

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

Javier García Roca

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización

José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo

Laurence Burgogue-Larsen

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención

Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE

Rocío E. Buosi

RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Año VII – Nr. 2 – 2019



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Paola Acosta (Colombia)
José María Serna (México)
Javier Palummo (Uruguay)
Carlos Francisco Molina del Pozo (España)
Marcello Di Filippo (Italia)
Roberto Cippitani (Italia)
Javier García Roca (España)
Laurence Burgorgue Larsen (Francia)
Laura Montanari (Italia)
Pablo Podadera Rivera (España)
Alfredo Soto (Argentina)
Sandra Negro (Argentina)
Walter Carnota (Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

Andrea Mensa González
Agustin Fabbricatore
Sofía Tonelli
Jeremías Brusau
Rocío Buosi

Índice

Editorial /

Realizando la integración **2 - 3**

Doctrina /

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez **5 - 39**

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo **40 - 89**

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

Javier García Roca **90 - 130**

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero **131 - 149**

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización

José María Serna **150 - 179**

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo

Laurence Burgorgue-Larsen **180 - 227**

Comentarios a Jurisprudencia /

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención. A propósito de la sentencia del TJUE en el asunto C-489/19

Jeremías Brusau **229 - 240**

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE. Un comentario a la sentencia del TJUE en el asunto C-38/18

Rocío E. Buosi **241 - 253**

Editorial /

Realizando la integración

Cuando la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires decidió incorporar la materia “Derecho de la Integración” a su plan de estudios y se concursaron las respectivas Cátedras, quedó claro el desafío que significaba para nuestra comunidad académica. Si bien los latinoamericanos hablamos de integración y sentimos la integración regional desde antes de que se consolidaran los Estados nacionales -los ejércitos patrios que alcanzaron la independencia fueron auténticas fuerzas transnacionales-, en la realidad poco se avanzó. Uno tras otro, los distintos intentos por lograr la integración fueron desarticulados por el paso implacable del tiempo.

Qué falló, es una pregunta que reclama para sí una respuesta creativa. Sin embargo, la voluntad integracionista permaneció inalterable. El gran desafío, pues, constituyó y constituye convertir en hechos concretos y prácticos el gran anhelo de todos los pueblos latinoamericanos: poder consolidar una integración regional que venza al tiempo y sobreviva al realismo mágico de la retórica.

Gracias al apoyo permanente y constante de las autoridades de nuestra Universidad, comenzamos a transitar un largo camino que nos trae al presente. Las Cátedras de integración comenzamos a realizar integración. A vincularnos con colegas del interior de nuestro país y Latinoamérica, organizando seminarios, jornadas de capacitación y todo tipo de eventos académicos que permitieron la formación de formadores, la enseñanza de la integración desde la práctica de la integración.

En este contexto, se avanzó en la consolidación de los lazos históricos con Europa y el mundo. Un paso fundamental en este camino lo constituyó el reconocimiento en 2012 por parte de la Unión Europea –por primera vez en el país- de la Cátedra Jean Monnet a la Universidad de Buenos Aires, lo cual permitió una sinergia de esfuerzos cuyos resultados están a la vista. Este ámbito permitió el desarrollo de numerosas actividades, entre la que debemos destacar la *Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet*, la cual se convirtió en un espacio natural de debate sobre los temas y sobre todo los problemas que se originan en la integración

regional. La publicación que presentamos hoy significa la continuidad de ese esfuerzo permanente por reflexionar de dónde venimos y hacia dónde vamos.

En el año que acaba de terminar, la Unión Europea a través de la EACEA (Education, Audiovisual and Culture Executive Agency) volvió a elegir un nuevo proyecto de la Universidad de Buenos Aires, esta vez para el desarrollo de un Centro de Excelencia Jean Monnet bajo el título “Integración Regional & Derechos Humanos”. Los Centros de Excelencia Jean Monnet reúnen experiencia y competencias de expertos de alto nivel. Tienen por objetivo desarrollar sinergias entre las diferentes disciplinas y recursos en estudios europeos. Crear actividades transnacionales conjuntas y vínculos estructurales con instituciones académicas de otros países involucrando una apertura hacia la sociedad civil.

En este nuevo ámbito, el objeto de estudio está delimitado por los puntos de convergencia entre los procesos de integración regional y la tutela efectiva de los derechos humanos.

La dimensión de la integración superó, hace ya mucho tiempo, su faz económica formando nuevos espacios de interacción más allá de las sociedades nacionales. La integración es de personas, las mismas personas que demandan la tutela de sus derechos en este nuevo y complejo entramado de relaciones humanas interestatales. El fenómeno de la migración, del cruce de fronteras en busca de un bienestar o la paz que el país de origen no ofrece, es un fenómeno que no puede resultar ajeno a la integración regional en la medida que ésta implica una libre circulación de personas, de bienes y servicios. La tutela de los migrantes y refugiados es un buen ejemplo de las convergencias que hablamos.

El nuevo desafío es estudiar la integración desde la protección de los derechos humanos.

Prof. Dr. Calogero Pizzolo
Coordinador Académico
Centro de Excelencia Jean Monnet IR & DH
Universidad de Buenos Aires

Doctrina /

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

§

José María Porras Ramírez¹

Sumario

I. Introducción. La Unión Europea y el fenómeno migratorio. II. La incompleta comunitarización del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. El marco normativo de las políticas de asilo y refugio de la Unión. III. Las carencias del sistema y sus propuestas de reforma. IV. Conclusiones

I. Introducción. La Unión Europea y el fenómeno migratorio.

Creo que es necesario situar la crisis de los refugiados que viene afectando a Europa, con especial intensidad, cuanto menos desde 2015, en su contexto propio, el cual no es otro que el de la globalización, sin el que no se entiende. No en vano, dicha crisis ofrece un testimonio elocuente de cómo, hoy, el Estado nacional se ha visto sobrepasado en múltiples ámbitos de actuación, mostrándose, por sí solo, demasiado limitado para afrontar fenómenos como el mencionado, que se vincula con el control de los flujos migratorios. De ahí la necesidad de construir formas jurídico-políticas de alcance mayor, superadoras del mismo, aptas para asumir y dar respuesta eficaz a los desafíos contemporáneos².

