Informe de la Comisión, de 25 de enero de 1976, afirmó: «the ties of solidarity which the States parties intended to create between themselves with a view to establishing a European public order» (p. 56). «It is a treaty in form rather than a treaty in substance» (p. 61). El TEDH califica hoy con frecuencia al CEDH como «a constitutional instrument of european public order».

12 Cfr MEZZETTI, L e MORRONE, A (coords.): *Lo strumento costituzionale dell' ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Giappichelli, Turín, 2011. Sobre las consecuencias de esta calificación puede verse Javier GARCÍA ROCA, F: «El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo» en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., págs. 25 a 53. También GARCÍA JIMÉNEZ, E: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, epígrafe «El Convenio y el orden público europeo», págs. 33 y ss.

13 Así se dice desde el temprano *Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, § 239, donde el Gobierno demandado pretendió eludir su responsabilidad y pidió que el TEDH declinara su competencia, invocando jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aduciendo que ya había reconocido la infracción del artículo 3 CEDH.

14 Un planteamiento tradicional en el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, parte segunda, «Algunas reflexiones sobre el papel del Consejo de Europa en la construcción europea».

15 GARCÍA ROCA, J: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson-Reuters, 2010.

respectivos órdenes judiciales¹⁶. Tutela constitucional de derechos fundamentales y casación no son funciones idénticas.

La similitud de las normas reconocedoras de derechos en los diversos parámetros de enjuiciamiento —constitucional, convencional y de la Unión—, así como la homogeneidad de los mecanismos de tutela jurisdiccional, permiten pensar en una *lingua franca* en el universo de los derechos y en un constitucionalismo europeo. Pero, a la par, la idea del diálogo está ligada al pluralismo y al multiculturalismo¹⁷. En esta europeización de los derechos, la doctrina científica debe jugar un papel importante, al igual que ocurrió con la erección del *ius commune* en las universidades medievales italianas y su posterior expansión por Europa¹⁸. La situación es semejante con la Convención Americana de Derechos Humanos. Un fenómeno no menos relevante que esa otra globalización que se deriva de la liberalización y contracción en el tiempo y en el espacio de los mercados de capitales, pero mucho menos peligrosa, pues no conlleva una peligrosa desregulación global al superarse el ámbito normativo de los Estados. El Derecho común de los derechos, a la búsqueda de unos principios y reglas comunes y de un fundamento no menos común, no impide el *iura propria*. El jurista europeo intenta hacer compatible la identidad europea y la nacional, dos culturas jurídicas, por más que las historias constitucionales nacionales ya no puedan ser explicadas sino como parte de la historia europea del Derecho¹⁹. La tutela internacional de los derechos añade a la dignidad de las personas y de los grupos y al libre desarrollo de su personalidad y nada les quita en la medida en que completa la protección doméstica y concurre en sus funciones de tutela de acuerdo con un *principio de complementariedad*. Una universalización de la cultura y el lenguaje de los derechos humanos en la comunidad de los juristas y una unión de los tribunales que arranca de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de otras fuentes comunes.

16 Un caso que creo ilustra la necesidad de la jurisdicción constitucional de practicar una deferencia con la jurisdicción ordinaria, es el debate acerca de la interpretación más adecuada de la interrupción de la prescripción de los delitos, ligada al derecho fundamental a la legalidad penal, y la «subsiguiente guerra entre las Cortes». Una controversia acerca de si el supremo intérprete de la Constitución debió probablemente restringirse en la *STC 63/2005, de 14 de marzo* y, sobre todo, en la *STC 29/2008, de 20 de febrero*, aplicando una razonable deferencia en interpretaciones de legalidad con la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. De admitirse que ambas exégesis de la prescripción eran legalmente posibles y superaban un juicio de proporcionalidad, sin intentar un juicio de razonabilidad comprendido como de oportunidad técnica. Puede verse GARCÍA ROCA, J: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional*, Porrúa, Méjico, 2009, epígrafe «El conflicto con algunas Salas del Tribunal Supremo», págs. 111.

17 «Globalization challenges the world's legal cultures to find ways to work together», frente a la autarquía o el aislacionismo, concluye KOCH, Ch: «Judicial dialogue for legal multiculturalism» en *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25: 1, pág. 879, quien defiende la herramienta «to illustrate the value of judicial dialogue in coming to grips with legal multiculturalism».

18 Me he ocupado del asunto en GARCÍA ROCA, J: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, op. cit., epígrafe «La teoría europea de los derechos fundamentales como un Derecho común», págs. 44-63. Recientemente, entre otros muchos, WEBER, A: «A la búsqueda del jurista europeo» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 93, 2011, págs. 11-23, quien recuerda la expansión de la labor de la escuela de Bolonia por la posterior *translatio imperii* de la idea de la Roma clásica al Sacro Imperio Romano Germánico (p. 13-16). Puede verse asimismo ROCA, M. «La recepción del *ius commune* por el Tribunal Superior del Sacro Imperio Romano Germánico» en *e-Legal History Review*, n° 10, 2010.

19 WEBER; A op. cit., pág. 15-16, con apoyo en decisiones del Tribunal Constitucional Federal.

II. ¿A QUÉ LLAMAMOS «DIÁLOGO JUDICIAL» ENTRE EL TEDH Y LOS TRIBUNALES NACIONALES?

Formularé una docena de proposiciones que creo contribuyen a caracterizar este fenómeno, unas verdades o partes del discurso de cuya validez intentaré convencer mediante la argumentación.

1.- *La ambigüedad de la noción y su justificación: el constitucionalismo en red y la universalidad de los derechos.* La idea de «judicial dialogue» es una noción bastante imprecisa²⁰, está repleta de intuiciones y puede que no sea todavía una verdadera categoría jurídica en vez de una simple noción²¹, y otro tanto ocurre con la de «transjudicial communication»²² de la que tiende a diferenciarse como especie. Pero, paradójicamente, esta *ductilidad* me parece la principal virtud de la idea de cara a ser aceptada por las muy diversas culturas jurídicas de nada menos que 47 Estados sometidos a la jurisdicción del TEDH: ante un colectivo tan amplio y plural puede ser bueno no detenerse demasiado en los detalles. Una construcción dúctil puede tener indudables ventajas en un escenario de pluralismo constitucional. Recordemos p. ej. que la genial y decisiva intuición de Rudolf Smend sobre la idea constitucional de integración está apenas esbozada en su obra, lo que haría enfiurecerse a Kelsen en un interesante debate metodológico. Las razones de Kelsen señalando la ambigüedad de la construcción eran poderosas, pero la idea de integración ha sobrevivido a ambos pues expresa una tozuda realidad: cualquier «integración» puede comprenderse como una forma específica de «asociación»²³. El diálogo judicial es una noción válida precisamente por el rico pluralismo de los ordenamientos europeos y la si-

20 Vid TORRES, A: *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*, Oxford University Press, 2009, Part III, «Judicial Dialogue», págs. 95-141, especialmente «Dialogue in the European Union. A variety of claims», págs. 106 ss. También Laurence BOURGOGNE-LARSEN: «La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial» en *Derecho Constitucional Europeo*, UGARTE-MENDÍA, J.I. y JAÚREGUI, G (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 41-76; allí mismo puede leerse, JIMENA, L: «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales constitucionales en la Unión Europea?», págs. 285-317 y TORRES, A: «En defensa del pluralismo constitucional», págs. 155-178.

21 Debe revisarse la crítica de Giuseppe de VERGOTTINI: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, con prólogo de Javier GARCÍA ROCA, el profesor italiano califica el diálogo como «Un lugar común difundido pero científicamente discutible», págs. 31 y ss.

22 Cfr Anne Marie SLAUGHTER: «a typology of transjudicial communication» en *University of Richmond Law Review*, 1994, nº 99, págs. 99-137.

23 Cfr Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, original en alemán de 1928. Hans KELSEN: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos, Madrid, 1997, original en alemán de 1930. Recientemente, Dieter GRIMM: «Integración por medio de la Constitución: propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización» en *Teoría y realidad constitucional*, nº 15, 2005, págs. 56-69, quien recordaba —desde su escepticismo sobre el tratado constitucional— que la integración no se desarrolla en el plano normativo sino de los hechos. Entre nosotros, entre otros, Pablo PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, Capítulo 2º «El concepto de integración»; Alberto PÉREZ CALVO: «El lugar del estado en la integración europea» en *Teoría y realidad constitucional*, nº 15, 2005, págs. 107-132; y Ángel RODRÍGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, quien analiza las dos vías de integración del artículo 93 y del artículo 10.2 CE, muy diferentes, pero semejantes en lo que atañen a la integración a través de derechos, una aproximación que comparto sustancialmente.

tuación de intenso multiculturalismo. Pero es verdad que no resulta claro qué quiere decirse realmente con la expresión tanto como que puede que de esta ambigüedad sea mejor no salir dado el amplio círculo de sus destinatarios²⁴. La europeización de los derechos obliga a europeizar asimismo las categorías que integran el código común.

Adelanto pues que no soy partidario de un concepto muy estricto o restringido de diálogo judicial en el espacio convencional europeo que me parece nada aportaría a la solución de los problemas reales²⁵; en sentido contrario, entre otros, de Vergottini, quien ha abierto un muy interesante debate sobre la profunda diversidad del concepto²⁶. Me decanto por una construcción amplia, pragmática y flexible, típicamente europea, atenta a una deferencia recíproca y a instrumentos de colaboración.

Los orígenes de la idea son anglosajones e interdisciplinares, y, en consecuencia, los estudios no siempre albergan preocupaciones suficientes por la construcción jurídica, que a veces se sustituye por el análisis filosófico, sociológico o la ciencia política, según es frecuente en el constitucionalismo estadounidense, a diferencia del europeo que está mucho más preocupado desde finales del siglo XIX por un mayor rigor en la metodología jurídica y el conocimiento científico. Pero la expresión ha tenido éxito en Europa, y ha acabado por ser aceptada en la práctica²⁷, casi por todos, pues se ha revelado útil para describir la compleja y confusa situación constitucional de la Unión Europea, y, más tarde, también del Convenio Europeo.

Como primera aproximación, partiré de las elaboraciones de Bustos, a cuyas reflexiones reenvío, cuando distingue «diálogo judicial» de «comunicación» y caracteriza, con carácter general, al primero por las siguientes notas:

24 Me pregunto cómo podríamos explicar a un jurista británico o ruso la categoría italiana de las *norme interposte*, unas fuentes intermedias entre la Constitución y las leyes, con la que suele explicarse la posición como fuente del CEDH, o cómo les expondríamos en inglés el debate sobre la relación entre los tratados, el CEDH entre ellos, y las leyes, y si su relación debe fundarse en el principio de jerarquía o en el de competencia. Unas polémicas habituales en la doctrina italiana y española, pero difícilmente comprensible desde otras tradiciones jurídicas.

25 Con ocasión de mi ponencia sobre este asunto en el *Devolution Club* en Bolonia (vid *supra* nota 1), se produjo un rico debate en el coloquio, mientras algunos profesores parecían compartir conmigo la necesidad de una aproximación amplia a la noción de diálogo (Luca MEZZETTI), otros mostraron su preferencia por un concepto estricto (VERGOTTINI, G), o incluso aún más estricto (TONIATTI, R).

26 Véanse los matices de VERGOTTINI, G. de: op. cit., pág. 315 y ss (y en mi prólogo pág. 18 y ss), quien diferencia del diálogo la «influencia» unidireccional que carece de «interacción», lo que estima la esencia del primero. Tampoco existe diálogo entre tribunales estatales. No siempre ha habido diálogo del TEDH con la Cámara de los Lores o con el Tribunal Constitucional Federal Alemán (recuerda el *Caso Gürgülü*). Y es un mito —afirma— que exista un recurso generalizado a la comparación, que es algo distinto a la apertura al Derecho extranjero como un dato fáctico como un hecho histórico o una opinión doctrinal. Es también muy específica la situación de diálogo entre los Estados miembros de la *Commonwealth* y antiguos *Dominions* (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India) donde existe una continuidad en la interdependencia entre jurisprudencia británica y tribunales estatales siendo seguidos a menudo los precedentes de otros tribunales extranjeros con autoridad.

27 El propio TEDH habla de «diálogo» frecuentemente, dando la expresión y la noción por válida, v.gr. con ocasión de la presentación del *Liber Amicorum* al Presidente Luzius WILDHABER: *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Estrasburgo, 2007. Para explicarlo, la Magistrada François Tulken, en su presentación «The ECHR between International Law and Constitutional Law», afirma simplemente que «the purpose and nature of the ECHR it does not easily fall into any traditional categories», pág. 13; no parece sentirse la necesidad de ir más adentro... y hallar explicaciones más profundas.

- la existencia de un escenario de *pluralismo constitucional*,
- su carácter *obligatorio* o necesario y no meramente facultativo,
- que hace imprescindible tener en cuenta las *elaboraciones ajenas* (si bien en el escenario europeo que nos ocupa esa *ajenidad* no existe, pero sí una *alteridad* entre los sujetos) de otro tribunal,
- para aplicar el *Derecho propio*;
- una situación que no se puede resolver con el simple *predominio* de una jurisdicción sobre otra²⁸.

Hablamos de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un *pluralismo constitucional*²⁹. Éste es el rasgo decisivo, un sistema donde cada fuente suprema no deriva su *validez* de la otra: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Constituciones domésticas; su relación no se basa en una jerarquía interna de fuentes³⁰. Se trata de ordenamientos jurídicos independientes o, cuando menos, autónomos, pero conectados entre sí, más que de una relación entre fuentes de un mismo ordenamiento. A veces suele cometerse este error de perspectiva. Además, en una situación de pluralismo constitucional no hay una *instancia final* de solución de controversias sino tantas como ordenamientos constitucionales³¹.

El diálogo supone una *red de trabajo* que no viene ordenada conforme a la vieja jerarquía que pretendía una visión escalonada de las fuentes del derecho. Uno de los errores de planteamientos tradicionalmente más difundidos al estudiar el CEDH consiste en obsesionarse por la cuestión de su rango jerárquico interno, al igual que ha ocurrido en

28 Debe consultarse BUSTOS, R: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, de próxima publicación, agradezco el acceso al ejemplar inédito de mi colega y amigo. Con anterioridad y del mismo autor, el denso y pionero estudio *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005; así como, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México D.F, 2011. También GARCÍA ROCA, J y BUSTOS, R: «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo» en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, op. cit., de inminente edición, en un escenario donde es difícil resolver si existe diálogo o una simple comunicación judiciales, una calificación nominal que no me preocupa en exceso.

29 También POIARES, M («Las formas del poder constitucional en la Unión Europea» en *Revista de Estudios Políticos*, n° 119, 2003, págs. 13) razona que la naturaleza pluralista del constitucionalismo europeo requiere asumir una concepción distinta del Derecho y desarrolla algunos principios del pluralismo constitucional de Europa. Rafael BUSTOS: «XV proposiciones...», op. cit., desarrolla varios escenarios de pluralismo constitucional siguiendo a WALKER, N. El propio del Consejo de Europa sería un *pluralismo por reconocimiento sistémico* donde cada ordenamiento adopta elementos del otro para definirse a sí mismo.

30 Las ideas de «constitucionalismo en red» y de «pluralismo constitucional» se han defendido en España por BUSTOS, R: *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, op. cit., quien sigue de cerca los estudios de MACCORMICK, N: *Questioning sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

31 BUSTOS, R: «XV proposiciones...», op. cit., siguiendo a AVBELJ-KOMAREK.

32 Una buena aproximación tradicional en AYALA, C: «Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos» en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. Liber Amicorum Cançado Trindade*, San José, 2005; y «Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos» en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, CIDH, 1998, págs. 341-373. Pero ya he dicho que creo esta perspectiva obsoleta para resolver los problemas.

América Latina con la Convención Americana³². Sin embargo, es fácil observar que las cosas no funcionan de manera distinta según la diferente respuesta nacional a este interrogante. La lenta construcción del principio de competencia tras la Segunda Guerra Mundial en Alemania e Italia y luego en España evidenció las limitaciones de ese principio para explicar todas las relaciones entre fuentes en los ordenamientos descentralizados. Y, desde hace décadas, el proceso de integración europea, en las dos vías de la Unión y del Consejo de Europa³³, amenaza con dinamitar la teoría escalonada, que apenas sirve para explicar el funcionamiento real del sistema del Convenio³⁴ en los ordenamientos nacionales, ni la compleja realidad de los problemas actuales de las relaciones entre fuentes de un mismo ordenamiento³⁵.