La desnacionalización y consiguiente internacionalización de las políticas públicas, extendida hoy a prácticamente todas las esferas, requiere el consiguiente establecimiento de instancias de gobierno con capacidad de acción a nivel supranacional. Y aquí, la Unión Europea, habida cuenta de su dimensión regional, o, si se prefiere, continental, se encuentra en una posición funcional idónea para ofrecer,

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Catedrático Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea.

² HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, p. 83-85 y 103 y ss., también, WEILER-WIND, *European constitutionalism beyond the State*, passim.

en potencia, soluciones comunes a las demandas ciudadanas que los Estados ya no son capaces de satisfacer por sí mismos, a la vez que influye y participa en la determinación de una política mundial³.

Como se sabe, la Unión Europea encarna la construcción del primer proyecto mundial consistente de democracia pos estatal. El extraordinario proceso de integración política, y no sólo económica, que ha desembocado en la constitución de la UE, ha transmutado su naturaleza. La misma constituye así, hoy, una comunidad de pueblos y de Estados, que ha alumbrado una forma jurídico-política mixta o compuesta, a caballo entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional, que presenta, al tiempo, tanto elementos confederales como federales⁴.

No obstante, pese al proceso constante e ininterrumpido de democratización progresiva de sus estructuras políticas, lo cierto es que la Unión no se ha desprendido, de forma ciertamente contradictoria, de algunos de los rasgos que la caracterizan desde sus inicios, los cuales son difícilmente compatibles con la idea de democracia que se encuentra firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y que la Unión dice, también, auspiciar. Así, presenta una dinámica institucional que, rehén de la tensión entre intergubernamentalidad y supranacionalidad, diversidad constitutiva y unidad tendencial, posee elementos importantes de déficit democrático, lo que genera una cesura o brecha notable en la relación que se establece entre los gobernantes y los gobernados.

Tales resistencias a una mayor integración obedecen a los condicionamientos que han lastrado el desarrollo histórico del proceso de construcción europea, o, lo que es igual, al rechazo, constantemente manifestado por los Estados, a ceder poder a costa del mismo. Esta actitud se ha visto favorecida por la debilidad del emergente espacio público europeo y por la correlativa persistencia de espacios públicos estatales fuertes que, al capitalizar y visibilizar el discurso político, dificultan la consistente afirmación de aquél.

³ VON BOGDANDY, *The European Union as a supranational federation: a conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam*, "Columbia Journal of European Law", año 2000, n° 6, p. 27 y ss.

⁴ Así, se señala que la Unión Europea ha devenido una suerte de "unión constitucional" ("*Verfassungsverbund*"), PERNICE, "Europäisches und nationales Verfassungsrecht", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, p. 149-193.

Así, la preeminencia otorgada a los Estados lleva a concebir a la Unión como organización jurídico-política compuesta, que aspira a ser complementaria, que no alternativa o sustitutiva, de las comunidades políticas estatales existentes, a las que se superpone en aquéllos ámbitos, cada vez más numerosos y relevantes que son objeto de su competencia, mas sin acabar de asumir algunas de las atribuciones más estrechamente ligadas a la clásica concepción de la soberanía que aquéllos se resisten a abandonar. De ese modo sucede a pesar de haberse extendido la convicción acerca de la necesidad funcional de abordar el tratamiento de tales ámbitos de modo conjunto, desde una perspectiva integrada o europea.

En ese contexto, la extraordinaria, dadas sus proporciones, oleada migratoria, que ha supuesto la afluencia, desde 2015, de millón y medio de seres humanos, los cuales, huyendo de la situación que se vive en Afganistán, Irak, Libia, Siria, el Magreb y el África subsahariana, buscan refugio y asilo en el territorio europeo⁵, ha supuesto para la Unión la necesidad de enfrentarse a un problema de gestión, acogida e integración, de magnitud inédita desde el final de la Segunda Guerra Mundial⁶. Dicha crisis migratoria obliga a replantear el llamado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, dispuesto en los Tratados constitutivos de la Unión y en su Derecho derivado de desarrollo, esto es, su normativa y las consiguientes políticas de asilo, control fronterizo y gestión de la inmigración que en su marco se despliega; además de exigir, no sólo la construcción urgente de una “Política Exterior y de Seguridad Común” de la Unión, digna de ese nombre; sino el diseño de una verdadera Política Europea de Vecindad.

A su vez, dicha crisis ha puesto de manifiesto la obsolescencia de los tratados internacionales en materia de refugio y asilo, esto es, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, anexo a aquélla, ya que dichos acuerdos fueron concebidos para dar respuesta a situaciones, gestadas durante la llamada “Guerra Fría”, en la segunda mitad del pasado siglo XX, que no se compadecen con lo acaecido en Europa en este último período de tiempo. No en vano, dicha

⁵ Conforme a los datos correspondientes a 2015, proporcionados por EUROSTAT, los veintiocho Estados de la Unión aceptaron un total de 333.350 solicitudes de asilo (913 cada día), un 72% más que el año anterior.

⁶ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La crisis de los refugiados y la respuesta europea*. También, entre otros, PUIG DE LA BELLACASA, *Europa ante sí misma*, “Claves de Razón Práctica”, año 2016, nº 244, p. 9-19.

Convención contempla el refugio desde una perspectiva estrictamente individual, esto es, atendiendo a las circunstancias personales que concurren en el solicitante. Poco que ver con la situación actual en la que la demanda de protección internacional se solicita de modo masivo, lo que impide o dificulta extraordinariamente su tratamiento individualizado. A ello se añade la restrictiva definición del término “refugiado” que proporciona tal Convención⁷, la cual impide que se acojan a la misma aquellas personas que no han sufrido directamente persecución “por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, como exige su art. 1 A.2, pero que huyen, real y objetivamente, de situaciones que les resultan especialmente adversas en su país de origen o residencia, poniendo en grave peligro su dignidad como personas⁸.

En suma, a pesar de que haya que reconocer la enorme complejidad y magnitud del fenómeno, y la incapacidad de la comunidad internacional para revisar y actualizar sus acuerdos⁹, lo cierto es que la actuación de la Unión Europea, más bien a remolque de los acontecimientos, ha merecido críticas más que justificadas¹⁰. No obstante, procede, seguidamente, matizar estos extremos y tomar conciencia, no sólo de cuánto se ha hecho, sino de lo que queda, en este sentido, por hacer, a fin de dar respuesta

⁷ El art. 1 A. 2) considera “*refugiado*” y, por tanto, merecedor de la consiguiente protección internacional, la persona que “...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

⁸ PÉREZ SOLA, *El derecho de asilo y la condición de refugiado. Balance de veintiséis años de desarrollos legislativos*, en “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, año 2011, n° 25, p. 269-308.

⁹ La Cumbre convocada por la ONU a esos efectos, en septiembre de 2016, se ha saldado con un rotundo fracaso. La declaración final de Nueva York, de 19 de septiembre, de ese año, suscrita por los 193 Estados miembros se ha de considerar vacía de contenidos para afrontar el mayor éxodo de personas que huyen de conflictos y persecuciones desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

¹⁰ TÁMARA ESPOT, *Política europea de inmigración y asilo: razones y (des)equilibrios*, en “Claves de Razón Práctica”, año 2016, n° 244, p. 21-31.

a un desafío, verdaderamente extraordinario, que precisa una respuesta proporcional a su envergadura.

II. La incompleta comunitarización del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. El marco normativo de las políticas de asilo y refugio de la Unión.

A este respecto, hay que partir diciendo que las competencias que la Unión tiene en la materia, esto es, en relación con las “políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración”, las cuales, mediatizadas por el propósito de salvaguardar la seguridad, se fundan “en la solidaridad entre los Estados miembros...”, han de explicarse como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores de aquéllos y la conversión en comunes de las fronteras exteriores de la propia Unión¹¹. Así sucede, siquiera, de manera efectiva, en el llamado espacio, integrado o “federal”, “Schengen”, de cooperación reforzada¹², incorporado, hoy, al Derecho de la Unión (arts. 67 y 77 y ss. TFUE y Protocolo nº 19), del que forman parte aquellos Estados europeos (en la actualidad, veintiséis, algunos ajenos a la propia Unión), que han acordado la creación de un territorio o “espacio común”, en el que hacer efectiva la libre circulación de personas, sea cual sea su nacionalidad, sin someterlas a controles o barreras de ningún tipo¹³. Tal medida no se orienta a favorecer a los ciudadanos europeos, los cuales ya gozan de ese derecho en tanto que tales (art. 21 TFUE y art. 45.1 CDFUE), sino que pretende beneficiar, si bien “de conformidad con lo dispuesto en los Tratados”, a los nacionales de terceros Estados que hayan cruzado las fronteras de la Unión y se encuentren en situación regular en el territorio de la misma (arts. 77 y 79 TFUE y art. 45.2 CDFUE)¹⁴.

¹¹ El objetivo no es otro que profundizar en la integración económica que exige la creación de un marco interior europeo. Así, GONZÁLEZ VEGA, *Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional. (A propósito de la “crisis de los refugiados”)*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2017, nº 56, p. 27-75; en especial, p. 34.

¹² El “Espacio Schengen” se encuentra compuesto por el *Acuerdo* (1985), el *Convenio* (1990) de aplicación del mismo, y los *actos y declaraciones de su Comité ejecutivo*, que constituyen el llamado “Acervo Schengen”.

¹³ SHUTTE, *Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe*, en “Common Market Law Review”, año 1991, nº 3, p. 549 y ss.

¹⁴ MANGAS MARTÍN, “Artículo 45: Libertad de circulación y de residencia”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, p. 718-730.

Se expresa así la necesidad, aun no plenamente satisfecha, a pesar de los indudables progresos realizados, de crear un sistema europeo, común e integrado, de control y gestión de las fronteras exteriores, esto es, de aquéllas que la Unión posee con Estados terceros; y de desarrollar una política auténticamente armonizada de regulación y gestión de los flujos migratorios¹⁵. Sin embargo, la actual crisis ha puesto de manifiesto la dificultad que conlleva la prosecución de esos avances, además de la tentación creciente de revertir los progresos alcanzados, restaurando, discrecional y duraderamente, los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión, en aras de preservar su, supuestamente amenazada, seguridad interior. En este sentido, cabe constatar, hoy, no sólo la resistencia de algunos Estados a desprenderse de competencias que consideran inherentes a su soberanía, en orden a profundizar en el sistema vigente¹⁶, sino la tendencia creciente a exigir la suspensión de las reglas, ya establecidas, que afectan a la libre circulación de los extranjeros en territorio europeo¹⁷. Así ha sucedido, a pesar de que, paradójicamente, los propios Estados se han visto obligados a reconocer lo inviable que resulta apostar por una completa renacionalización de esas políticas, habida cuenta de su incapacidad para afrontar aisladamente un desafío que desborda sus recursos y que, previsiblemente, está llamado a perdurar o reiterarse en el tiempo, dado su carácter consustancial a la globalización¹⁸.

Conviene así insistir en que las competencias que se atribuyen a la Unión en la materia, en tanto que expreso objetivo asumido por la misma (art. 3.2 TUE), poseen,

¹⁵ OLESTI RAYO, *Las políticas de la Unión Europea relativas al control de las fronteras, asilo e inmigración*, en “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año 2008, nº 10, p. 13-48; en especial, págs. 29 y ss.

¹⁶ El llamado “Grupo de Visegrado”, compuesto por Polonia, Hungría, Chequia y Eslovaquia rechaza sistemáticamente las propuestas de la Comisión Europea para reformar el Sistema Común de Asilo, a fin de avanzar en su comunitarización. Así, dicho Grupo postula la renacionalización de las políticas que aquél conlleva.