La simple observación de la abigarrada ordenación de cualquier ordenamiento interno, de naturaleza no sólo legista sino plural en sus fuentes, se asemeja más a un poliedro con múltiples caras que una pirámide; de hecho algunos buenos juristas con experiencias prácticas han llegado a calificarlo con ironía como un montoncito o una piña de leyes más que como una sólida —pero inexistente— estructura piramidal; al tiempo que nos recordaban que la misma idea de ordenamiento jurídico permite entrar a los jueces (con mayor razón, una Corte supranacional o un Tribunal Constitucional) en el «club» de los creadores de normas³⁶.

En este escenario, entre nosotros, Cruz Villalón ha hablado de una «*metaconstitucionalidad recíproca*» de los tratados de la Unión y las constituciones nacionales en cuanto opera en sentido recíproco³⁷; y Bustos ha descrito el mismo fenómeno como una «*Constitución en red*», siguiendo las elaboraciones ya clásicas de McCormick³⁸, acuñando una imagen que me parece visualiza mejor el fenómeno. Adoptaremos pues esta segunda expresión.

33 Me parece escasamente realista, a los efectos de la integración europea a través de derechos fundamentales, la tradicional distinción del Derecho Internacional entre organizaciones de «cooperación» y de «integración». Me decanto por explicar el fenómeno mediante una idea más constitucional de integración en un espacio convencional europeo según fue desarrollada por Rudolf Smend. Ver GARCÍA ROCA, J: *El margen de apreciación nacional*, op. cit., epígrafe «Su alternativa el principio de integración funcional: ¿integración versus cooperación?» págs. 225 y ss.

34 Sobre la posición estática o jerárquica del CEDH en los distintos ordenamientos puede verse BRAGE, J: «Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales...», op. cit., epígrafe «Sistemas de recepción nacional del CEDH y formas de influjo de éste en el Derecho nacional», págs. 122 y ss, quien se basa en GRABENWARTER, Ch: *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H. Beck, Munich, 2005. Sin embargo, el Convenio —estimo— funciona realmente en todos ellos de forma semejante con independencia de la respuesta mediante lo que he denominado una integración dinámica y funcional, puede verse mi libro *El margen de apreciación nacional...*, op. cit., págs. 225 y ss.

35 Cfr NIETO, A y FERNÁNDEZ, T.R: *El derecho y el revés: Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 2006. XIOL, J.A. niega que las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional puedan informarse conforme al principio de jerarquía y a principios autoritarios y, agrega que la superación de la lógica formal lleva a una concepción argumentativa del Derecho y a una más compleja dimensión dialogística de las decisiones judiciales («El diálogo de los tribunales» en *Revista del Poder Judicial*, nº 90, 2011, págs. 4-17).

36 Idem.

37 CRUZ VILLALÓN, P: *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

38 BUSTOS, R: *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, op. cit; y MACCORMICK, N: *Questioning sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, op. cit.

Un modelo integrado por diversos *ordenamientos jurídicos autónomos*, pero interdependientes, dada la transferencia de competencia a la Unión y de jurisdicción al TEDH, donde los derechos de las personas tienen distintos niveles jurisdiccionales de garantía y los tribunales deben cooperar en la solución de los conflictos.

Con la lógica de la *subsidiariedad*, de abajo a arriba, tenemos primero un peldaño *judicial* e interno; sin duda, es el más decisivo, porque asume la mayor responsabilidad en la tutela subjetiva de los derechos, pero tiene eficacia dispar en los diferentes Estados del Consejo de Europa. Muchos no son democracias consolidadas sino emergentes y ubicadas en una larga transición a la democracia como Rusia, Ucrania, Rumanía o Turquía, que son los principales clientes del Tribunal de Estrasburgo. En bastantes ocasiones, viene luego el escalón de un *Tribunal Constitucional*, ligado a la interpretación y garantía objetiva de los derechos, pero que tampoco existe en todo los Estados. La propia consolidación del TEDH es una poderosa razón para la edificación de jurisdicciones constitucionales nacionales que dialoguen con Estrasburgo e incorporen una perspectiva nacional de los conflictos. A veces, existe la posibilidad del acceso ante el *Tribunal de Justicia*. Y, finalmente, un recurso ante el *TEDH*. Si bien esta secuencia de diversos procesos sucesivos e independientes —no son instancias de un único proceso— no siempre se produce en todos estos niveles ni respecto de todos los derechos.

Descrito sucintamente el escenario, la *palabra* «diálogo» denota una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes. Creo que una comprensión teleológica o finalista es esencial y resulta definitoria del fenómeno.

Bien es verdad, si observamos las cosas con realismo y especialmente en conflictos políticamente sensibles, que este diálogo puede, en ocasiones, ser simplemente pretendido, o incluso fingido, como en una obra literaria; al cabo la *ficción*, «actuar como si» o establecer presunciones ha sido siempre un recurso argumental muy del gusto de los juristas³⁹.

La expresión resulta cómoda para describir, intuitivamente y sin demasiadas honduras, el funcionamiento real del sistema: una concurrencia de jurisdicciones complementarias en los conflictos de derechos, presidida por la lógica de la subsidiariedad, y que debe venir orientada por la filosofía de la cooperación; todo diálogo produce un enriquecimiento recíproco (*cross fertilization*)⁴⁰.

Cabe por eso hablar, como ha hecho el Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, Voßkuhle, de una «unión de jurisdicciones» (*Verbund*) en forma de triángulo (Karlsruhe, Luxemburgo, Estrasburgo), al igual que se habla de un constitucionalismo multiniveles (*Verfassungsverbund*), para indicar la internacionalización y

39 Vid GÓMEZ ORBANEJA, E: *Ficciones y conceptos formales en el Derecho*, Civitas, Madrid, 2008, pág. 25, original de 1974. Las ficciones jurídicas como un medio de innovar, actuando «como si», sin necesidad de mentir u ocultar, para extender el significado de los términos jurídicos. También *Ficciones jurídicas*. KELSEN, H, FULLER, L.F. y ROSS, A, MENDONÇA, D Y SCHMILL, U (compiladores), Fontamara. Méjico, 2006.

40 Puede leerse, entre otros muchos, Rafael BUSTOS: «TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos» en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit., págs. 147-168.

europización de las jurisdicciones constitucionales, y asegurarse de un principio de cooperación en el establecimiento de un orden constitucional europeo; esta unión de jurisdicciones —afirma— no reduce la jurisdicción sino que triplica la garantía de los derechos fundamentales⁴¹. Una unión de jurisdicciones no reclama unas interpretaciones judiciales totalmente coincidentes, sino equivalentes, o «*mutuamente compatibles*».

Se trata de escribir las sentencias de manera dialogística y no con un pernicioso repliegue o aislamiento de cada tribunal sobre sí mismo, convencido de la exclusiva validez de su propia doctrina o incluso de su superioridad⁴². Cualquier autismo es un repliegue patológico o forma de incapacidad no sólo de las personas sino también de unos tribunales que deben interpretar los derechos en nuestros días necesariamente en red por la misma naturaleza transversal y global del objeto. La diversidad, el pluralismo, es el sustrato del cual arranca el diálogo. Pero los derechos humanos de las personas no se detienen en las fronteras, la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad son universales y no son distintos en Lisboa o Vladivostok. Una evidencia de este universalismo⁴³ es que la tutela que presta el Convenio Europeo se determina por las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados, independientemente de su residencia, y tiene una eficacia extraterritorial⁴⁴.

En este sentido, sorprende cada vez más la política autárquica de la Corte Suprema de los Estados Unidos que intenta bastarse con sus propios recursos, una autarquía, y tiende a encerrarse en sus monólogos —salvo excepciones— en un mundo cada vez más globalizado⁴⁵. En el otro polo de comparación en una hipotética *escala judicial de apertura al diálogo supranacional* estaría la Constitución de Sudáfrica donde el propio poder constituyente, dadas las escasas experiencias propias, manda acertadamente interpretar los derechos ponderando los precedentes constitucionales de Derecho extranjero, y el Tribunal Constitucional ha citado decisiones de sus homónimos alemán, canadiense, australiano o estadounidense⁴⁶. Un mandato razonable pues tanto la naturaleza como el objeto de los derechos son los mismos en los diversos ordenamientos y, en consecuencia, también deberían serlo la mayor parte de sus contenidos esenciales. De una misma cultura o lenguaje de los derechos y de unas experiencias compartidas en la historia del constitucionalismo y la protección internacional no deberían emanar —normalmente— derechos

41 VOßKHULE, A: «Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund» en *European Constitutional Law Review*, nº 6, 2010, págs. 175-198.

42 KOCH, Ch. H: «Judicial dialogue for legal multiculturalism», op. cit., pág. 1.

43 Véase el amplio trabajo de BREMS, E: *Human rights. Universality and diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-London, 2001, quien distingue muchas acepciones de la expresión «universalismo» y defiende un principio de «*inclusive universality*», la necesidad de integrar la diferencia en la universalidad mediante técnicas de acomodación de la diversidad como pueden ser el margen de apreciación nacional o interpretaciones que contextualicen los derechos en las situaciones locales. Desde una perspectiva más general, CASSESE, S: *La globalización jurídica*, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2006, con prólogo de ORTEGA, L en especial, los capítulos I y II sobre el espacio global y el trabajo en redes de colaboración.

44 Véase FERNÁNDEZ, P. A: «El alcance de las obligaciones (artículo 1 CEDH)» en *La Europa de los derechos...*, op. cit., págs. 55-71.

45 Cfr FINE, T: «El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 6, 2006, págs. 327-367.

46 Así lo describe VERGOTTINI, G de: *Más allá del diálogo...*, op. cit, pág. 48.

muy heterogéneos; por más que existan evidentes espacios domésticos de discrecionalidad y libertad de configuración normativa. El Convenio Europeo no es un Código Civil ni una codificación constitucional sino una edificación fundada en el pluralismo. Este multiculturalismo es el sustrato sobre el que se construye la idea de diálogo.

2.- *El diálogo como enriquecimiento recíproco y fuente de legitimidad y obediencia. Una jurisprudencia suasoria.* La pregunta es ¿por qué una jurisprudencia dialogante y suasoria? ¿Cuáles son las razones? Se ha dicho —Torres— que la existencia de un diálogo judicial permite reforzar la *legitimidad de las decisiones supranacionales*, facilitando su *obediencia*; desde esta perspectiva, la noción conecta con la filosofía de la democracia deliberativa⁴⁷, pues supone la existencia de varias autoridades, que se encuentran comprometidas en un sistema supranacional de garantía de los derechos. Distintos sujetos que participan en un proceso colectivo de decisión en un espacio convencional europeo mediante un enjuiciamiento que, por la lógica de una función jurisdiccional, reclama una argumentación racional que emane de un debate y una deliberación previos. Una conversación sobre el objeto y los contenidos de los derechos.

Bien es verdad que, tras conversar, puede alcanzarse un «*acuerdo*» entre los sujetos afectados, o un matizado «*disenso*», pendiente de nuevos encuentros, o incluso un flagrante «*desacuerdo*»⁴⁸, pero, en todo caso, se admite comúnmente entre las partes del sistema que todo diálogo produce al menos un *recíproco enriquecimiento* de las argumentaciones. Como ha razonado Bustos la intensidad de la comunicación y sus formas y estructuras, así como el grado de implicación recíproca pueden variar mucho⁴⁹.

No obstante, la situación europea de pluralismo constitucional obliga a buscar el entendimiento, a evitar *interpretaciones incompatibles*. Este sistema multiniveles de protección de los derechos, por definición, culmina en una *instancia final*, el TEDH. Su existencia posee una importante eficacia amortiguadora del *conflicto* que aboca a las partes a buscar un *compromiso*⁵⁰. No cabe un conflicto absoluto o desprovisto de límites jurídicos en el es-

47 TORRES, A: *Conflicts of rights in the European Union...*, op. cit., págs. 97 y ss, «Judicial dialogue as the source of legitimacy of supranational adjudication», quien se basa en elaboraciones anglosajonas de BODANSKY, STEFFEK, TEYLER, ACKERMANN... Las tesis de ELSTER han tenido bastante influencia en España, v.gr., John ELSTER (compilador): *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.

48 Véase BOURGOGNE-LARSEN, L: «La formación de un Derecho Constitucional europeo...», op. cit., págs. 41-44, quien diferencia entre: un «diálogo *regulado*» y siempre *vertical*, que deriva de reglas procesales y obligaciones internacionales, diferente de otro «diálogo *espontáneo*» u *horizontal*; en el espacio de la Unión Europea el diálogo es regulado e «*integrado*» pues sirve a la integración europea; en el espacio liderado por el TEDH es un «diálogo *convencional*» y, sin existir una cuestión prejudicial, tanto aquél como los órganos judiciales nacionales son jueces convencionales de Derecho común.

49 BUSTOS, R: «XV proposiciones...», op. cit., distingue entre la comunicación: *ad exemplum* (la cita lejana de jurisprudencia), *a fortiori* (reforzando los argumentos propios), *ad ostentationem* (la cita erudita y abundante), *ad auctoritatis* (la cita de una fuente jurisdiccional de autoridad en situaciones difíciles de argumentar). Y según su estructura diferencia diálogos: verticales, semiverticales, horizontales, competitivos o superpuestos y de relaciones especiales. Según la implicación recíproca en el diálogo: directos, monólogos, intermedios. Ante una tan amplia tipología me centro aquí en un tipo sólo de esos diálogos, pese a que puede descomponerse en varios tipos de relaciones.

50 En el *Caso Vittorio Emanuel de Saboya contra Italia*, de 24 de abril de 2003, el acceso al TEDH de este heredero al trono provocó la reforma constitucional de una disposición transitoria que excluía de los derechos electorales a los descendientes de esa dinastía, medio siglo después de proclamarse la República, como forma de eludir la condena.

pacio europeo. Esta situación estabiliza el conflicto y hace en la realidad de las cosas *necesario* el diálogo y al cabo *espontáneo* más que facultativo, pues antes o después existirá una decisión final que podría no ser compatible con las previas y es por eso mejor que las partes se adapten de antemano, evitando situaciones incompatibles.

Asimismo, de la misma naturaleza prudente de cualquier *iuris prudentia* y de la corrección inherente a la relación jurídica entre altos tribunales puede esperarse que no sea un diálogo sin *racionalidad* jurídica alguna, puro autoritarismo o una libérrima discrecionalidad, ni tampoco una conversación en la que los interlocutores no se presten atención alguna y prevalezca la decisión del tribunal final por pura jerarquía o superioridad. El peor de los escenarios posibles.

Ese enriquecimiento recíproco que debe producir el diálogo jurisdiccional se advierte bien en otro contexto distinto, el de las *relaciones parlamentarias* entre mayoría y minorías, contempladas desde la lógica de la democracia deliberativa⁵¹. En la medida en que la minoría que viene obligada a obedecer la decisión mayoritaria ha aportado al discurso sus argumentos y participado en la elaboración del resultado, este procedimiento participativo refuerza la autoridad de la decisión y hace más probable su cumplimiento. Existe cierta analogía con el diálogo judicial, al cabo se ha caracterizado al *procedimiento legislativo* como un trasunto del proceso judicial en búsqueda de la razón mediante la contradicción. Pues la autoridad competente que se pronuncia en último lugar, impone su criterio a las anteriores y acaba por ser infalible simplemente porque es final, pero es no menos lógico que tienda a incorporar algunos de los criterios de las autoridades precedentes que pondera con el fin de reforzar su autoridad y de que su jurisprudencia resulte *suasoria* y no una mera imposición heterónoma, facilitando su obediencia y cumplimiento posteriores. Una cuestión decisiva para comprender el diálogo con el TEDH radica en advertir que la ejecución de las sentencias europeas normalmente requiere de la adopción de medidas por los poderes públicos en los ordenamientos internos que permitan la *restitutio in integrum*. Esta situación de colaboración hace aconsejable que toda *postestas* se revista de *auctoritas*.