¹⁷ OLESTI RAYO, *El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión*, en “Revista d’Estudis Autonòmics i Federals”, año 2012, nº 15, 2012, p. 44-84; en especial, p. 68 y ss.

¹⁸ AGUELO NAVARRO, *Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos*, en “Revista de Derecho Migratorio y Extranjería”, año 2016, nº 41, p. 273-207

tan sólo, un carácter compartido con los Estados Miembros (art. 4.2 j) TFUE)¹⁹. Ese hecho explica por qué aquélla no puede dar la respuesta eficaz y cohesionada que se le exige, dada la dificultad que entraña alcanzar con los países integrantes de la Unión un improbable consenso acerca de asuntos especialmente sensibles para ellos²⁰. Es así evidente que los Estados miembros de esta, a veces, inmanejable Unión Europea, compuesta por veintiocho socios, han demostrado, a lo largo de la crisis, planteamientos muy diferentes, si no contrarios, en la materia, opuestos, en muchos casos, a los propios principios manifestados en los Tratados constitutivos de la Unión, que abogan por la promoción de políticas regidas “...por el principio de solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros...” (art. 80 TFUE)²¹.

La voluntad, constantemente manifestada por éstos, de preservar sus, a su juicio, amenazadas identidades nacionales ha obstaculizado y complicado la gestión de la crisis, explicando, en parte, la descoordinación, lentitud e ineficacia de la respuesta europea dada a la misma. Ello ha exacerbado los errores de configuración del sistema e impedido, hasta ahora, su corrección, a fin de hacerlo más eficaz y ajustado a las necesidades presentes, al tiempo que plenamente coherente con los valores y principios que se dicen inspiradores del mismo.

Y es que, a pesar de sus evidentes insuficiencias, la Unión Europea cuenta con un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, construido paulatinamente desde el Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre de 1999, de Tampere, de resultas de las guerras de los Balcanes²², que no se limita a establecer normas mínimas, sino que avanza en pos de la creación

¹⁹ DONAIRE VILLA, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada*, en “Revista Española de Derecho Europeo”, año 2010, nº 35, p. 337-364.

²⁰ DEL VALLE GÁLVEZ, A., *Unión Europea, crisis de refugiados y ‘limes imperii’*, en “Revista General de Derecho Europeo”, año 2016, nº 38, p. 1-13; en especial, p. 5.

²¹ DONAIRE VILLA, “¿De qué hablamos cuando hablamos de coordinación en el ámbito de la Unión Europea y, por tanto, del ELSJ?”, en *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, p. 13-46; en especial, p. 24 y ss.

²² Dichas guerras generaron más de 1,2 millones de solicitudes de asilo en el territorio europeo, entre 1999 y 2002.

de un estatuto común de protección internacional, en beneficio de los nacionales de terceros Estados y apátridas que así lo soliciten y se les reconozca. El mismo se plasma en un procedimiento uniforme, tendencialmente armonizador de los sistemas jurídicos nacionales y garante, en todo caso, del principio de no devolución (art. 78.1 TFUE)²³.

Esas normas comunes, aun atribuyendo un importante margen de discrecionalidad a los Estados miembros, ex art. 78.2 TFUE, interpretado en conjunción con los arts. 18, 19 y 52.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, contemplan: 1) el establecimiento de un estatuto uniforme de asilo para los nacionales de terceros Estados y apátridas, válido en toda la Unión y aplicable, conforme a lo establecido, con carácter mínimo, en la Convención de Ginebra, a quienes lo requieran y posean la condición previa de refugiados, esto es, a los individuos, extranjeros o apátridas, que, al albergar fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión, pertenencia a un determinado grupo social, género u orientación sexual, se encuentran, por dicha causa, fuera de su país de origen o residencia habitual, no deseando regresar al mismo. 2) Además, dicha normativa prevé la creación de regímenes especiales comunes, referidos, por un lado, a la protección subsidiaria para nacionales de terceros Estados que, sin obtener asilo europeo, necesiten protección internacional; y, por otro, atinentes a la protección temporal de personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; regímenes éstos que mejoran considerablemente la tutela ofrecida por el Derecho Internacional Humanitario, expresado en la desfasada Convención de Ginebra y en su Protocolo anexo, normas éstas, como ya se ha indicado, tributarias del período histórico de la Guerra Fría, desarrollado en la segunda mitad del pasado siglo XX²⁴.

Así pues, se ha dispuesto:

²³ Cfr., con carácter general, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *“La dimensión exterior del Espacio de Libertad. Seguridad y Justicia de la Unión Europea”*, pássim, También, cfr., LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, “El sistema europeo común de asilo a examen”, en REIG FABADO, (coord.), *“Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea”*, p. 41-68.

²⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 18: Derecho de asilo”, en MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, p. 356-377; en especial, p. 365.

1) Un procedimiento común de concesión o retirada de protección internacional, igual en toda la Unión Europea (Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013).

Dicho procedimiento, que establece un mismo marco jurídico en toda la Unión, confiere, inicialmente, un derecho de permanencia del solicitante hasta que la autoridad decisoria dicte la oportuna resolución. Es, además, un procedimiento que, ya se oriente a la concesión, ya a la retirada de protección internacional, ha de ser rápido en su tramitación (no debe tener una duración superior a seis meses, extensibles a veintiuno excepcionalmente), acompañándose de unas garantías básicas (derecho a ser informado, a intérprete, a ponerse en contacto con quien pueda asesorarlo, a recibir asistencia jurídica y representación legal gratuita, a que se resuelva su solicitud y se le notifique en tiempo razonable, y a presentar, en su caso, un recurso contra la misma), que tienen un carácter especial si afectan a menores no acompañados, en tanto que miembros de un colectivo singularmente vulnerable.

De acuerdo con dicho procedimiento, el examen de la solicitud de protección internacional, que se podrá acompañar de entrevista y reconocimiento médico voluntario, permite la determinación de si el solicitante reúne los requisitos para considerarlo refugiado o, en su defecto, hacerlo merecedor de protección subsidiaria. En suma, la Directiva instituye un marco procedimental común, que no impide el reconocimiento del derecho que asiste a todo Estado miembro a establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección internacional. Supone, sin duda, un avance en el proceso de integración europea, a pesar de dejar en manos de los Estados miembros un margen de actuación que ha de considerarse excesivo para concretar tales procedimientos. De ahí que éstos se muestren, consecuentemente, heterogéneos, en tanto que animados por un diferente rigor²⁵.

2) A su vez, las instituciones europeas han establecido las normas comunes que disponen las condiciones materiales de acogida de los solicitantes de dicha protección internacional (Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013).

²⁵ RENEMAN, *EU asylum procedures and the right to effective remedy*, p. 62 y ss.

De conformidad con dichas “condiciones mínimas”, inspiradas no sólo en exigencias de justicia material y respeto de la dignidad humana, sino, también, en el propósito de evitar los llamados “movimientos secundarios”, se ha resuelto que los solicitantes de protección internacional ante cualquier Estado miembro reciban, con carácter mínimo, la documentación acreditativa de su condición de tales, la cual les garantizará la permanencia en el territorio del mismo mientras su solicitud se tramita o examina²⁶. Asimismo, se prevé conferirles el derecho a circular libremente por el territorio del Estado de acogida o en la zona que éste les asigne. Y que se les fije residencia y la posibilidad de obtener un permiso temporal para abandonar el lugar de la misma.

Sin embargo, la Directiva contempla, concediendo, a esos efectos, un generoso margen de apreciación a los Estados de acogida, esto es, “cuando ello resulte necesario, sobre la base de una evaluación individual de cada caso”, la posibilidad de que puedan someter excepcionalmente a internamiento, conforme a los motivos que el Derecho nacional establezca, a un solicitante de protección internacional. A fin de paliar la gravedad de una medida como ésta, la legislación europea establece unas garantías y condiciones mínimas que, indisponiblemente, habrán de observarse, en especial, cuando dicho internamiento afecte a personas vulnerables o que presenten necesidades de acogida especiales. Asimismo, la Directiva insta a los Estados de acogida a que promuevan, si bien, nuevamente, en la medida de sus posibilidades, la unidad familiar, la protección de los menores, la especial tutela de las víctimas de la tortura y la violencia, aseguren la alimentación y el alojamiento digno, la escolarización y la educación de los menores, la obtención de un empleo, el acceso a la formación profesional y la atención sanitaria de los solicitantes, la cual, en este caso, comportará, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades físicas y mentales.

²⁶ Y así sucederá con respecto, incluso, al solicitante de asilo con relación al cual se decide requerir a otro Estado miembro para que se haga cargo de él o lo readmita como responsable de examinar su solicitud de asilo. Cfr., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27/09/2012, “Asunto C-179/11 CIMADE, GISTI v. Ministre de l’Intérieur, de L’Outre-mer, des Collectivités Territoriales et de l’Immigration”.

La disparidad de respuestas ofrecida por los Estados miembros a la hora de acoger estas medidas revela, nuevamente, la brecha que media entre lo dispuesto en la Directiva y las normas estatales que la desarrollan.

3) A su vez, en lo que supone un auténtico hito en la realización efectiva del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la Unión Europea ha establecido un avanzado estatuto uniforme, tanto para los refugiados y asilados, como para las personas a las que se otorgue protección subsidiaria (Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011)²⁷.

Se armonizan así, por fin, los requisitos para el reconocimiento de los nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional y se mejora considerablemente el alcance otorgado a la misma, a tenor de los estándares internacionales vigentes. A esos efectos, la Directiva reconoce la competencia de los Estados miembros para evaluar cada solicitud de protección internacional, de manera individual, si bien teniendo en cuenta los hechos relativos al país de origen, las declaraciones y documentos presentados por el solicitante, la situación particular y las circunstancias personales que afectan al mismo, las actividades en las que participó y las referencias a cuanto le expuso a sufrir actos de persecución o riesgo real de padecer daño grave, además de la apreciación de los riesgos que supondría para el mismo el retorno al país en donde se produjeron²⁸.

De ese modo, la Directiva describe, con minuciosidad, los requisitos que se exigen para conceder el “estatuto de refugiado”, al determinar qué actos merecen ser considerados constitutivos de persecución y qué motivos de la misma han de reputarse, a esos efectos, relevantes; al tiempo que dispone en qué situaciones cabe revocar, dar por finalizado o denegar la renovación de dicho estatuto. También, de manera sobresaliente, la norma europea fija los requisitos para que puedan alcanzar

²⁷ Valora los avances que se incorporan a esta importante directiva, LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, “El sistema común de asilo a examen”, en REIG FABADO (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, p. 57 y 58.

²⁸ Acerca del concepto de “actos de persecución”, en este caso por motivos religiosos, vid., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5/09/2012, “C-71/11 y C-99/11, Asunto Y. Z. v. Bundesrepublik Deutschland”.

el, en su momento, novedoso “estatuto de protección subsidiaria”²⁹, concedido, en su caso, a los nacionales de terceros Estados o apátridas que, sin reunir los restrictivos requisitos, sujetos a exigencias probatorias individualizadas, establecidos en la Convención de Ginebra de 1951 para ser considerados refugiados, esto es, por no concurrir, entre otros, el requisito de la persecución³⁰, expresan, aun así, motivos fundados para presuponer que, si regresaran a su país de origen o residencia habitual, se enfrentarían a un riesgo real y objetivo de sufrir “daños graves”, esto es, la posibilidad de ser condenados a la pena de muerte o su ejecución; a sufrir tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes; o amenazas graves para sus vidas o integridad física, motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno³¹. De esta forma, se complementa y mejora significativamente la protección ofrecida³², brindando la misma a situaciones carentes de ella, de conformidad con la Convención de Ginebra, lo que se allana, además, al no exigirse la realización de pruebas individuales para los casos en los que se conoce la existencia de una situación de violencia generalizada en el territorio del que huyen los solicitantes. Al éxito de este nuevo instrumento o medio de protección ha

²⁹ Este concepto ha pasado a formar parte de las nuevas leyes de los Estados miembros. Así, la española *Ley 12/2009, de 30 de octubre*, lo ha incorporado expresamente, añadiéndose al ya clásico de asilo. Vid., SÁNCHEZ LEGIDO, *Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo*, en “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, año 2009, nº 18 y, también, SOLANES CORELLA, *Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española*, en “Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)”, año 2014, nº. 7, p. 181-210.