He insistido en esta característica de la jurisprudencia de los altos tribunales en mi trabajo sobre la experiencia de la jurisdicción constitucional española⁵² donde defendí, a diferencia de otros autores, que los pronunciamientos del intérprete supremo de la Constitución deberían reflejarse en *sentencias suasorias*, razonadas y pedagógicas, y no meramente asertivas por la misma naturaleza de una labor hermenéutica que atiende a la verdad, o cuando menos a la razón, desde la universalización del fenómeno interpretativo sin perjuicio de una concreta historicidad.

Del intérprete supremo de una Constitución o del sistema del Convenio Europeo difícilmente podrían predicarse las máximas clásicas que mostraban antaño la omnipotencia del legislador: *lex iubeat, non suadet, non docet, non laudat* (el legislador ordena, no convence, ni enseña ni alaba o se excusa...). No existe un legislador así en el universo de los derechos ni menos aún un tribunal cuyo poder emana de una protección internacional, muy dependiente, por definición, de la colaboración de las autoridades de los Estados.

51 TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit, pág. 104, siguiendo a HABERMAS, NINO, ELSTER...

52 GARCÍA ROCA, J: *La experiencia...*, op. cit., epígrafe «Su aportación al Derecho Constitucional y al diálogo con Jueces y Tribunales».

Estamos además ante un *case law* que, sobre el escueto basamento de unas mínimas normas convencionales y sus escasos protocolos de reforma, construye básicamente la jurisprudencia europea: a *Judge-Made Convention*. Precisamente por este déficit de legitimidad democrática, en un espacio europeo con sistemas constitucionales muy mayoritariamente legistas, y para reforzar su *auctoritas* y salir de esa contradicción, el Tribunal Europeo debe esforzarse en convencer a los destinatarios de sus pronunciamientos.

La mejor jurisprudencia constitucional igualmente ha tenido siempre una *vocación pedagógica* ligada a los tintes profesoraes propios de la interpretación constitucional. Bien es verdad que existen dos modelos europeos (el alemán y el francés) sobre la extensión de las motivaciones: sentencias largas o cortas. Pero parece haberse impuesto el primero. El TEDH ha optado también desde el principio por sentencias largamente motivadas, es inevitable una vez que asume una interpretación constitucional⁵³. Mas el desbordamiento de los asuntos hace que debiéramos preguntarnos, primero, si es bueno que se reservara en el futuro este esquema de trabajo sólo para aquellas que sean verdaderos *leading cases* o sentencias piloto, y no para las meras sentencias de mantenimiento, y que el propio Tribunal califica como 2 ó 3 en su página web de acuerdo con su particular *ranking*.

Sin embargo, algunos *límites* deberían fijarse al alcance de la intervención del TEDH en ese *diálogo*. Así, deberíamos replantearnos si debería continuar con una *revisión* tan pormenorizada de los *hechos*, puesto que el TEDH *no es un juez de instancia ni siquiera un tribunal de apelación* y su decisión se produce siempre tras varias instancias previas⁵⁴. Podría ser muy conveniente, un mecanismo de división del trabajo entre las jurisdicciones basado en la descentralización de competencias y la colaboración entre tribunales como regla general, dejando la prueba de los hechos y su ponderación normalmente a los tribunales nacionales, salvo excepciones derivadas de abusos flagrantes o arbitrariedades. A veces se invoca esta regla en las sentencias, pero luego no se sigue, y probablemente el TEDH debería ser más estricto y auto limitarse.

Un segundo límite debe proceder de que el TEDH no es tampoco un *tribunal de casación*⁵⁵, en consecuencia, y, en ausencia de un tribunal nacional de unificación de doctrina

53 CARTABIA, M: op. cit., pág. 31, hablando del TJ, dice que también el tribunal europeo, al actuar como un tribunal constitucional de derecho fundamentales, debería considerar abandonar «the old style telegraphic judgments» para implicarse en una conversación continuada con sus contrapartes y homólogos nacionales.

54 El *Caso X contra Letonia* de 13 de diciembre de 2011, resuelve un curioso supuesto de hecho sobre los derechos parentales de una unión *more uxorio*, de padre australiano y madre letona, respecto de una hija que ambos tuvieron antes de separarse. El TEDH, considerando el interés superior del menor, estimo violado el Convenio y devolvió a la niña a Australia. Un Voto disidente de los Magistrados López Guerra y Myjer razonan — con buen criterio — que no es tarea del TEDH reemplazar a las autoridades nacionales sobre la mejor residencia del niño. En mi libro sobre el margen de apreciación nacional, he defendido con carácter general que la revisión de los hechos debe quedar normalmente dentro del juicio de los tribunales domésticos y del margen de apreciación nacional. Distinto es el *Caso Almenara Álvarez contra España*, de 25 de octubre de 2011, donde se estima violado el Convenio, porque la Audiencia Provincial realizó una nueva valoración de los hechos, determinante de la culpabilidad, sin dar audiencia al recurrente, aquí la lesión deriva de la omisión de una garantía del artículo 6 CEDH.

55 El *Caso Nejdet Sabim & Perihan Sabim contra Turquía*, de 20 de octubre de 2011, analiza unas contradicciones entre Salas del mismo Tribunal Supremo, varias decisiones contrarias ante unos mismos hechos sobre los derechos a pensión de los fallecidos en un accidente. La mayoría de una Gran Sala (10 Jueces) asienta estas alegaciones en el artículo 6 CEDH y entiende que estas contradicciones no lesionan el principio de seguridad

o casación, no debe asumir ese papel en una función de suplencia que excede de sus funciones.

3.- *El constitucionalismo supranacional de los derechos como un debate abierto.* El planteamiento en que el diálogo consiste conecta con la comprensión de que todo verdadero constitucionalismo «*is not a single truth, but an ongoing debate about the meaning of the rule of law in a democratic public order*», y su discurso reclama un esfuerzo interpretativo⁵⁶. No existe una interpretación única. Me parece que las razones vienen reforzadas en un constitucionalismo europeo y en una protección internacional de los derechos que, si bien consienten los Estados soberanos, acaban adjudicando mediante procesos unas autoridades supranacionales independientes. Esta comprensión de las cosas enriquece las argumentaciones y se funda en pensar que determinar el significado de los derechos europeos no consiste —como ha escrito Aída Torres siguiendo a Kahn— en encontrar unas «verdades universales»⁵⁷, ni menos aún reveladas en normas ya sea por los poderes constituyentes o por los tratados internacionales, consiste en debatir y aportar razones. Normalmente no basta al juzgador con aclarar el sentido supuestamente predeterminado en una disposición normativa para construir una norma sobre derechos, sino que ese contenido debe ser desvelado a través de un proceso de razonamientos conjuntos —no de monólogos— provocados por las nuevas situaciones de hecho. Una *interpretación constructiva de normas*, debidamente motivada, que delimita y crea el contenido de los derechos tras un debate⁵⁸.

En ocasiones, los *tribunales constitucionales* de los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa pueden llegar a *interpretaciones diferentes* de los derechos a causa de sus diferentes realidades políticas, sociales y culturales, o de sus «conformaciones históricas

jurídica; la situación es tolerable, siempre que no sea permanente, no afecte a cuestiones particularmente importantes y se creen mecanismos de solución en el futuro. Para la minoría (7 Jueces), es obvia la lesión del artículo 6, pues admitir lo contrario convertiría la Justicia en una lotería.

56 La expresión es de KAHN, W («Interpretation and authority in State constitutionalisms» en *Harvard Law Review*, 106, 1993, pág. 1147) y la recuerda TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit., pág. 110, nota 57. El trabajo, analiza otro contexto, el de las relaciones entre los tribunales federales y de los Estados, abandonando la idea tradicional de soberanía —como expresión de diferencias estatales— por «romántica», KAHN considera esencial el carácter interpretativo del constitucionalismo, y diferencia entre «interpretación» y «verdad», y entre «interpretación y autoridad»; «authority is necessary to maintain a political community, but the claim to authority is not itself grounded in interpretation. Authority terminates but not resolves interpretative conflict» (p. 1148, 1150); «when there is only a single view of the possibilities of law, the meaning of the constitutional order is impoverished», varias voces enriquecen el diálogo (p. 1155). La historia del constitucionalismo es la historia de interpretaciones diversas (p. 1156). El constitucionalismo tiene una naturaleza cambiante: «is a field of debate not a single truth» (p. 1158). Estas son las bases del diálogo.

57 TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit., pág. 112.

58 KAHN, W: op. cit., «each state court has the authority to put into place, within its community, its unique interpretation of that common object» (p. 1148); ningún juez puede escapar de la responsabilidad de interpretar, de asumir una «iniciativa interpretativa» (*interpretative enterprise*), y, desde luego, puede llegar a conclusiones diferentes sobre el sentido de los valores constitucionales, las diferencias reflejan las diferentes comprensiones de las cosas y posibilidades interpretativas (p. 1161); pero ningún Estado ni ningún juez es tan único como para pensar que no necesita aprender de otros (p. 1162); sin embargo, cualquier Estado debe tener la capacidad de detener las conversaciones y actuar (p. 1164). La tarea interpretativa es diferente de la voz de la autoridad. Puede que esto segundo no sea tan cierto en nuestro terreno, que no es el federalismo, sino a *Judge made Convention*.

como Estados» (la vieja idea de Hintze de la *Staatsbildung* en las formas de Estado)⁵⁹, o de acuerdo a sus específicas tradiciones constitucionales o sensibilidades culturales. No obstante deban hacer un esfuerzo por alcanzar en sus exégesis una compatibilidad con la doctrina del TEDH. Pero es verdad que este fuerte pluralismo cultural está en la base misma de la idea de Europa y tales situaciones específicas deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo; por más que no puedan ser aceptadas las soluciones nacionales que pugnen con el consenso regional europeo⁶⁰.

El Tribunal de Estrasburgo puede, según las ocasiones, unificar las interpretaciones de los Estados, tras determinar unos *estándares mínimos comunes*, o incluso armonizar estas tesis construyendo *nuevas exégesis europeas*, lo que es menos frecuente. Pero también puede limitarse con prudencia y practicar una *diplomática deferencia* con una solución nacional, ciertamente discutible, pero a menudo suficientemente razonada por un tribunal constitucional o corte suprema y que no se piensa en sede europea responda a fines ilegítimos, o acoja medidas innecesarias y desproporcionadas, o, sencillamente, que resulte manifiestamente irrazonable. A veces, simplemente, cabe hasta pensar que sea una cuestión imposible de arreglar desde Estrasburgo, sin provocar mayores problemas, dada la ausencia de consenso europeo en la materia⁶¹. En ocasiones, para un juzgador internacional prudente es mejor callar y no dar muchas razones...

4.- *La génesis de la idea de diálogo en torno a las relaciones con el Tribunal de Justicia.* En la doctrina española, Aída Torres ha explicado bien, siguiendo elaboraciones anglosajonas, los diversos usos del diálogo, distinguiendo entre un sentido *descriptivo, explicativo o normativo* según se atienda a la evidencia de una conversación o comunicación entre unos sujetos, a la justificación de la misma, o a su obligatoriedad o necesidad⁶². Entiendo que son tres sentidos complementarios y acumulativos en vez de alternativos.

59 HINTZE, O: *Historia de las formas políticas*, Revista de Occidente, Madrid, 1968. Es patente la relevancia como criterio hermenéutico de cada concreta «conformación estatal» en el Caso del Partido de la Prosperidad (Refah Partisi) contra Turquía, sentencias de 31 de julio de 2001 (Sala) y de 13 de febrero de 2003 (Gran Sala), para comprender la relevancia del principio de laicidad en una República de Turquía que se constituyó huyendo del Sultanato, y el TEDH maneja este entendimiento aunque no use ese concepto.

60 Es reveladora de esta perspectiva la larga serie de jurisprudencia del TEDH condenando la antigua tradición británica de castigos corporales en las escuelas y en los ejércitos. En el emblemático *Caso Tyrer contra el Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, cuando el Gobierno británico adujo que esas prácticas no repugnaban a su opinión pública, la Corte sostuvo que puede que fuera así, pero no podía sino estar influida por los estándares comúnmente aceptados por el resto de los Estados miembros. Un ejemplo de lo que he llamado principio de integración funcional y de como la jurisprudencia europea sobre derechos es heredera del iluminismo ilustrado.

61 Es complicado advertir las razones jurídicas que llevaron al TEDH a dar en poco tiempo un giro de 180° en sus argumentaciones en dos decisiones contrarias en el *Caso Lautsi* sobre el crucifijo en las escuelas en Italia. Una Sala declaró por unanimidad la violación del Convenio en sentencia de 3 de noviembre de 2009, luego, tras la remisión a una Gran Sala (artículo 43 CEDH), se rechazó finalmente la violación en Sentencia 18 de marzo de 2011 por 15 votos a 2. Pero es notorio que la primera sentencia ocasionó una fuerte contestación en Italia y al parecer hubo un fuerte movimiento de oposición en varios Estados. Los antecedentes de la segunda sentencia dan noticia de que 33 miembros del Parlamento Europeo se personaron conjuntamente en el procedimiento, también varias organizaciones no gubernamentales y asociaciones de juristas católicos de varios países, así como una decena de Estados miembros de cultura cristiano-ortodoxa o romano-católica. A la vista de este caso y de otros, el procedimiento de remisión del artículo 43 no me parece óptimo, quizás fuera mejor avocar directamente a una Gran Sala estos casos políticamente sensibles, para no generar confusiones.

62 TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit., pág. 106 y ss.

Desde un punto de vista *descriptivo o estructural*, el diálogo indica una conversación e interacción entre el TJ y los tribunales estatales a través de un preciso cauce procedimental, la *cuestión prejudicial*, que les permite elevar una cuestión sobre la interpretación del derecho de la Unión, y al Tribunal de Luxemburgo adoptar elaboraciones como son el principio de primacía de las normas europeas o desarrollar judicialmente un catálogo de derechos considerados como principios; unas cuestiones elaboradas en Luxemburgo tras de algún modo conversar con algunos tribunales constitucionales señeros⁶³.

Los planteamientos *explicativos*⁶⁴ argumentan que el diálogo es la base de la legitimidad del orden europeo, porque el TJ necesita la colaboración de los tribunales estatales para dotar de eficacia y hacer cumplir sus decisiones, pero también puesto que estos tribunales poseen la oportunidad posterior de dar forma y matizar las interpretaciones del primero al aplicar el Derecho europeo. El resultado interpretativo es la consecuencia de la colaboración de diferentes participantes y no sólo de los monólogos del TJ. Torres acierta⁶⁵ tanto al señalar como meritoria esta conexión entre participación deliberativa y legitimidad de las decisiones supranacionales como al denunciar que la noción carece de una elaboración profunda, así como al admitir que la aplicación de ese diseño a la práctica puede parecer algo utópica o cuando menos exagerada.

En tercer lugar, ciertas normas imponen el diálogo judicial en la Unión a través de la cuestión prejudicial y cabe, en consecuencia, distinguir un diálogo *normativo*.

Torres concluye⁶⁶ que el elevado grado de *indeterminación* de la idea de diálogo no resulta disfuncional, puesto que, como contrapartida, mantiene una importante potencialidad amortiguadora del conflicto, al propiciar o impulsar el intercambio de argumentos que proceden de distintos puntos de vista, y además puesto que obliga a esforzarse en dictar decisiones judiciales mejor argumentadas: un proceso de mutuo acomodo de las decisiones a lo largo del tiempo. Unas conclusiones cabales.

5.- *El diálogo con el TEDH: diacrónico, explicativo y espontáneo en la fase ascendente, y necesario en la fase descendente.* La apertura al Convenio Europeo es distinta que la implementación del Derecho de la Unión y, en consecuencia, también lo es el diálogo con el TEDH, ya que no existe nada parecido a la fuerte primacía del Derecho de la Unión sobre cualquier disposición nacional. Pero, en materia de garantías de los derechos humanos, las cosas pueden quizás no ser ya tan diversas en este sistema binario de integración, y el proceso de adhesión de la Unión al CEDH incrementará la aproximación de ambas vías. Me parece que las dos cosas son suficientemente homogéneas como para poder compararse.

Las características antes descritas se producen naturalmente respecto de las relaciones entre el TJ y los tribunales estatales, la situación a partir de la cual se tesis se cons-

63 Vid GONZÁLEZ PASCUAL, M: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2010, especialmente el epígrafe «El TCF en el espacio europeo sobre derechos», pág. 97-146.