³⁰ PÉREZ BARAHONA, *El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*, en “Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja”, año 2003, n.1, p. 225-250.

³¹ Aclara el alcance del no siempre claro concepto de “*conflicto armado interno*”, en tanto que “enfrentamiento entre tropas y/o grupos armados”, “indiscriminado para las personas” y “de nivel intenso”, capaz de ocasionar daños graves a los civiles, la STJUE de 30 de enero de 2014, C-285/12, *Asunto Aboubacar Diakité v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*.

³² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “European Asylum Law: model for a more cosmopolitan international Asylum Law?”, en PÉREZ DE LAS HERAS (ed.), *Democratic legitimacy in the European Union and global governance building a European demos*, p. 328 y ss.

contribuido decisivamente la interpretación extensiva realizada del mismo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³.

En cualquier caso, el contenido de la protección internacional otorgada implica, con carácter mínimo, que los Estados miembros se habrán de comprometer a respetar el principio de no devolución (art. 19 CDFUE)³⁴, a velar porque se mantenga la unidad familiar, salvaguardando el interés superior de los menores, a expedir permisos de residencia válidos, como mínimo, por tres años, renovables, y documentos de viaje, a promover el acceso al empleo, a la educación, a la vivienda, a programas de integración, a procedimientos de reconocimiento de cualificaciones, a recibir protección social y asistencia sanitaria, a circular libremente en el Estado miembro y a ser ayudados si desean repatriarse.

4) Complementariamente, la Unión ha instituido normas mínimas para la concesión de protección temporal, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001).

Se trata de un procedimiento excepcional que garantiza la protección inmediata y temporal de un número importante de personas, durante el plazo de un año, prorrogable automáticamente por períodos de seis meses, con una extensión máxima de un año, al que se recurre, sin perjuicio del reconocimiento del estatuto del refugiado, cuando el sistema de asilo dispuesto corra el riesgo de no ser capaz de gestionar adecuadamente un flujo masivo de individuos que hayan abandonado su país de origen o residencia habitual, no pudiendo regresar al mismo en condiciones seguras y duraderas, debido a la situación existente en aquél. Sin duda, la crisis iniciada en 2015 se ajusta muy bien a la situación descrita en la Directiva, revelando su oportunidad.

³³ Cfr., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 17/02/2009, “C-465/07, Asunto El Gafagi c. Staatssecretaris van Justitie”. Comenta su alcance ACOSTA SÁNCHEZ - REMI NIJIKI, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2010, nº 35, p. 239-255.

³⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 19: protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, en MANGAS MARTÍN, (dir.), “*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...*”, p. 379-386.

Dicha protección implica la obligación que contraen los Estados miembros de adoptar medidas para que los beneficiarios dispongan de los permisos de residencia necesarios durante el tiempo en que esté vigente la situación de protección temporal, y de los visados necesarios, incluidos los de tránsito, que se les expedirán a esos efectos. También conlleva que los Estados les autoricen para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, a recibir educación para adultos, formación profesional y práctica en su lugar de trabajo. Y supone, asimismo, proporcionarles un alojamiento adecuado, ayuda social, atención médica y alimentación, cuando no cuenten con recursos suficientes, derecho al reagrupamiento familiar y garantía de una especial protección a los menores, a los que se les reconoce el derecho de acceso a la educación.

En todo caso, la Directiva contempla que dichas personas, acogidas a protección temporal, puedan presentar su solicitud de asilo en cualquier momento; al tiempo que prevé el deber consiguiente que asumen los Estados miembros de facilitar, ya el regreso voluntario de los beneficiarios de protección temporal, ya el forzoso de aquéllos cuya protección temporal haya llegado a su fin, con respeto de la dignidad humana y conocimiento de causa. Asimismo, y muy notablemente, la Directiva invoca el deber de solidaridad que ha de existir entre los Estados miembros, si se superan las capacidades de acogida de uno o varios de ellos, en situaciones extraordinarias de afluencia masiva repentina. En tales casos se prevén traslados de acogidos entre Estados, mediando su consentimiento, y la consiguiente concesión de ayudas adicionales. Así, habrá de ser un Estado miembro afectado quien se dirija a la Comisión para instarle a aplicar el procedimiento de solidaridad previsto en la Directiva. Su propuesta se discutirá en el Consejo, que adoptará la decisión correspondiente, la cual conlleva, previo acuerdo de los Estados involucrados, el reparto proporcional de contingentes de desplazados. Lo expuesto evidencia la previsión de mecanismos de gran utilidad y eficacia por parte de la Unión; al tiempo que se observa cómo los mismos se han visto, en buena medida, contrarrestados por la negativa a aplicarlos por parte de los Estados³⁵.

³⁵ INELI-CIGER, *Time to activate the temporary protection Directive. Why the Directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe*, en "European Journal of Migration and Law", 2016, Vol. 18, Issue 1, p. 1-33; en especial, p. 48.

5) Además, la Unión ha codificado los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (Reglamento “Dublín III” 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013).

Conforme a esa normativa la solicitud ha de ser examinada por un solo Estado miembro, que será seleccionado siguiendo criterios objetivos, atendiendo a la situación existente en el momento en que el solicitante presentó su petición por primera vez³⁶. Ello supuso, en su día, sin duda, un avance considerable ya que corregía arbitrariedades de los Estados, sometiéndolos a unas exigencias uniformes de las que ya no podían sustraerse³⁷, las cuales habían de mostrarse, además, inspiradas por el deber de respeto a los derechos y libertades básicas de los solicitantes³⁸.

Así, en primer lugar, el Reglamento busca propiciar, ante todo, atendiendo a razones humanitarias, como criterio fundamental para la determinación del Estado miembro competente para examinar la demanda de protección internacional el deber de atender al “interés superior del menor”³⁹, ex art. 24 de la Carta. De ese modo, se dispone que si el solicitante es un menor no acompañado, el Estado miembro responsable será aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia

³⁶ CANO LINARES, *Asilo y refugio en la Unión Europea*, p. 222.

³⁷ Criticando la arbitrariedad a la que daba lugar el sistema previo, cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 10/12/2013, “C-394/12. Asunto Shamsou Abdullah y Bundessaylami”. Comenta esta importante Resolución MAGAZ URQUIDI, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2014, nº 48, p. 639-654.

³⁸ La Sentencia del TEDH, de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S. contra Grecia y Bélgica* cuestionó la aplicación automática de los criterios de atribución de responsabilidad de examinar las demandas de asilo hasta entonces vigentes, al tiempo que insistió en el derecho que tales demandantes poseen, al encontrarse en el territorio de un Estado signatario del Convenio de Roma, a gozar de unas condiciones de vida dignas, ex art. 3 del referido Convenio, precepto éste que prohíbe someter a nadie a penas o tratos inhumanos o degradantes. Cfr. al respecto MORGADE GIL, *El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH*, en “*Revista de Derecho Comunitario Europeo*”, año 2012, nº 41, p. 183-204.

³⁹ Acogiendo así la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 1989. Cfr., al respecto, BREEN, *The standard of the best interest of child*.

o hermano que pueda ocuparse de él. Sin embargo, a falta de un miembro de la familia, será declarado responsable el Estado miembro en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud, aun no encontrándose en él. Y, asimismo, viene a indicarse que si el solicitante tuviera a un miembro de su familia en un Estado perteneciente a la Unión en el cual su solicitud aún no haya sido resuelta, dicho Estado miembro será responsable de examinar su solicitud si los interesados hubieran manifestado por escrito así desearlo⁴⁰.

También se promueve la garantía del respeto a la “unidad familiar”, a los efectos de asignar la responsabilidad a un único Estado de examinar conjuntamente las solicitudes de protección internacional de todos los miembros de una misma familia. A su vez, se indica, conforme a estipulado por el Tribunal de Justicia, que si el solicitante es una persona dependiente de la asistencia que le presta un familiar suyo que reside legalmente en un Estado miembro, se considerará, por ese motivo, responsable a dicho Estado⁴¹.

En segundo lugar, el Reglamento en cuestión asigna la responsabilidad de examinar la solicitud de protección internacional al Estado que se haya encargado de la expedición de un permiso o visado, teniendo en cuenta su fecha de obtención, caducidad y vigencia, además de la circunstancia del abandono, o no, del territorio en cuestión⁴².

En tercer lugar, y más allá de estos supuestos anteriormente señalados que expresan la previa existencia de un vínculo o relación previa del solicitante con un Estado Miembro, se viene a determinar seguidamente que se habrá de considerar responsable de examinar la solicitud de protección internacional el primer Estado cuyas fronteras haya cruzado el solicitante ilegalmente⁴³.

En cuarto lugar, se asignará la competencia al Estado miembro a cuyo territorio el solicitante haya accedido sin necesidad de visado, esto es, de forma legal.

⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 06/01/2013, “C-648/11, Asunto MA v. Secretary of State for the Home Department”.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 06/11/2012, “C-245/11, Asunto K v. Bunesasylamt”.

⁴² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/07/2017, “C-646/16, Asunto Khadija Jafari”.

⁴³ Acerca del alcance otorgado a la expresión “ingreso irregular”, cfr., ibídem y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/07/2017, “C-490/16, AS v. Slovenia”.

Finalmente, en quinto lugar, el último criterio previsto permite señalar como responsable de examinar la solicitud de protección internacional al Estado miembro en cuyo territorio se ubique el aeropuerto que alberga la zona de tránsito internacional en la que presentó la instancia el peticionario.

De todos modos, si, pese a recurrir a estos criterios, jerárquicamente ordenados, no puede determinarse cuál es el Estado responsable, se considerará, subsidiariamente, que lo es el primer Estado donde se presentó la solicitud.

Con todo, el Reglamento contempla, discrecionalmente, que cualquier Estado miembro pueda examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada, aun cuando no le incumba o corresponda inicialmente. Ello le convertirá, desde ese momento, en Estado responsable, asumiendo las obligaciones anejas a tal condición, por lo que se hará cargo del solicitante y le readmitirá, en su caso, en su territorio, tramitando su petición de protección. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el derecho al recurso contra la decisión de un Estado de no examinar una solicitud de asilo y de trasladar al solicitante al Estado miembro responsable⁴⁴.

Aun así, a pesar de los criterios indicados, la atribución de la carga de evaluar la solicitud de protección internacional al primer Estado donde se presentó aquella suele ser el criterio que habitualmente se sigue en la mayoría de los casos. Ello genera una presión insoportable en las situaciones en las que se produce una afluencia masiva de solicitantes, dada la limitada capacidad de acogida existente. De ahí que deba reconsiderarse la aplicación del criterio en cuestión en una futura y, a todas luces, necesaria reforma del sistema, a fin de distribuir, equitativa y eficientemente, a través de un mecanismo de asignación automático y permanente, dicha responsabilidad entre todos los Estados Miembros en garantía de una mejor protección de los derechos de las personas afectadas y de la mejor integración de las mismas en aquéllos⁴⁵.

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 10/12/2013, “C-394/12, Asunto Shamsou Abdullah v. Bundesssaylamt”.

⁴⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 2017. Así, MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d’asilo nei recenti sviluppi dell’iter di riforma del regime di Dublino*, en “Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato e europeo”, año 2018, nº 5, p.