64 Cfr POIARES, M: op. cit., pág. 16-17, expresa la idea citando de De WITTE: «la idea de que el Derecho comunitario puede pretender su primacía en los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la base de su propia autoridad parece tan poco plausible como la pretensión de Barón de Münchhausen de haber salido de las arenas movilizadas tirando de su coleta»; y agrega que el Derecho de la Unión no es detentador de tal poder constitucional, «no tiene autoridad propia que oponer a la autoridad constitucional nacional».

65 Cfr TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit.

66 TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit., pág. 183.

truyó. En ella diversas normas imponen el diálogo y está previsto un cauce procedimental, la *cuestión prejudicial*, que permite al TJ pronunciarse tras los órganos judiciales domésticos y resolver sus dudas; y, a cambio, se da opción a los órganos judiciales nacionales para matizar después ese pronunciamiento al tiempo de aplicar la decisión tomada en Luxemburgo. Cualquier jurista que albergue alguna experiencia judicial advierte bien hasta qué punto ambas cosas están relacionadas en la psicología de un colegio de jueces que decide no pronunciarse prematuramente sobre un pleito del cual conoce —con el margen de duda que a menudo tal decisión entraña— y esperar a resolver el conflicto hasta que un tribunal superior con mayor autoridad le resuelva una pregunta sobre la validez y la exégesis de una norma de cuya aplicación depende el fallo, pero reservándose su aplicación posterior en el proceso⁶⁷. Un sutil equilibrio de responsabilidades.

Pero nada de esto ocurre en el diálogo entre el TEDH y los Tribunales constitucionales. Es otro *escenario diferente*, un diálogo de perfiles más difusos donde los decorados no están colocados del mismo modo y que, en buena medida, está todavía por describir o caracterizar.

Este otro diálogo judicial no es *sincrónico*, desarrollado en una unidad de acto o dentro de un procedimiento y en perfecta correspondencia temporal, al igual que dos partes de un contrato o sendos suscriptores de un acuerdo que se sientan a negociar en una mesa, sino *diacrónico*. Hablamos de un proceso de enriquecimiento recíproco de las decisiones jurisdiccionales que se produce a lo largo de un intervalo de tiempo más o menos dilatado, pero, en todo caso, continuado, en la medida en que los conflictos sobre los diferentes entendimientos de los derechos se repiten⁶⁸. Igualmente, dentro de cada proceso se reproducen las exégesis y argumentaciones de los órganos jurisdiccionales que han revisado el conflicto sucesivamente y han llegado a conclusiones coincidentes o a matizaciones y desacuerdos.

Cualquier lector habitual tanto de la jurisprudencia constitucional española como de Estrasburgo afirmararía que es un diálogo que a lo largo de más de tres décadas ha producido sustanciales acuerdos, sin perjuicio, de algún esporádico disenso. Pero la situación ha sido distinta en Italia, en Suiza, en el Reino Unido y en otros países⁶⁹ donde se han pro-

67 Es ilustrativa la cuestión prejudicial de interpretación bien planteada por la *Audiencia Nacional* (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 27 de febrero de 2012) sobre el «derecho al olvido» en la indexación de datos en la Red en cuanto contenido del derecho a la protección de datos según la Directiva 95/46/CE, materia en la que tiene ya 130 casos sobre el asunto. Reclamaciones similares planteadas en Francia e Italia han sido derivadas a los tribunales de EEUU donde Google tiene su sede.

68 TORRES, A: *Conflicts...*, op. cit., pág. 129, «Continuity over time», requiere subsiguientes referencias, una sucesión de casos con similares problemas, lo que es bastante engorroso pues ocurre raras veces, pág. 139.

69 En Suiza, la apertura llega hasta introducir la técnica de la no aplicación del Derecho federal en contraste con la protección internacional de los derechos del hombre, véase VEDASCHI, A: «*L'ouverture del Tribunale Federale svizzero alla giurisprudenza delle Corti europee*» en FRANCO, G (coord.): *Corte Nazionali e Corti Europee*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2006, págs. 283-326. Ver también KELLER, H y STONE SWEET, A (editors): *A Europe of rights. The impact of the ECHR on national legal system*, Oxford University Press, 2008, donde el estudio de CANDELA, M: «The reception process in Spain and Italy», págs. 393-450, revela las diferencias y paralelismos entre estos dos países, partiendo de las dificultades italianas dada su fuerte tradición de dualismo y la ausencia de recurso de amparo constitucional. En Italia, la *Corte Costituzionale* ha jugado un rol más receloso, habiendo sido hasta hace muy poco bastante más resistente a una recepción positiva del Convenio.

ducido disensos con alguna corte doméstica, tribunales constitucionales, cortes de casación o consejos de estado; algunos han sido más europeístas que otros y algunos más críticos y reflexivos que el resto. La aceptación de la autoridad del TEDH y de su jurisprudencia se ha producido con ritmos y formas distintas en los diversos ordenamientos nacionales⁷⁰. Pero qué duda cabe de que dada la autoridad del Tribunal Europeo, consolidada tras medio siglo de decisiones y la posibilidad del acceso directo de las víctimas — que abre un control externo—, el diálogo de sus interlocutores constitucionales debería ser bastante *intenso*⁷¹.

El Juez Garlicki ha descrito que, en general, caben al menos tres escenarios: a) cuando el primer movimiento corresponde a una *interpretación de los tribunales domésticos* y el TEDH respeta un margen de apreciación nacional; b) cuando ese primer paso se da, en cambio, en una *interpretación de Estrasburgo* que luego se sigue en los niveles nacionales, especialmente en las nuevas democracias; y c) cuando el TEDH *invita a los Estados*, directa o indirectamente, a cambiar su legislación⁷².

Ahora bien, ni las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos ni su Reglamento interno imponen al Tribunal de Estrasburgo la *obligación expresa* de dialogar en la *fase ascendente* antes de dictar sentencia ni con los Tribunales constitucionales ni con las demás autoridades judiciales. Pero sentar esta conclusión sería formalista en exceso. La comunicación entre esos sujetos judiciales es una *obligación tácita o implícita* en el sistema europeo y tiende a ser *espontánea*. Forma parte del oficio de todo buen juzgador escuchar las alegaciones de las partes tanto el actor, la presunta víctima, como el Gobierno demandado y, al hilo de sus pretensiones y causas de pedir, tener en cuenta los razonamientos de los tribunales que le anteceden. Esta actividad es consustancial a toda función jurisdiccional y puede pensarse que no es realmente un diálogo sino un ingrediente más de la tradicional *labor jurisdiccional* de ponderación de los derechos. No obstante, relativiza bastante el supuesto carácter voluntario o facultativo del diálogo con el TEDH en la fase ascendente, pues tiende a ser un ingrediente habitual y *espontáneo*.

En cambio, en la *fase descendente*, existe un *espacio de discrecionalidad*, un amplio margen de de apreciación, deducido del principio de subsidiariedad que inspira el Convenio como tratado internacional, al tiempo de dar cumplimiento a las sentencias del

70 No conozco ningún caso como el de la actual Venezuela donde la Corte Constitucional ha llegado nada menos que a declarar inconstitucionales sentencias de la Corte Interamericana para no ejecutarlas. Ver AYALA, C.: *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación M. García Pelayo, Caracas, 2009. Me refiero al *Caso Apitz Barbera* sobre la independencia de los jueces.

71 BUSTOS, R: «XV proposiciones...», subraya que la posición de todos los tribunales constitucionales respecto del TEDH no parece ser la misma, hay diferencias cuantitativas y de liderazgo argumentativo, y una peculiar posición del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Casa de los Lores en el Reino Unido.

72 Vid GARLICKI, L: op. cit., epígrafes 11 y ss. Menciona dos ejemplos de la primera y la tercera de esas situaciones; la segunda es la más frecuente. El *Caso Pretty contra el Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, donde se dejó en manos de los Estados el problema del suicidio asistido ante la falta de consenso europeo siguiendo la tesis de la Cámara de los Lores inspirada por el Tribunal Supremo de Canadá. El *Caso Bayatán contra Armenia*, de 17 de julio de 2011, decidió que violaba el Convenio encarcelar a un testigo de Jehova que rechazaba el servicio militar, e invitó a los Estados a modificar sus leyes, reconociendo la objeción de conciencia como contenido de la libertad religiosa.

TEDH. Me parece que puede comprenderse como una suerte de *diálogo necesario* con las autoridades nacionales: los jueces y tribunales, el legislador o los distintos legisladores internos en los Estados compuestos como España, e incluso, en ciertos casos, hasta el poder de reforma constitucional.

Desde otra perspectiva, cuando el TEDH practica en sus sentencias la deferencia que entraña el *margen de apreciación nacional* no es extraño que pueda realizar una recomendación, explícita o tácitamente, encaminada a la modificación del ordenamiento interno. Así en el caso de la elevadísima cláusula de barrera legal electoral en Turquía (nada menos que un 10% a nivel nacional), pensada para cerrar el paso a los partididos del Kurdistán, el Tribunal Europeo no se atrevió a declarar que esa desproporcionada medida violaba el derecho de sufragio pasivo (artículo 3 Protocolo 1), pero recomendó que se rebajara el umbral hasta límites razonables en la línea de los informes emanados por el Consejo de Europa⁷³. Una sentencia desestimatoria que incluye la sugerencia de una modificación normativa no deja de ser una invitación al diálogo. En los términos propios de las jurisdicciones constitucionales, lo llamaríamos una *sentencia de recomendación legislativa*. Podría ser útil manejar la misma terminología. Cuando el TEDH invita a los Estados a legislar para corregir una situación de difícil encaje en el sistema del Convenio, sin llegar a hacer un control de convencionalidad de la ley, con una aproximación pragmática muy típica de Estrasburgo, está esperando una respuesta de las autoridades nacionales en diálogo con las directrices que ha fijado en su sentencia de recomendación.

Concluyo que sólo en parte y únicamente en la *fase descendente* el diálogo con el TEDH es *normativo* y viene impuesto por las normas; si bien podría matizarse esta afirmación, porque el Convenio Europeo no menciona la doctrina del margen de apreciación nacional, que fue inventada por la Comisión siendo después una doctrina de creación jurisprudencial; no obstante, la discrecionalidad en la ejecución de las sentencias es consustancial al diseño creado por este tratado internacional.

Otra cosa es que el TEDH intente recibir la *influencia* de las soluciones nacionales tanto a la hora de construir su fundamentación normativa en *fuentes internas* al sistema del Convenio como al tiempo de motivar y explicitar su proceso cognoscitivo y volitivo. Un diálogo *facultativo y espontáneo*: no viene «impuesto» por las normas que regulan los procesos, pero resulta «aconsejable» ante el funcionamiento real del sistema y, en definitiva, no menos *necesario* si observamos la cuestión con realismo y atendemos a la delicada posición del TEDH en el Consejo de Europa.

En cambio, las razones para un diálogo *explicativo* subsisten para el TEDH al igual que con el TJ⁷⁴, pues necesita de la colaboración de los tribunales constitucionales y otras

73 *Caso Yumak y Sadak contra Turquía*, de 8 de julio de 2008.

74 KOCH, Ch.H: op. cit, págs. 2-8, recoge como un supuesto de diálogo enriquecedor el debate entre el TEDH y el TJ sobre el diferente papel del *Abogado General* en la Corte de Casación Belga y en el propio TJ. Según el Tribunal de Estrasburgo, *Caso Vermeulen v. Bélgica*, violaba la igualdad de armas en el proceso la participación del Abogado General en un proceso civil de casación, pese a su imparcialidad, al no concederse derecho a la parte contraria para replicar y contradecir sus argumentos. Conforme al Tribunal de Luxemburgo, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Arruba*, este precedente del TEDH era inaplicable en el Tribunal de Justicia, porque el Abogado General forma parte de la propia Corte. Los resultados fueron contrarios, pero ambos tribunales participaron en un enriquecedor razonamiento conjunto sobre el papel de esta institución tradicional en varios países europeos.

altas cortes, que en buena medida son los destinatarios naturales de sus decisiones, para dotar de eficacia a sus sentencias; si bien ciertas medidas de fuerza por parte del TEDH no son descartables⁷⁵. Los *mediadores* encargados de hacer una especial pedagogía, esto es, de divulgar y exponer la doctrina europea a los órganos judiciales e imponerla al legislador en sus exégesis. Tal condición parece desprenderse naturalmente de su carácter de *intérpretes supremos* de las normas constitucionales sobre derechos, pues, en virtud de esta unión de jurisdicciones, vienen obligados a realizar una *interpretación constitucional secundum Conventionem*, consistente en cerrar los espacios abiertos en las normas constitucionales conforme a la jurisprudencia que emana del Convenio.

Algunos países ciertamente tienen verdaderas *clausulas constitucionales de apertura al Derecho Internacional* sobre derechos que se recogen en mandatos expresos dentro de constituciones como la española (artículo 10 CE), con origen en la portuguesa (artículo 16), y, a imitación de ambas, en muchas otras de América Latina⁷⁶. Pero, en las leyes fundamentales donde estas disposiciones no existen, Alemania o Italia, debe pensarse igualmente que es una consecuencia lógica de la imposibilidad de contradicción entre las obligaciones internacionales y las normas internas dentro de un mismo ordenamiento. En definitiva, puede ser conveniente introducir tales cláusulas constitucionales, básicamente destinadas a orientar a los intérpretes judiciales ordinarios o inferiores, pero es razonable pensar que el intérprete constitucional supremo deba llegar al mismo resultado allí donde esa recomendación no exista, pues está en la naturaleza de las cosas.

En definitiva, si bien es cierto que el Tribunal Europeo no viene expresamente obligado al diálogo, estos sólo es parte de la verdad en un escenario de pluralismo constitucional y ni siquiera la más importante, pues es inmanente a su posición en el vértice de un sistema de protección multinivel de derechos y a la eficacia ulterior de sus sentencias, que deba impulsar el dialogo con los tribunales constitucionales y con otros órganos jurisdiccionales. Sus interpretaciones y argumentos deben comprender el pluralismo de los ordenamientos jurídicos europeos tanto para ponderarlos antes de dictar un pronunciamiento fundado en un sólido basamento mayoritario como para otorgar una mayor legitimidad a sus decisiones, generar amplios consensos interestatales y, en consecuencia, contribuir a construir una identidad europea en torno a unos derechos. Todo ello, como suele decir el propio Tribunal, con el fin de lograr que el Convenio actúe como un verdadero *instrumento constitucional del orden público europeo*⁷⁷ y alcanzar una unión más estrecha.

75 En el *Caso Greens y MT contra el Reino Unido*, de 23 de noviembre de 2010, sobre los derechos de sufragio de los presos se da un paso garantista decisivo. Ya en el célebre *Caso Hirst contra el Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005, se rechaza la automática y tradicional exclusión de estos derechos de los presos con independencia del tipo de delito. Ahora, en *Greens*, se dio un plazo de seis meses al Estado demandado pidiéndole una pronta acción legislativa en materia electoral, un plazo que luego fue ampliado. De ello da noticia Lech GARLICKI: op. cit., epígrafe 12. El *Caso Emre contra Suiza*, de 11 de octubre de 2011, supone otra muestra de fuerza del TEDH frente al incumplimiento de sus decisiones quien estimó que no producía una *restitutio in integrum* prohibir temporalmente la entrada al recurrente en el país en vez de anular la prohibición.

76 Cfr SAIZ ARNAIZ, A: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10. 2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

77 Es clásico el *Caso Leizidou contra Turquía*, de 23 de marzo de 1995, § 75, donde el TEDH se negó a admitir una restricción territorial a la aplicación del Convenio, porque debilitaría su eficacia como instrumento constitucional del orden público europeo.

Me parece que este fenómeno constituye una verdadera *integración funcional* en torno a derechos. Tomemos la muestra de una importante sentencia, el caso de la prohibición de manifestación de los homosexuales en Moscú el día del orgullo gay⁷⁸, el TEDH sistematiza su lenta contribución a la construcción de un *amplio consenso europeo* en materias relacionadas con los *derechos de los homosexuales* y la interdicción de discriminaciones basadas en la orientación sexual. Un consenso que no es absoluto, pues algunas cuestiones como puede ser el matrimonio de los homosexuales o sus derechos de adopción de menores restan en el margen de discrecionalidad de los Estados, pero en el que se ha avanzado mucho, creando un orden público europeo, algo de lo que el Gobierno demandado dudaba.

6.- *El TEDH como tribunal comparatista*. No es extraño sino un fenómeno cada vez más habitual que el Tribunal afronte en sus sentencias un análisis comparado de las diferentes regulaciones estatales de una institución⁷⁹ cuando resulta controvertida a la luz de los derechos fundamentales en juego. Un trabajo enrevesado, pues debe hacerse sobre casi una cincuentena de ordenamientos bastante dispares, si bien, a menudo, el Tribunal se contenta con analizar una amplia muestra sin pretensiones de exhaustividad. Pero la institución parece poseer medios suficientes para estos trabajos. Ha podido por eso decirse que Estrasburgo es el «tribunal comparatista por excelencia»⁸⁰.

El análisis por el TEDH del *Derecho comparado europeo*, cotejando la situación normativa de los ordenamientos de los Estados miembros es frecuente, a la búsqueda de un consenso normativo europeo, o *common background*. A menudo se trata de un verdadero *método comparado*, puesto que la Corte de Estrasburgo integra esos argumentos comparados dentro de su motivación, aunque la comparación no siempre concluya en la edificación de una categoría común. Pero, otras veces, el Tribunal se contenta con mostrar primero el panorama legal europeo, el *status quaestionis*, para curiosamente resolver luego el asunto con una finta mediante una aproximación pragmática⁸¹. La *ratio decidendi* no viene ligada a un control de convencionalidad abstracto de la ley sino a las concretas circunstancias del caso. El Tribunal está mostrando entonces las deficiencias de la regulación nacional que se aparta de la tendencia mayoritaria europea, pero no se atreve a hacer un juicio de convencionalidad de las normas y se limita a las prácticas o aplicaciones; en sentido estricto, puede que aquí no haya realmente un método comparado. Sin embargo, a mi jui-

78 *Caso Aleksayev contra Rusia*, de 21 de octubre de 2010.

79 Mencionaré algunos ejemplos, si la memoria no me falla, *v. gr.*, en materia de procedimiento y administración electorales, de cláusulas de barrera legal, de prostitución no forzada, de pruebas de paternidad, de matrimonio entre homosexuales, de adopción de niños por parte de personas solteras, de derecho a la educación de los menores extranjeros, de derechos electorales de los presos, y un largo etcétera.

80 VERGOTTINI, G de: op. cit., pág. 480 ss, se basa en ROZAKIS, C. L.: «Il giudice europeo come comparatista (Corte Europea di Diritti del Uomo)» en MARKESINIS, B. y FEDKE, J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto straniero*, Bolonia, 2009, pág. 460.

81 *Caso Anatoliy Ponomaryov contra Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, sobre el derecho a la educación de los niños inmigrantes sin permiso de residencia, donde el TEDH analiza la situación en las regulaciones de 27 Estados y parece hacer aflorar un estándar europeo, pues la mayoría les concede el derecho la educación gratuita al nivel de enseñanza obligatorio. Pero no impone la modificación de la ley sino que estima la demanda por la discriminación de los niños quienes vivían en el país con sus padres desde hacía años. No hay control de convencionalidad, pero se decanta un estándar mínimo y se invita tácitamente a la reforma legislativa. Un primer y diplomático toque de atención al Estado demandado.

cio, podríamos hablar de un *comparado argumental* o «*constructivo de normas*» y de un comparado «*panorama legal*». Evidentemente, no siempre el diálogo jurisdiccional se produce desde este sólido basamento, pero cuando así ocurre su valor es superior y los resultados más persuasivos e incontestables.

Esta situación no es la misma que la *influencia* persuasiva de otro tribunal internacional, como puede ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos, u otro tribunal extranjero, como ha ocurrido cuando el TEDH cita a la Corte Suprema de Canadá⁸², o a algún Tribunal Supremo o Constitucional no europeo. Una comunicación judicial basada en la *influencia* del derecho extranjero me parece diferente a lo que he denominado *comparado constructivo o panorámico*.

7.- *La tensión entre juzgador garantista e institución internacional*. Al cabo, el diálogo, entendido como influencias sucesivas o como recurso al método comparado, es la consecuencia lógica de la misma naturaleza de las cosas. Primero de la prudencia de todo *juzgador* que debe conocer la realidad normativa sobre la que opera, con mayor razón ante una pluralidad de ordenamientos internos muy diferentes entre sí. Pero también de la diplomacia del *órgano internacional* que debe asegurarse normalmente del consentimiento mayoritario de los Estados, que está en la base del sistema del Convenio, para garantizar el regular funcionamiento del tribunal y el cumplimiento efectivo de sus sentencias. La Corte no debe adentrarse a navegar en aguas profundas y dejar de ver la costa. En esta *tensión* entre fuerzas opuestas, entre *juzgador imparcial* de derechos y prudente *institución internacional* se mueve siempre la Corte Europea⁸³. Una tensión enriquecedora, pero que puede albergar algunos desfallecimientos. Esperemos que sean más las contradicciones enriquecedoras que las fallas en el estándar de garantías europeas. Pero me temo que la condición internacional de la Corte Europea le obligue a veces a dar por buenas, para mantener la misma viabilidad del sistema, juicios de otros altos tribunales o normativas nacionales que sólo forzando las cosas y recurriendo al paraguas del margen de apreciación nacional, puede considerarse que realmente lo son desde una perspectiva estrictamente garantista. Pero así son las cosas en la integración europea.

Tampoco puede desdeñarse que estando, en particular, los tribunales constitucionales más cercanos a la realidad social de cada país, sea razonable que deban tener un rol

82 *Caso Hirst contra el Reino Unido*, de 30 de marzo de 2004, la nueva doctrina sobre el reconocimiento de derechos electorales (sufragio activo) a los presos viene influida por la sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Caso Savé* (nº 2), de 31 de octubre de 2002, que ya habían citado los tribunales ingleses, quienes manejaron también otra sentencia de la Corte Suprema de los EEUU en sentido contrario.

83 Puede verse el polémico trabajo de NEUMANN, G.L («Import, export, and regional consent in the Inter-american Court of Human Rights» en *The European Journal of International Law* Vol. 19no. 1, 101-123) quien sostiene que la Corte Interamericana es uno de los mayores importadores de interpretaciones sobre derechos y que, ante la falta de apoyo regional y la debilidad de los tribunales y democracias, ha mirado hacia el TEDH como mayor referencia para su interpretación, olvidando el consentimiento de los Estados, de una comunidad regional, como factor esencial para la interpretación de un tratado internacional, lo que pone en riesgo la efectividad del sistema (p. 101). No obstante, esta posición ilustra la necesidad de mantener el equilibrio de ambas fuerzas que planteo. Sin embargo, creo que el autor no advierte bien la inevitable naturaleza expansiva de cualquier jurisdicción que garantiza derechos, quizás por la falta de ingredientes constitucionales en sus tesis, cuando afirma: «the humanization of international law has not proceeded so far as to make international human rights tribunals *selflegitimating* on their basis of their *direct relationship with individuals* human beings» (p. 115). Justamente es también así.

central en la ponderación de ciertas pautas culturales, sensibilidades políticas o realidades históricas. Mas hay una delgada línea roja que esas ponderaciones no pueden traspasar sin violar los estándares europeos.

La tensión entre juzgador garantista y protección internacional se mueve precisamente entre la tendencia de todo tribunal de derechos a fundar su autoridad y jurisdicción en la relación directa con las víctimas (*autolegitimación*) y la necesidad diplomática de apoyarse en el consentimiento de los Estados (*beterolegitimación*).

8.- *Una secuencia de procesos: recursos ordinarios; amparos judiciales, constitucionales y europeo; cuestiones de inconstitucionalidad y prejudiciales. ¿Un diálogo directo o indirecto o ambos a la vez?* Los instrumentos formales y los procedimientos inciden también en la forma y contenidos del diálogo. No existe un cauce procedimental específico a través del cual el diálogo ante el TEDH y los tribunales internos, los constitucionales entre ellos, se produzca. No está prevista una cuestión prejudicial análoga a la dispuesta respecto del TJ y existe una *heterogeneidad en los procedimientos*.

El caso llega a la jurisdicción de Estrasburgo mediante una demanda de quien se considera víctima de una violación, tras agotar las vías de recurso existentes en los ordenamientos internos (artículo 35.1 CEDH), y a través de un instrumento procesal que podemos caracterizar como un recurso de *acceso directo o amparo europeo*: una acción específica de tutela de derechos fundamentales donde no pueden deducirse de forma independiente pretensiones de estricta legalidad.

A ese amparo europeo se accede, normalmente bien después de un *recurso ordinario*, en el que cabe formular alegaciones sobre derechos junto a cuestiones de legalidad, o bien después de un *amparo judicial de derechos* ante la jurisdicción ordinaria, como vía preferente y sumaria, y, a menudo, en uno u otro caso, después de un *recurso constitucional de amparo o queja constitucional (Verfassungsbeschwerde)* ante el Tribunal Constitucional en los países donde existe este instrumento que distan de ser todos.

El sujeto que normalmente reproduce sus argumentos de convencionalidad sobre el significado del derecho es el actor, la *presunta víctima*, con mayor razón si la exégesis que ha recibido en el sistema interno de garantías es contraria al *acquis conventionnel*. Pero también expone su comprensión del derecho el *Gobierno demandado*. Así es si el caso llega a Estrasburgo en una secuencia sucesiva de amparos. El *diálogo judicial* es entonces *indirecto*.

Tampoco es descartable que sean los órganos judiciales internos quienes hayan confrontado ya previamente las doctrinas constitucionales internas y las europeas alcanzando algunas conclusiones; con mayor razón, si un órgano judicial ha planteado una *cuestión de inconstitucionalidad* ante su Tribunal Constitucional, poniendo en conexión las normas constitucionales y las del CEDH. El dialogo judicial es entonces probablemente de alguna manera *directo*. Ambas vías procesales posibles estimo que inciden en la forma del diálogo y en su carácter directo o indirecto.

Bien es verdad que el Tribunal Europeo tiene ocasión en todos los casos de conocer en las actuaciones el entendimiento del derecho fundamental propio del ordenamiento nacional y la interpretación del mismo que han hecho los tribunales internos y otras autoridades, singularmente, el legislador. De hecho un apartado habitualmente presente en la estructura de los antecedentes («*the facts*») de las sentencias europeas es el del Derecho interno («*relevant domestic law*»).

A la vista de las razones expuestas, no parece que estemos habitualmente ante un diálogo judicial *directo*, expreso y entre órganos judiciales, sino *indirecto* o provocado a través de la mediación argumental del recurrente en *amparo*, la presunta víctima, y del Gobierno demandado quien de algún modo asume la representación de las autoridades internas, las judiciales entre ellas. Pero el diálogo puede perfectamente ser *directo* si es un órgano judicial quien suscita sus dudas de constitucionalidad, ligadas a las de convencionalidad, mediante una *cuestión de inconstitucionalidad* ante el Tribunal Constitucional nacional, que expresa su opinión al respecto, delimitando el objeto del caso, y luego el debate concluye en un amparo o queja europeos a instancias de la víctima que no comparte dicho entendimiento.

Por carambola —*par ricochet* como gusta decir a la doctrina francesa— tampoco puede descartarse que el diálogo se suscite cuando un Tribunal Constitucional —o un órgano judicial— suscita una *cuestión prejudicial* ante el TJ y le pregunta, en un diálogo a tres bandas, si una norma comunitaria se acomoda a la doctrina del TEDH y los derechos del Convenio. Un *diálogo a tres bandas* entre el TH, el TEDH y un tribunal constitucional o nacional. La experiencia española ha ofrecido un interesante caso recientemente donde el Tribunal Constitucional ha planteado una cuestión prejudicial al TJ preguntándole si la Decisión Marco 2002/584/JAI que regula la orden europea de detención y entrega se ajusta a los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario y, en concreto, si viola el artículo 6 del Tratado de la Unión y el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, comprendidos a la luz del artículo 6 CEDH; la jurisprudencia del TEDH aparece como un canon privilegiado⁸⁴. Un buen ejemplo de trabajo en red, y una interesante contribución a la europeización de las jurisdicciones constitucionales. Un Voto Particular del Magistrado Pérez Tremps se manifiesta favorable a abandonar «estériles disputas de jerarquía jurisdiccionales para integrarse en un mucho más fructífero diálogo entre las instancias jurisdiccionales» nacionales y europeas, y defiende que los Estados de la Unión comparten una cultura de los derechos y un parámetro común (que integra el CEDH entre otras normas) donde se enmarca la equivalencia formal de los sistemas nacionales y la aceptación de la suficiencia de las garantías sustanciales ofrecidas; por tanto, existe un parámetro europeo común y los Estados no puede imponer —afirma— a otros su parámetro nacional de protección. Reservemos este *principio de equivalencia y suficiencia de los derechos* y la disociación entre el *parámetro común* y los nacionales.

Es asimismo un ejemplo de diálogo a tres bandas el Asunto *Hassen El Dridi* (c-61/11), de 28 de abril de 2011, donde el TJ resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano sobre una Directiva de la Unión sobre procedimiento de expulsión de extranjeros en situación irregular, y afirma que esta directiva pretende garantizar sus de-

84 ATC 86/2011, de 9 de junio. Se trata de una condena penal en ausencia o rebeldía de un ciudadano italiano, por un delito de quiebra fraudulenta, que dio lugar a una solicitud de extradición concedida por la Audiencia Nacional y que fue recurrida en amparo constitucional. El Voto Particular apoya con carácter general el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ por el Tribunal Constitucional, pero discrepa en este caso concreto, ya que las circunstancias lo hacían innecesario, porque el acusado decidió renunciar a su presencia en el juicio. El debate en nuestra jurisdicción constitucional sobre el sentido de esta vía procesal como instrumento de diálogo es, no obstante, previo, debe verse la STC 87/2010, de 20 de octubre. Puede leerse ALONSO, R: «Cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)», *Working Paper on European Law and Regional Integration*, n° 4, 2011.

rechos y que debe seguirse la jurisprudencia del TEDH en el *Caso Saadi contra el Reino Unido*, con sentencias de 11 de julio de 2006 y 29 de enero de 2008 (Gran Sala). Parecido diálogo se produce en el Asunto *N. S. contra Secretary of State for the Home Department (c-411/10) et M.E. y otros contra Refugee Applications Commissioner (c-493/10)*, de 21 de diciembre de 2011, donde se añade que los Estados miembros deben presumir el cumplimiento de los derechos de la CDFUE por otros Estados miembros, pero esta *presunción de confianza mutua* no es irrefutable y puede ser revisada; se usa como estándar la STEDH *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011. El TJ parece pues tácitamente reconocer un efecto de cosa interpretada a las decisiones del TEDH en esta concurrencia de jurisdicciones⁸⁵.

La *geometría* de este diálogo mediante sucesivas acciones (recursos y amparos o cuestiones de inconstitucionalidad y prejudiciales) no es *plana*, pues no se trata de puntos o sujetos continuos y ubicados en un mismo plano, es decir, varias fases de un mismo procedimiento si no de procesos en tres planos independientes y sucesivos en el tiempo (judicial, constitucional, europeo). Es una geometría *descriptiva*.

Desde otra perspectiva, los tribunales constitucionales no suelen ser los encargados de anular las *sentencias judiciales firmes* declaradas en violación del Convenio, aunque existan algunas ocasiones en que así se haya hecho en amparo constitucional⁸⁶ como excepción a la regla. Para esta labor, deben abrirse por los legisladores vías específicas de *recursos extraordinarios de revisión o de reexamen* a cargo de tribunales supremos. Un deber que algunos ordenamientos europeos han cumplido con más diligencia que otros, y entre los más rezagados se encuentra España, pese a que han existido iniciativas legislativas a este respecto que no llegaron inexplicablemente a aprobarse.

Sobre todo, la labor de los *tribunales constitucionales* como intérpretes supremos de las constituciones y de la legalidad adherida a los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales no puede desentenderse de las obligaciones internacionales que emanan del acervo que supone la extensa y transversal doctrina del TEDH: de su eficacia de *cosa interpretada*⁸⁷. Claro está que esta eficacia no es la misma que la intensa *vinculación* a las sentencias constitucionales y los tribunales nacionales pueden dialogar, incluso «canalizar su desacuerdo» con la muy casuística jurisprudencia europea intentando su modulación y arriesgando nuevas líneas interpretativas, sobre todo, donde exista un margen de apreciación nacional⁸⁸.

85 Vid MARTÍN-RETORTILLO, L: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas españolas y europeas*, Civitas, Madrid, 2006. Y los pioneros *Casos Koua Poirrez contra Francia*, de 30 de diciembre de 2003, y *Bosforus contra Irlanda*, de 30 de junio de 2005, que comenta.

86 Vid ARANGÜENA, C. «El cumplimiento de las sentencias del TEDH y la revisión de sentencias firmes» en *Integración europea a través de derechos...*, op. cit., págs. 289-323, «El caso español», pág. 304 y ss, sobre las sentencias al respecto del Tribunal Constitucional en amparo.

87 Debe verse QUERALT, A: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; y *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. Este efecto de cosa interpretada es central para el cumplimiento de las sentencias supranacionales.

88 FERRERES, V: «El juez nacional ante el Derecho europeo. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo» *Integración europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñate, 2006, especialmente págs. 232-241. El problema a mi entender se reduce a describir que entendemos por «vinculación» a las sentencias del TEDH: no cabe un escenario de confrontación u oposición manifiesta del juez nacional, si entendimientos compatibles y concurrentes. Normalmente la amplitud y flexibilidad de los criterios de Estrasburgo y el carácter normalmente pragmático de su jurisprudencia facilita el diálogo antes que la oposición y otro tanto debe hacer el juez nacional.

Otro tanto semejante ocurre con los *órganos judiciales ordinarios* que son también destinatarios de esa eficacia de cosa interpretada de las sentencias de la Corte de Estrasburgo, pese a que sean los altos tribunales, los tribunales constitucionales y supremos, quienes deben continuamente darles a conocer esta doctrina en una labor de mediación y canalizar o vertebrar este diálogo. Desde esta perspectiva, me parece óptima la herramienta procesal dispuesta en la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que regula un nuevo recurso de *casación para la unificación doctrina* y establece la posibilidad de utilizar como doctrina de contraste la establecida en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 219.2 y la exégesis que del mismo se hace en el preámbulo). Esta previsión legal reforzará la eficacia de las sentencias de Estrasburgo, operando como sanción en casos de ausencia de seguimiento de jurisprudencias consolidadas.

Debería asimismo permitirse dar relevancia en el amparo constitucional a la *contradicción de la jurisprudencia del TEDH* mediante una formulación en la demanda de una interpretación constitucional conforme o *secundum conventionem*, así como permitir a los órganos judiciales ordinarios, en vez de inaplicar una ley supuestamente contraria al Convenio, lo que les está vedado, plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que se pronunciara⁸⁹. Dos instrumentos procesales más de diálogo.

El diálogo también existe, sobre todo, puesto que los intérpretes supremos domésticos poseen la oportunidad de dar forma y matizar en su *jurisprudencia constitucional* las interpretaciones del Tribunal de Estrasburgo. A título de ejemplo, las bases de la importante doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el Juez independiente e imparcial, en sus dimensiones objetiva y subjetiva, arrancan del *acquis conventionnel européen*, pero poseen algunas diferencias según han sido ya puntualizadas por nuestra doctrina científica⁹⁰.

Con mayor relevancia, no olvidemos que la protección dispensada por el TEDH es normalmente una *tutela internacional de mínimos* y, en consecuencia, que un tribunal constitucional puede venir obligado por su propio parámetro de enjuiciamiento interno a dar una *protección constitucional mayor* que la europea, más amplia en sus contenidos o en las facultades reconocidas, sin salirse fuera del mismo objeto del derecho que viene protegido tanto en sede constitucional como convencional. La tutela del TEDH y la de los tribunales constitucionales es de distinta intensidad.

Por último, si se contempla el asunto desde la lógica de la división del trabajo, de una división de competencias entre jurisdicciones, puede razonablemente pensarse que la *tutela subjetiva* del derecho debería normalmente dispensarse por los órganos judiciales nacionales. Así es así corrientemente en los Estados de Derechos más consolidados, a diferencia de la media docena de Estados más demandados ante la Corte Europea, salvo en las ocasiones en que el sistema de garantías interno no funcione adecuadamente por diversas razones y sea preciso un control externo e independiente. Si esta situación se consolidase

89 En el mismo sentido, FERRERES, V: op. cit., págs. 250 y 252.

90 Cfr JIMÉNEZ ASENSIO, R: *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, y GARCÍA ROCA, J y VIDAL ZAPATERO, J.M: El derecho a un Tribunal independiente e imparcial: una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia» en *La Europa de los derechos...*, op. cit., pág. 376 y ss.

con el tiempo, cabría pensar en una progresiva *objetivación del amparo* europeo. Un proceso semejante al que ha ocurrido con el amparo constitucional en Alemania y España cuyas causas ya han sido bien estudiadas y explicadas por ambas doctrinas nacionales. Asistiríamos entonces a un *diálogo estructural* entre intérpretes supremos cada uno en su orden, que ahora sólo se produce en algunas ocasiones. El proceso constante de desbordamiento de los asuntos pendientes de solución ante el TEDH desde la entrada en vigor del acceso directo es una razón más para caer en la cuenta de que seguramente el TEDH no podrá continuar en el futuro haciéndose cargo de la reparación subjetiva de muchos millares de violaciones entre centenares de millones de ciudadanos, una situación semejante a la parábola evangélica del intento de sacar el agua del mar con un vaso. Mucho me temo el TEDH, como ha ocurrido ya con los tribunales constitucionales, deba concentrarse en interpretar el contenido de los derechos del sistema del Convenio y recabar la colaboración de otros sujetos para la reparación de las violaciones subjetivas en una suerte de diálogo y *división de poderes jurisdiccionales*.

¿Es entonces ya *el TEDH un Tribunal Constitucional Europeo* en materia de derechos fundamentales? El interrogante no es nuevo, son muchos los autores que se han hecho la pregunta⁹¹, lo es en parte, materialmente, en su *función* de garante de los derechos, pese a que utiliza un *parámetro* que no es formalmente constitucional, pero sí dotado de supremacía. También en la *interpretación* que sigue criterios y principios habituales en una interpretación constitucional, y en la *determinación* del contenido de los derechos. Pero no lo es en los menguados *efectos* directos y subjetivos de las *sentencias* europeas ni en otros extremos. Las funciones de una y otras jurisdicciones son complementarias y concurrentes, y normalmente la plena reparación de los derechos —la *restitutio in integrum*— se producirá en el nivel nacional, pese a lo mucho que ha avanzado en este asunto la jurisprudencia europea. El amparo europeo debe ser *subsidiario* del judicial y del constitucional y, según las nuevas democracias europeas consoliden sus sistemas internos de garantías, debería ser *excepcional*. Pero llevará tiempo.

El diálogo obliga a que ambas jurisdicciones —la europea y las constitucionales— mantengan una cierta *coherencia sustancial de sus jurisprudencias*, impidiendo colisiones o interpretaciones contradictorias y buscando interacciones recíprocas, materializando de ese principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos. Este *ingrediente telológico* es la esencia de todo verdadero diálogo. Las decisiones del TEDH actúan como precedentes, con la lógica del *stare decisis*, y orientan e informan las decisiones de las jurisdicciones constitucionales. Pero, a su vez, la jurisprudencia del TEDH se ha inspirado a menudo en las jurisprudencias de los tribunales constitucionales que las propias demandas les elevan y a veces la mencionan⁹². Algunos de los Jueces europeos incluso han sido pre-

91 Entre otros, FLAUSS, J.F: «La Cour Européenne des droits de l'homme est-elle une Court Constitutionnelle » en *La Convention des droits de l'homme: développements récents et nouveau défis*, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 69-92. También VOßKHULE, A: op. cit., y un largo etcetera.

92 El mencionado *Caso Anatoliy Ponomaryov contra Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, sobre el derecho a la educación de los menores extranjeros en situación irregular, cita los criterios: del Tribunal Constitucional español en la *STC 236/2007* sobre el mismo problema quien a su vez invocó el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, el de la *Supreme Court* de los EEUU en *Plyler v. Doe*, y el del Parlamento del Consejo de Europa en una Resolución de 2006. Diríase que el TEDH pretende cargarse de razones, buscando aliados. Un buen ejemplo de diálogo constructivo de estándares mínimos.

viamente Magistrados constitucionales y llevan en sus maletas sus tradiciones constitucionales, a menudo comunes al constitucionalismo europeo antes que nacionales, y otro tanto semejante ocurre con la formación de los juristas que les asisten en la confección de las sentencias.

Esta *unión de jurisdicciones* se vale de unos mecanismos procesales y criterios hermenéuticos. Uno de ellos es el *margen de apreciación nacional*. Otro y en sentido contrario, la *apertura al Derecho Internacional* sobre derechos humanos que imponen a los tribunales constitucionales las obligaciones internacionales y a veces recuerdan expresas cláusulas constitucionales de apertura. Pero, en todo caso, incluso en ausencia de estas cláusulas expresas y según nos recuerda Voßkuhle: «the Federal Constitutional Court is to speak indirectly in the service of enforcing international law»⁹³. Esta apertura —sostiene— al Derecho Internacional de los derechos humanos, y con más razón al Derecho de la Unión que a menudo recibe el legado del CEDH, supone una aproximación «amistosa» (*Europarechtsfreundlichkeit*) de las jurisprudencias implicadas, que permite visualizar sus aproximaciones de forma intuitiva y espontánea, lo que facilita la participación en el diálogo, la integración y la cooperación. Los tribunales constitucionales deben reforzar el Derecho que emana del sistema del Convenio.

El *acceso directo* de los justiciables al TEDH desde la entrada en vigor en 1998 del Protocolo 11, al desaparecer el filtro de la Comisión y fortalecerse la actuación permanente del Tribunal, ha reforzado su papel y posición ante los tribunales constitucionales. El procedimiento individual de acceso ha sido la razón esencial para el amplio triunfo del sistema europeo⁹⁴. Pero, al igual que en la condición humana, las virtudes son también los defectos de las instituciones que pueden morir de éxito. Un sistema europeo de garantía concentrado en Estrasburgo puede acabar siendo incompatible con una legitimación individual tan difusa; y, antes o después, habrá que reordenar el sistema de manera análoga a lo que ya ha ocurrido con los amparos constitucionales.

9.- *Los problemas del acceso per saltum*. En ciertos casos, cabe un *acceso per saltum* ante el TEDH de la supuesta víctima que invoca su derecho fundamental, es decir, sin haber recibido un pronunciamiento previo de su tribunal constitucional, bien porque el recurso de amparo no exista en ese ordenamiento v.gr. Italia, Francia (que quizás también por este motivo ha introducido una singular cuestión de inconstitucionalidad), bien porque el derecho controvertido no tenga acceso al amparo constitucional y sí al sistema del Convenio, puesto que ambos parámetros de garantía no son totalmente simétricos. Así p. ej. el derecho de propiedad, que está en los orígenes del constitucionalismo liberal, no accede al amparo constitucional en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.2 CE en relación con el artículo 33 CE y, sin embargo, tiene expedito el acceso al Tribunal Europeo en virtud del derecho al respeto de los bienes y a la protección de la propiedad privada reconocido en el artículo 1 del Protocolo 1. Un precepto que ha producido una interesantísima y profusa jurisprudencia y que incluso ha introducido por carambola en el sistema del Convenio algunos derechos con contenidos sociales y prestacionales como ocurre con las pensiones⁹⁵.

93 VOßKHULE, A: pág. 188.

94 Idem, pág. 180.

95 Cfr SANTOLAYA, P y DÍAZ RICCI, S: «Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables» en el *Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, op. cit, pp. 272-309.

El problema causado por esta asimetría en los procedimientos de tutela podría acrecentarse con la inadmisión de la inmensa mayoría de los recursos de amparo por la *falta de trascendencia constitucional* en sistemas como el alemán y el español que han avanzado hacia la objetivación del amparo constitucional⁹⁶, con diversos matices, tras décadas de desbordamiento de sus jurisdicciones constitucionales sobrecargadas con pequeños amparos dotados de una preferente dimensión subjetiva. Si los tribunales constitucionales admitieran, según la ley les impone, los casos que afecten a la interpretación de los derechos, y el TEDH no se adentrara en cuestiones fácticas o de prueba y practicara una razonable deferencia con los tribunales domésticos no deberían existir demasiados problemas, al menos en línea de principios. Pero pueden quedar demandas que accedan *per saltum* y enjuicie directamente el TEDH, incluso sobre derechos teóricamente protegidos en amparo constitucional, a causa de la inadmisión del recurso. Me temo que esta realidad, estos cabos sueltos, acaben siendo inevitables y no sé si incluso relativamente frecuentes.

En estos supuestos, donde el TEDH no ha tenido como interlocutor previo a un tribunal constitucional podrían *a priori* producirse desajustes. El TEDH no encuentra entonces un *interlocutor natural* sobre la interpretación del derecho fundamental que es habitual en ese ordenamiento, lo que puede inducirle a errores de composición y hasta dificultar que practique una autocontención. O simplemente este déficit de garantías de un Estado de Derecho puede sobrecargarle de trabajo con asuntos y reparaciones que debería normalmente resolver en amparo el intérprete nacional supremo. Del mismo modo, el propio tribunal constitucional puede sentirse inquietado o perturbado, o incluso ninguneado, porque la Corte de Estrasburgo le imponga una determinada comprensión de un derecho fundamental, sin haberse podido pronunciar previamente él mismo sobre el asunto.

A la vista de lo expuesto, creo que sería muy conveniente reflexionar sobre la necesidad de *acomodar* progresivamente *los parámetros constitucionales* de garantía de derechos, mediante su reforma, al mínimo que entraña el sistema del Convenio. Y ésta sería una de las recomendaciones principales de este trabajo.

10.- *La europeización de las jurisdicciones constitucionales*. Ya he hablado en otro estudio, entre otros, de una *europeización de las jurisdicciones constitucionales*⁹⁷, reflejando la creciente incidencia en la jurisdicción constitucional de una integración europea que ha transformado seriamente los ordenamientos estatales. Es éste es uno de los retos futuros y, al tiempo, una de las transformaciones más importantes del modelo europeo de jurisdicción

96 Un proceso de objetivación empieza asimismo a producirse en el amparo europeo con la tendencia a identificar las causas estructurales de las violaciones, que producen la búsqueda de una verdadera *restitutio in integrum*, superando poco a poco la inicial naturaleza declarativa de las sentencias europeas, véase ZANGHÍ, C: «Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH» en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, op. cit., págs. 199-228.

97 Vid GARCÍA ROCA, J: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción...*, op. cit., epígrafe III. 6 «La europeización del modelo y la concurrencia de jurisdicciones y declaraciones». Sigue esta metodología GOÑI, J.L: «La compleja coexistencia de derechos fundamentales y libertades en las relaciones de trabajo» en *Estudios de la Fundación 1 de Mayo*, 32 Madrid, 2010. Previamente, ALONSO GARCÍA, R: *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; y PÉREZ TREMPES, P: «Las perspectivas del sistema de justicia constitucional en España» en *Foro Constitucional Iberoamericano*, revista electrónica, nº 5, 2004, pág. 9.

constitucional para el nuevo siglo XXI. Un sistema que es ya muy diferente del diseño kelseniano y centro europeo del período de entreguerras, que ha sido articulado de forma diferente en cada ordenamiento mediante una mezcla de control normativo, tutela de derechos y de conflictos constitucionales; tres funciones que se superponen en los diversos procesos. Las intersecciones y *recíprocos condicionamientos* entre las jurisdicciones constitucionales y las dos jurisdicciones europeas en la función de tutela de los derechos previsiblemente serán, de tiempo en tiempo, mayores según avance el proceso de integración y pueden acabar por mutar la labor de los tribunales constitucionales. Las decisiones de las jurisdicciones constitucionales sobre derechos son hoy objeto de una revisión externa por el TEDH en un espacio superior, aunque sea desde un parámetro limitado al control de convencionalidad que no es igual al control de constitucionalidad, pero ha sido en parte construido a su imagen y semejanza. Esto entraña un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al «monopolio» para el control de las leyes del cual emana la misma idea de «valor de ley». Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales. Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red.

Desde hace unos años, el TEDH ha dejado claro que los tribunales constitucionales están también sometidos al sistema del Convenio. Una sujeción de la que se dudó en los momentos iniciales, y frente a la que los propios tribunales constitucionales se resistieron, personándose como *amicus curiae* en varios casos⁹⁸. Actualmente, las garantías convencionales que integran el *derecho a un proceso equitativo* se aplican también a las jurisdicciones constitucionales que pueden verse condenadas por sus retrasos estructurales o sumar sus dilaciones a la duración irrazonable del plazo en la vía judicial previa.

Por otro lado, los tribunales constitucionales tienen en el TEDH un *interlocutor en la división de poderes*. El diálogo judicial debe verse también desde la perspectiva de una nueva forma de división de poderes en la organización constitucional. El TEDH puede coadyuvar a corregir algunas de las pasividades, «manías» o soliloquios de las jurisprudencias constitucionales e incluso insuficiencias⁹⁹. Esta nueva situación se superpone a la

98 Debe verse el *Caso Familia Ruiz Mateos contra España*, de 23 de junio de 1993, sobre la exigencia de plazo razonable al Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el procedimiento en su conjunto, pero hay ejemplos de consideración de la propia duración del proceso constitucional. Es el punto de partida para que el TEDH fiscalizara las actuaciones procesales de los Tribunales Constitucionales. Una jurisprudencia que se ha consolidado pág. ej. en *Kirsten contra Alemania*, de 15 de febrero de 2007.

99 El *Voto Particular* del Magistrado Aragón a la *STC 105/2011*, de 29 de septiembre, sobre el ruido, la contaminación acústica y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), afirma que no existen más derechos fundamentales garantizados en España que los expresamente garantizados por nuestra Constitución, discrepando de la doctrina sentada en la *STC 119/2001* que recibe, bien es verdad que de manera algo forzada, este estándar europeo; y reprocha a la mayoría que no esgrimiera la invocación de un derecho no susceptible de amparo. Un planteamiento formalista —dicho con el máximo cariño y respeto al colega y amigo y a los estrictos efectos dialécticos— que considero obsoleto en cuanto está muy alejado de la realidad del funcionamiento del sistema del Convenio y de la integración europea a través de derechos. Los derechos europeos deben ser equivalentes y alcanzar un parámetro común reclama ciertos esfuerzos hermenéuticos. La positivación de los derechos fundamentales ya no es sólo constitucional en Europa sino internacional y comunitaria: formamos parte de una *Grundrechtsgemeinschaft*. En sentido contrario y análogo al del *Voto particular*, Ignacio GUTIÉRREZ en la recensión a mi libro sobre el margen nacional de apreciación publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 28, 2011, págs. 668-669. Un interesante debate.

autocontención que tradicionalmente solía predicarse de la posición de los tribunales constitucionales en el reparto horizontal de poderes, como única limitación posible, lo que no dejaba de ser un testimonio de pobreza del sistema de contrapesos. Un diálogo derivado de la integración europea que condiciona y limita las decisiones constitucionales. La existencia tanto del TJ como del TEDH son dos buenas razones para evitar que los tribunales constitucionales se encierren en sus monólogos —según temía hace décadas Otto Bachof—, enseñoreándose en exceso de su situación de dominio de la división de poderes interna.

11.- *Los sujetos del diálogo. ¿Un diálogo exclusivamente judicial? El papel de los tribunales constitucionales como mediadores e interlocutores.* La idea de diálogo supone unas conversaciones que se producen entre distintos interlocutores que toman parte en la comunicación de manera razonada y en torno a un código común. Las sentencias de Estrasburgo reclaman de un conjunto de relaciones del TEDH con distintos sujetos nacionales, no sólo órganos judiciales o jurisdiccionales, que poseen obligaciones internacionales encaminadas a implementar y cumplir las resoluciones europeas y a hacerlas efectivas.

Los *poderes constituyentes y de reforma*, pues el juicio de convencionalidad de una medida puede hacer necesaria la reforma de una Constitución¹⁰⁰. Frecuentemente, el *poder legislativo*, sobre todo, en la conformación de los derechos, pero también en la regulación de algunas instituciones legales conectadas con los mismos¹⁰¹. No en balde es el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa quien, en los últimos años, le pide al TEDH que identifique en sus sentencias la causa estructural de reiteradas violaciones en los ordenamientos internos, para que puedan ser removidas por los Estados y alcanzarse tanto una *restitutio in integrum* como una evitación de la actual sobrecarga de demandas. Y, en general, todos los *órganos judiciales* que aplican e interpretan los derechos, muy especialmente las distintas Salas de los tribunales supremos en sus diversos órdenes jurisdiccionales.

Pero los *tribunales constitucionales* son los principales *interlocutores* del TEDH por su carácter supremo en la interpretación de los derechos fundamentales y por la similitud de su función en la tutela jurisdiccional de los mismos. De un lado, intérpretes supremos de los derechos constitucionales; de otro, encargados de explicar y divulgar la jurisprudencia europea a los órganos judiciales tras ponerla en conexión con las garantías

100 Es ejemplar el *Caso Olmedo Bustos vs. Chile*, «*La última tentación de Cristo*», de la Corte Interamericana, de 5 de febrero de 2001, donde se ordena como reparación adoptar las medidas necesarias para reformar la Constitución, anulando el precepto que permitía la censura previa. Menos edificante es el resultado del *Caso Wille contra Lienchtenstein*, de 28 de octubre de 1999, del TEDH que también llevó a la reforma de la Constitución

101 La situación es muy frecuente, v.gr. en el *Caso Putali contra Turquía*, de 26 de abril de 2011, se aplican sendas garantías del Convenio a la disciplina en el ejército, y la decisión viene acompañada de la clara indicación (en virtud del artículo 46 CEDH) al Estado demandado de que el cumplimiento de la condena exige la *modificación de la legislación* vigente. En el *Caso Klaus y Iouri Kiladze contra Georgia*, de 2 de febrero de 2010, se declaró la violación del sistema del Convenio por una *omisión legislativa* ante la ausencia de una ley que reconociera el derecho a una compensación a las víctimas de la represión soviética que vieron confiscados sus bienes. En el importante *Caso Slawomir contra Polonia*, de 20 de enero de 2009, sobre el derecho a la salud de los presos, la Corte interpretó el artículo 46 CEDH, para decir que a menudo la violación del Convenio no se satisface con una obligación de pago de una indemnización, reclama *adoptar medidas legales* internas que pongan fin a las violaciones estructurales y a sus efectos, sometidas a la supervisión del Comité de Ministros.

internas¹⁰², esforzándose en hacer ambas compatibles mediante una interpretación conforme al Convenio. Vosßkuhle ha razonado que cada tribunal constitucional es un *mediador* entre su Ley Fundamental y el sistema legal europeo¹⁰³, señalando su rol central en el proceso. Weber nos recuerda que es función de todos los tribunales constitucionales una «*responsabilidad integradora*» de sus identidades constitucionales, siguiendo una relación de complementariedad y una dialéctica de interacción¹⁰⁴. Qué duda cabe de que también los diversos tribunales supremos o salas del tribunal supremo deben jugar un papel importante como privilegiados interlocutores con los órganos judiciales inferiores que integran sus órdenes jurisdiccionales, pues también ellos son sujetos —y no sólo destinatarios— de una interpretación constitucional. Pero es a cada tribunal constitucional nacional a quien corresponde mantener la unidad de la exégesis de los derechos en su ordenamiento.

12.- *Ventajas e inconvenientes de la tesis. Debilitamiento metodológico y fetiche retórico. Un factor del proceso de integración europea y de limitación externa de la soberanía nacional.* El principal inconveniente que advierto, derivado del uso de la herramienta que es el diálogo judicial, es el riesgo de un *debilitamiento metodológico* por su tremenda flexibilidad y por erigir una construcción débil según nos ha advertido Vergottini. Mas quizás el manejo de esta dúctil expresión no debería llevarnos necesariamente a abdicar del rigor en la construcción jurídica. Es verdad que, si todo es diálogo, podríamos estar tentados de no esforzarnos en precisar suficientemente los criterios jurídicos de motivación y fundamentación de las decisiones europeas ni en estudiar de forma singularizada las características de cada una de las diferentes relaciones jurídicas existentes entre los diversos tribunales y ordenamientos. Por eso, en el prólogo a la traducción al español de la obra de este autor, me planteaba la necesidad doctrinal de *descomponer de forma analítica* las varias cosas que integran el diálogo, amontonadas en simple *commixtio*¹⁰⁵. Deberíamos hacer un esfuerzo en identificar la pluralidad de situaciones jurídicas distintas que se producen dentro de lo que llamamos diálogo judicial y ahondar en ellas.

Así, por ejemplo, sostener que el *margen de apreciación nacional* que en ciertos casos el Tribunal Europeo dispensa a los Estados es una diplomática «deferencia» (*deference, comity*) consecuencia de un diálogo con las autoridades democráticas nacionales, siendo una afirmación cierta, no deja de ser una verdad de Perogrullo, que por notoria es simpleza, ya que acaba por conceder una libérrima discrecionalidad al TEDH en sus decisiones. Una situación que difícilmente se compadece con la existencia de un parámetro de control que presida la actuación de cualquier verdadero tribunal, también internacional. Un tribunal debe estar sometido a unas normas procesales y a unas pautas interpretativas su-

102 Un buen ejemplo es la importante *STC 63/2010*, de 18 de octubre, que sintetiza la jurisprudencia del TEDH sobre *torturas y malos tratos* prohibidos por el Convenio, y reclama la efectividad y suficiencia de la tutela judicial efectiva. Así impone a los órganos judiciales la suficiencia de la investigación judicial en casos de denuncias y sospechas razonables de tortura, así como la carga de una motivación referida a estos principios. La posición y el diálogo son impecables.

103 VO KHULE, A: pág. 178.

104 WEBER, A: op. cit., pág. 18, la expresión es del Tribunal Constitucional Federal, y razona cómo no es posible que ningún pueblo europeo se aísle de los demás, ningún pueblo es el elegido de Dios.

105 GARCÍA ROCA, J: Prólogo a VERGOTTINI, G de op. cit., pág. 24, la recepción de la idea de diálogo —decía— no puede ser acrítica ni retórica, debemos molestarnos en ordenar ese cajón de sastre.

ficientemente predeterminadas. Por el contrario, la inmensa mayoría de los especialistas que han estudiado el asunto con más profundidad, aún admitiendo la acusada dependencia del contexto que es el margen, suelen complementar esta afirmación con la propuesta de un estudio más analítico y formalizado de la herramienta, diseccionando sus ingredientes¹⁰⁶.

Sin embargo, me parece que las *ventajas* del recurso al diálogo como marco donde encajar las piezas de las relaciones entre altos tribunales en el espacio europeo son más numerosas que los inconvenientes, y resultan fáciles de enumerar por más que las razones se entremezclen. El llamado «diálogo jurisdiccional» es una realidad —y, en ocasiones, una ficción jurídica—, que permite visualizar en una imagen el proceso de construcción de una garantía colectiva europea sobre derechos, e impulsar su función como instrumento constitucional de un orden público democrático. Supone añadir un factor a ese proceso de integración, dadas las virtudes que se predicán de todo diálogo: un trato que busca una avenencia o consenso. Connota la contribución de un triángulo de jurisdicciones a la lenta conformación de un espacio europeo de decisión, y a una unión progresivamente más estrecha de nuestros pueblos. Muestra como los derechos reconocidos al nivel del Convenio Europeo suponen una clara limitación de la soberanía nacional a instancias de los justiciables; al cabo, una seria restricción a la forma de actuación de los poderes públicos impuesta por autoridades independientes y externas a los Estados. Refuerza la legitimidad de las decisiones europeas y facilita su obediencia, el cumplimiento de las sentencias. Parece una consecuencia inherente a un sistema de protección internacional y colectiva de los derechos que funciona mediante el trabajo en red de varias jurisdicciones¹⁰⁷, y no mediante una relación de jerarquía y supremacía formal entre tribunales. Este es el cambio sustancial. La complejidad de estas dinámicas relaciones entre jurisdicciones reclama prudencia, y categorías extremadamente flexibles, como es un diálogo o comunicación judicial (*a process of judicial exchange*). Se pretende que diferentes tribunales participen en la construcción de unas interpretaciones conjuntas, armonizadas con la técnica de la interpretación conforme, se trata de «aprovechar la sabiduría de las culturas jurídicas del mundo, y no la búsqueda de una superior»¹⁰⁸.

No obstante, tampoco conviene mitificar las virtudes del diálogo, como ha denunciado Vergottini, temiendo que construyamos un *mito o «fetiche retórico»*¹⁰⁹. El profesor de Bolonia admite que la apertura de las modernas constituciones a los tratados internacionales sobre derechos, singularmente el CEDH, ha facilitado la creación de un espacio cultural común en el que las exigencias tienden a obtener respuestas similares por parte de los legisladores y de los jueces. Pero advierte que se ha difundido la convicción de que los tribunales constitucionales y los internacionales dialogan siempre entre sí para experimentar soluciones comunes a los mismos problemas. No obstante, mientras existe un diálogo entre los tribunales estatales y los tribunales de Luxemburgo, Estrasburgo y la

106 Por todo, ARAI-TAKASHI, Y: *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2002, una aproximación metodológica que comparto en mi libro sobre ese margen.

107 Véanse los varios trabajos de BUSTOS, R antes citados.

108 Charles KOCH, R: op. cit., págs. 20.

109 Cfr VERGOTTINI, G de: op. cit., pág. 63.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se puede afirmar otro tanto con referencia a las relaciones entre tribunales estatales. Por otra parte, nos advierte de que una cosa es el diálogo y otra la *influencia* unilateral o el *Derecho comparado*. La convicción de que el diálogo está acompañado en todas partes por el recurso a la comparación es infundada. Una afirmación que, como hemos visto, resulta cierta.

13.- *Una variedad de posibles escenarios de diálogo*. En consecuencia, pese a que he optado por defender un concepto amplio y flexible de diálogo judicial, suficientemente dúctil como para explicar la muy variable naturaleza del objeto que se estudia y poder ser aceptado por una cincuentaena de diferentes tradiciones jurídicas estatales, trataré de hacerlo compatible con la disección analítica de una variedad de posibles escenarios de diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales; una deconstrucción que nos permita profundizar algo más, aunque su desarrollo deberá ser objeto de otro estudio. El diálogo engloba un conjunto de variadas actividades jurisdiccionales que unificamos bajo esta denominación y que sólo pueden comprenderse mediante un elemento teleológico, la construcción y garantía efectiva de unos derechos fundamentales compatibles en un espacio europeo común, y no mediante expedientes procesales o formales.

Adelanto que es difícil categorizar, y podría incluso ser inconveniente hacerlo en exceso, si pretendemos que el diálogo siga siendo una herramienta dúctil para una multiplicidad de potenciales destinatarios formados en culturas jurídicas muy diversas, lo que constituye su principal virtud. Intentaré identificar *algunas situaciones* específicas, mas no pretendo ser exhaustivo, y, en todo caso, conviene no perder la unidad de esta lógica con desagregaciones excesivas.

Primero, la *influencia* de un ordenamiento en otro a través de una jurisprudencia consolidada, o de una doctrina científica, o de unas normas reconocedoras de derechos. Puede ser *unidireccional* cuando deriva de una *migración de ideas* en un sólo sentido de la marcha: la incorporación de unos estándares, normas o argumentos procedentes de otro ordenamiento; el uso de *precedentes* de otro tribunal, con una mayor o menos intensidad en su autoridad, es un buen ejemplo¹¹⁰. Pero también cabe que sea, y es frecuente, una *influencia recíproca* entre dos o más partes del diálogo, produciendo una situación, más compleja, de recíproco enriquecimiento (*cross judicial fertilization*). Este segundo sí parece un escenario de verdadero diálogo por su bilateralidad.

La doctrina estadounidense¹¹¹ ha empleado como herramienta la terminología económica *importaciones/exportaciones* que me parece complementaria de la dualidad anterior: bien una situación de mera importación o bien una situación, más deseable, de importaciones y exportaciones recíprocas entre los sujetos del diálogo, ya que favorece la intensidad y la estabilidad de la comunicación judicial. Pero sinceramente no veo la

110 VERGOTTINI, G de: op. cit, pág. 321, afirma que sin interacción no hay diálogo sino mera influencia unidireccional, y ejemplifica diciendo que el Tribunal Constitucional húngaro ha utilizado sistemáticamente la jurisprudencia constitucional alemana, lo que no ha ocurrido a la inversa. Claro que esa situación en cualquier momento puede cambiar. Didier MAUS: «El recurs al precedents estrangers i el diàleg del tribunals constitucionals» en *El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra*, memoria 2009, págs. 57-78, habla de «curiosidad intelectual» e interés documental sobre las reflexiones extranjeras, pero también de proximidad cultural (p. 66), discute la posición nacionalista del Juez Scalia, y diferencia entre «precedente de autoridad», «persuasión» y «autoridad de decisión».

111 Cfr NEUMANN, G.L. op. cit.

necesidad de incorporar al Derecho una terminología economicista que surge en otro contexto y poco o nada aporta más que sendas palabras.

Segundo, el *Derecho Comparado*. Un supuesto más conocido¹¹². En sentido estricto, se produce cuando asistimos a lo que he denominado un *comparado argumental o constructivo* de normas y argumentaciones; no son muchos los casos, pero comienzan a ser más frecuentes ante el TEDH, sobre todo, son raros cuando realmente contribuyen a la creación de unos principios con los cuales resolver el conflicto, ahora bien no hace falta subrayar su evidente importancia. Con sentido análogo, Vergottini, diferencia entre «argumento comparativo», la mera referencia a casos, y «juicio comparativo», siendo sólo apropiado hablar de comparación cuando la interpretación y la toma de decisión integra el razonamiento comparado en la *ratio decidendi*, por regla general esto no sucede, y la reflexión en el momento cognitivo no se adentra en el juicio volitivo¹¹³.

En sentido amplio, es posible asimismo un método de comparación que he llamado *panorama legal* y me parece de uso más numeroso, especialmente en la jurisprudencia del TEDH, aquellas sentencias donde se revisan los modelos de regulaciones nacionales al modo de un manual de Derecho comparado. El fuerte multiculturalismo jurídico y pluralismo político europeos permiten normalmente al Tribunal respetar a los Estados un cierto margen de apreciación nacional en un escenario donde la comparación evidencia unas situaciones muy heterogéneas.

Son frecuentes igualmente, en los últimos tiempos, sentencias del TEDH en las cuales Estrasburgo busca cargarse de razón, de autoridad, en decisiones políticamente sensibles para persuadir a los Estados y poder implementar más fácilmente sus decisiones, y busca aliados¹¹⁴ alrededor —no necesariamente sólo entre los Estados miembros Europa ni sólo judiciales—, invocando precedentes de diversos altos tribunales en varios contextos; es una variante de *argumentación persuasiva y comparada*, que cada vez tiene más sentido dada la universalización de los derechos.

En definitiva, me parece que el uso de la comparación por el TEDH no tiende a ser sistemático o de acuerdo con una metodología sino que arroja características muy particulares y pragmáticas.

Tercero, la búsqueda de un *common background, common basic experience o consenso regional europeo*, en definitiva, la búsqueda de soluciones consensuadas¹¹⁵. Identificado este míni-

112 WEBER, A: op. cit., pág. 22, evidencia que la comparación científica del constitucionalismo europeo es un elemento necesario del Derecho Constitucional europeo y de la propia identidad común, es un proceso de concienciación a largo plazo que no puede desprenderse de la historia: de una perspectiva histórico-comprada.

113 VERGOTTINI, G de: op. cit, pág. 326.

114 VERGOTTINI, G de: op. cit, pág. 327, estima que la cita considerada útil para reforzar la fuerza persuasiva es una forma del tradicional *argumento de autoridad*, puede ser incluso una cita «a mayor abundamiento» (p. 329). GARLICKI, L: op. cit, epígrafe 19, se refiere a los casos en que la Corte de Estrasburgo quiere mostrar cuan extenso es su conocimiento del Derecho Internacional como una mera estrategia de *escaparate (window-dressing)* y los distingue de razonamientos más serios como son cuando menciona diferencias o desacuerdos, v.g. con la Corte Interamericana, o cuando usa el argumento para legitimar una interpretación o revocar una decisión previa.

115 BUSTOS, R: «XV proposiciones...», op. cit., subraya que el diálogo judicial resuelve inconsistencias provocadas por los negociadores diplomáticos y da estabilidad y coherencia al Derecho.

mo denominador común mediante un método inductivo¹¹⁶ en las regulaciones y culturas de los Estados miembros, el consenso permite al TEDH avanzar en una integración funcional de los derechos, imponiendo soluciones comunes a las minorías que se alejan de ese consenso mayoritario y puede que no generalizado. Claro que existe aquí previamente el uso de un método comparado, pero la situación va mucho más allá y entraña un salto cualitativo. Éste es un escenario privilegiado.

Cuarto, una *interpretación constitucional secundum conventionem*. Este suele ser el escenario más habitual, los tribunales internos como jueces del sistema del Convenio deben interpretar sus derechos en armonía con el sistema europeo usando una interpretación constitucional *secundum conventionem* que les permita acomodarse al *aquis conventionnel*¹¹⁷. Se produce tanto en casos de lagunas del ordenamiento interno, como de apertura al Derecho Internacional de los derechos para cerrar los aspectos abiertos en las constituciones; es harto improbable —pero no imposible— que pueda surgir en la realidad una situación de enfrentamiento o incompatibilidad absoluta entre ambos ordenamientos democráticos; un callejón sin salida que sólo podría salvarse mediante la reforma constitucional. Este tipo de *interpretación conforme* viene fortalecida —impuesta— si hay una cláusula constitucional de apertura al Derecho Internacional de los derechos, como ocurre en España y Portugal, pero donde no existe ese mandato expreso, está implícito o inmanente en la urdimbre que entraña el sistema europeo de garantía y se deriva de las obligaciones internacionales.

Una interpretación constitucional *secundum conventionem* es la contrapartida del intenso efecto de *cosa interpretada* que cabe reclamar de las sentencias de Estrasburgo, y creo es la relación más importante. Se aproxima a una creación pretoriana del derecho, pues mediante un fecundo *case law* se alcanzan exégesis generales de los derechos con validez en todo el espacio europeo por encima de las partes y de los concretos casos, manejando la lógica del *stare decisis* y dictando casos de referencia, entre ellos, *los pilots judgements* que permiten resolver series de asuntos. Obsérvese que el propio Tribunal, en las fichas de sus sentencias que publica en su web, da siempre noticia de sus precedentes de referencia en la materia en el epígrafe *Strasbourg Case-Law*, y no parece tanto un ejercicio de información académica o profesoral como un subrayado de su valor como precedentes del caso.

El TEDH, en efecto, no parece dudar de esta eficacia *erga omnes* de sus decisiones según es inevitable en un sistema de garantía colectiva, y no fundado en la mera reciprocidad. Pero no falta quién todavía discute su eficacia vinculante. No en balde el artículo 46. 1 CE, al reconocer la fuerza obligatoria (*binding, force obligatoire*) de las sentencias, establece la obligación de los Estados de «acatar» (*undertake to abide, s'engagent à se conformer*) las sentencias definitivas pero la restringe a «los litigios en que sean partes». Un

116 CARTABIA, M: op. cit., pág. 21, un nuevo derecho —o contenido de un derecho— debe ser sólo reconocido «if it is part of a *common basic experience*» que no debería ser definido con fórmulas abstractas sino con un *live encounter* de las culturas e historias. El método no debe ser deductivo —afirma— sino inductivo.

117 A raíz de las sentencias 348 y 349 de 2007 de la *Corte Costituzionale*, MONTANARI, L: «Giudizi Costituzionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento» en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008-III, págs. XIII-XVIII, razona sobre el papel del juez ordinario como juez común del Convenio mediante una interpretación conforme, y reprocha a la doctrina italiana haber sostenido un debate en clave esencialmente nacional, renunciando a confrontarlo con las experiencias de otros países. Una aproximación que comparto.

tenor restrictivo, sobrepasado por la realidad de la jurisprudencia, pero que debería llevar antes o después a la reforma del Convenio para que las normas se adecúen a la realidad e introducir los ricos efectos de las sentencias en la norma suprema del sistema. Esta *chose interprétée* dista de ser todavía igual a la *vinculación* a las sentencias constitucionales —categoría muy desarrollada en Alemania, Italia y España—, pero opera del mismo modo, y creo que de la comparación entre ambas herramientas se extraen ricas consecuencias. De hecho, la expresión anglosajona *binding*, que connota una obligatoriedad más intensa que la francesa y la española, puede traducirse como «vinculante» que es la misma expresión que emplea el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para subrayar los intensos efectos generales de las sentencias constitucionales.

Por otro lado, en ciertas situaciones de intenso pluralismo debe haber un *margin de apreciación nacional* en la exégesis de la cosa interpretada europea, y una correlativa autocontención (*self-restraint*) del TEDH.

Quinto, la *sobreprotección constitucional* dispensada por el Derecho interno, que desplaza al convencional europeo que, muy a menudo, se contenta con una protección internacional de mínimos; pero no siempre, v.gr. con el derecho a la vida privada y familiar. Así pasa, sin duda, con el derecho a la legalidad penal más protegido en los países de tradición legista frente a los modelos anglosajones de *Common Law*¹¹⁸, pues la garantía de ley formal (como ocurre asimismo en el sistema interamericano) complementa los requisitos de previsibilidad y certeza o taxatividad exigidos por la jurisprudencia europea.

Una vez dado este primer paso en favor de una mayor protección por las jurisdicciones domésticas, en ocasiones, el TEDH podría actuar a su imagen y semejanza y subir el listón de las garantías. Dependerá de la naturaleza del asunto, muchas veces no será posible por la heterogeneidad de las situaciones en los Estados miembros como ocurre con la legalidad y la reserva de ley.

Sexto, una *amplia discrecionalidad de los Estados para la ejecución de las sentencias* europeas. Un intenso margen de apreciación nacional en la selección de los medios, que a su vez es susceptible de revisión en su adecuación al sistema del convenio en nuevas sentencias y enjuiciamientos, no deja de ser una forma de diálogo entre sistemas. Caben diversos procedimientos internos de revisión o reexamen para declarar la nulidad de sentencias firmes lesivas del sistema del Convenio. Cuando el TEDH efectúa una sentencia de recomendación legislativa o identifica la causa estructural de una violación, son los Estados quienes deben decidir como reformar sus constituciones, revisar sus leyes y otras normas para adecuarlas a los estándares europeos. Otro tanto semejante, si los órganos judiciales deben revisar sus criterios de aplicación de las leyes y de exégesis de los derechos.

III. CONCLUSIONES.

Asistimos a un complejo proceso de influencia recíproca e intercambio de ideas sobre derechos entre altos tribunales: un nuevo *case law* creado mediante un diálogo judi-

118 Puede corroborarse esta afirmación en HUERTA, S: «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (artículo 7 CEDH y artículo 4 P)» en *La Europa de los derechos...*, op. cit., págs. 511-543.

cial. Distintas jurisdicciones —ordinarias, constitucionales, convencional y de la Unión— concurren al servicio de la integración europea mediante la garantía efectiva de unos derechos comunes —equivalentes y suficientes— y vienen obligadas por la naturaleza de la situación a elaborar interpretaciones compatibles, evitando el riesgo de fragmentación. Una unión de jurisdicciones que delimita un amplio espacio europeo de garantía cuyos contenidos se expanden. Los derechos fundamentales son un ingrediente esencial de un orden público democrático, un componente axiológico de la cultura del constitucionalismo y de la identidad europea, y el CEDH opera como un instrumento constitucional al servicio de ese orden. La idea de diálogo judicial es un instrumento dúctil, pero algo ambiguo, que se revela en la práctica muy útil para organizar un trabajo en red entre altos tribunales en este escenario de pluralismo constitucional; permite comprender cómo deben dictarse y argumentarse las decisiones sobre derechos, fundándose en los principios de colaboración y complementariedad. Es además una herramienta sencilla que puede ser fácilmente comprendida y aceptada por las culturas jurídicas de nada menos que 47 Estados. Si bien no es claro qué quiere decirse con «diálogo», puede que de esta ambigüedad sea mejor no salir dado el amplio círculo de los destinatarios. Me decanto pues, con realismo, en favor de un entendimiento amplio antes que estricto de la noción que no nos permitiría resolver los problemas ni explicar el funcionamiento real de un trabajo en red. Los tribunales constitucionales deben actuar como interlocutores privilegiados del TEDH en ese diálogo y, al tiempo, como mediadores, junto a los tribunales supremos, divulgando la jurisprudencia europea a los órganos judiciales y las autoridades nacionales y haciéndola compatible con las jurisprudencias constitucionales mediante una interpretación conforme. Sería muy conveniente acomodar los parámetros constitucionales de derechos, mediante su reforma, al mínimo que entraña el sistema del Convenio. Al tiempo, debemos explicar con mayor profundidad las diversas relaciones que se engloban bajo la inclusiva denominación de diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales y que apenas hemos identificado.

TITLE: *Jurisdictional dialogue between the European Court of Human Rights and constitutional courts in the construction of an European public order*

ABSTRACT: We are witnessing a process of influence and cross-fertilization in human rights between high courts. Several jurisdictions —domestic, constitutional, European Court and Court of Justice— cooperate in European integration in order to achieve collective enforcement of rights and therefore compatible interpretations must be constructed. Fundamental rights are an ingredient of a European and democratic public order, and the European Convention on Human Rights must work as a constitutional instrument of this order. The idea of judicial dialogue is such a flexible and ambiguous device that it becomes very useful for organizing a network in this scenario of constitutional pluralism. Nevertheless it is not at all clear what the expression «dialogue» means, however it is probably better not to go very much into detail because of the wide number of member States which have to understand it. Constitutional Courts should act as partners of the European Court of Human Rights and also as mediators, spreading European legal doctrine and making it compatible with their own constitutional doctrines by means of an interpretation *secundum conventionem*. It would be convenient to reform constitutional parameters in order to harmonize their internal standards with the system of the Convention. But we should go further and explain in detail the different relationships which are included under the word «dialogue».

RESUMEN: Asistimos a un proceso de influencia recíproca sobre derechos entre altos tribunales. Distintas jurisdicciones —ordinaria, constitucional, convencional y de la Unión— concurren al servicio de la inte-

gración europea mediante la garantía efectiva de unos derechos comunes y vienen obligadas a elaborar interpretaciones compatibles. Los derechos fundamentales son un ingrediente de un orden público democrático y el CEDH opera como un instrumento constitucional al servicio de ese orden. La idea de diálogo judicial es un instrumento flexible y ambiguo, y, precisamente por ello, muy útil para organizar un trabajo en red en este escenario de pluralismo constitucional. Si bien no es claro qué quiere decirse con «diálogo», puede que de esta ambigüedad sea mejor no salir dado el amplio círculo de los destinatarios. Los tribunales constitucionales deben actuar como interlocutores del TEDH y, al tiempo, como mediadores, divulgando la jurisprudencia europea y haciéndola compatible con las jurisprudencias constitucionales mediante una interpretación conforme. Sería muy conveniente acomodar los parámetros constitucionales de derechos, mediante su reforma, al mínimo que entraña el sistema del Convenio. Debemos explicar con mayor profundidad las diversas relaciones que se engloban bajo la inclusiva denominación de diálogo.

KEY WORDS: Jurisdictional dialogue and network-European Convention on Human Rights-constitutional pluralism-supranational constitutionalism-constitutional interpretation-domestic constitutional courts-European Court-cross fertilization-Comparative Law-*ius commune*-European integration.

PALABRAS CLAVE: Dialogo judicial y trabajo en red- Convenio Europeo de Derechos Humanos- pluralismo constitucional- constitucionalismo supranacional- interpretación constitucional- tribunales constitucionales nacionales- Tribunal Europeo- recíproca influencia- Derecho Comparado- *ius commune*-integración europea.

FECHA DE RECEPCIÓN: 13.04.2012. FECHA DE ACEPTACIÓN:19.07.2012