6) A modo de necesario complemento, en relación a la determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional, se ha creado el sistema EURODAC para la comparación de las impresiones dactilares (Reglamento 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013).

Esto es, dado que toda presentación de una solicitud de dichas características obliga a las autoridades a constatar la identidad del sujeto y a averiguar si ya había presentado su solicitud ante otro Estado miembro, el sistema EURODAC exige a las autoridades nacionales tomar las impresiones dactilares del solicitante de asilo, conforme a una serie de reglas y procedimientos, y transmitirlos inmediatamente a la base de datos habilitada a esos efectos. De ese modo, tras la aplicación del sistema de referencia, cabrá determinar cuál es el Estado miembro responsable de examinar la solicitud, conforme a los criterios indicados en el Reglamento Dublín, previniendo los llamados “movimientos secundarios” entre los Estados y, consiguientemente, la presentación múltiple de solicitudes de asilo en diferentes Estados. De nuevo estamos en presencia de un notable progreso en la ordenación del proceso; avance que, no obstante, puede utilizarse, asimismo, con fines policiales y de seguridad, ajenos a los inicialmente previstos. De ahí las dudas que ha generado su aplicación⁴⁶.

7) A su vez, ha de señalarse que, en el marco del Sistema de referencia, la Unión ha creado un Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) (Reglamento 516/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014).

Dicho Fondo de ayuda ha sido previsto para el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2020, que cuenta con una asignación de 3.137,42 millones de euros⁴⁷. Dicho Fondo, de todo punto necesario, dados los

2-22; en especial, p. 19. También, DI FILLIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, en “I Diritti del Uomo”, año 2015, nº 1, p. 47 y ss.

⁴⁶ PEERS, *The second phase of the Common European Asylum System. A brave new world, or lipstick or a pig?*, “Statewatch Analysis”, 8/4/2013.

⁴⁷ La versión actual del Fondo fue aprobada mediante la *Decisión de Ejecución de la Comisión C (2016) 1818 final, de 21 de marzo de 2016*, que tiene en cuenta las previas *Decisiones del Consejo (UE) 2015/1523* y *(UE) 2015/1601 de septiembre de 2015*, que crean el mecanismo de reubicación temporal y excepcional desde Italia y Grecia a otros Estados miembros de personas claramente necesitadas de protección internacional.

enormes costes que se generan para los Estados especialmente afectados, viene a sustituir a los anteriores Fondos del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, vigentes durante el período plurianual de financiación 2007-2013, aportando recursos financieros a los Estados miembros, a fin de sufragar programas nacionales, que deben ser aprobados por la Comisión, en apoyo de los ámbitos de actuación señalados, atendiendo a su situación y necesidades particulares. Es, pues, una expresión de solidaridad, al tiempo que busca aumentar la eficacia en la gestión de los flujos migratorios hacia la Unión. Por tanto, su tramitación será conjunta y supondrá la aprobación de programas estratégicos plurianuales nacionales.

Mediante el Fondo se brinda un expreso apoyo a actuaciones orientadas a alcanzar los siguientes objetivos: reforzar o desarrollar todos los aspectos del Sistema Europeo Común de Asilo, incluida su dimensión exterior; apoyar la migración legal hacia los Estados miembros, de conformidad con sus necesidades económicas y sociales, fomentando la integración efectiva de los nacionales de terceros países; desarrollar estrategias de retorno eficaces, contribuyendo a la lucha contra la inmigración ilegal; y aumentar la solidaridad y el reparto de responsabilidades entre los Estados miembros, sobre todo con los más afectados por los flujos de migración y solicitud de asilo, mediante la cooperación práctica. Todo ello se enmarca en unas disposiciones generales que establecen los principios aplicables a las ayudas, disponen el marco financiero de las acciones de la Unión, regulan la ayuda de emergencia y la asistencia técnica y fijan el marco de los programas nacionales; además de establecer los deberes de información, comunicación, seguimiento, evaluación e informe (Reglamento 514/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014).

8) Especialmente destacada ha sido, asimismo, la creación de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) (Reglamento 439/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010)⁴⁸.

⁴⁸ MORGADES GIL, “La coordinación de los Estados miembros en la segunda fase de la política europea común de asilo: el papel de la Oficina de Apoyo al Asilo (EASO)”, en DONAIRE VILLA - OLESTI RAYO (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, p. 221 y ss.

Dicha agencia de la Unión, con sede en La Valetta (Malta), desarrolla un papel esencial en la aplicación práctica del Sistema Europeo Común de Asilo, ya que refuerza la cooperación en la materia y asiste a los Estados miembros en el cometido de otorgar protección a quienes se la soliciten, labor ésta que se torna básica en los casos de aquéllos cuyos sistemas de recepción, acogida y asilo se ven sometidos a presiones migratorias especiales. En cualquier caso, el apoyo permanente que EASO proporciona es de orden práctico y técnico, fundamentalmente de carácter operativo, pudiendo, en su caso, tener una duración temporal y de emergencia. Adicionalmente, la Agencia se orienta, también, a auxiliar en lo referente a la elaboración de las políticas y la legislación de la Unión Europea, atinentes a cuantos ámbitos se ligan al asilo. Se impone así la necesidad de mejorar sus medios humanos y financieros, y su coordinación, tanto con FRONTEX, como con la Oficina del Defensor del Pueblo Europeo, a fin de permitir la adopción de “Informes de Alerta Rápida” cuando la presión migratoria sea especialmente acusada, y puedan ponerse en peligro los derechos y libertades básicas de los solicitantes de asilo. Dichos informes podrán ser utilizados por la Comisión para activar la adopción de medidas de contingencia, previstas en el art. 78.3 TFUE⁴⁹.

Así, la actual crisis ha conducido a EASO a crear “equipos de apoyo al asilo” en Grecia (2011) e Italia (2013), previa firma de un acuerdo con dichos Estados. Asimismo, Luxemburgo, Suecia y Bulgaria han obtenido el apoyo específico de EASO, en el marco de la actual crisis. Tales equipos están compuestos por expertos nacionales, incluidos en la denominada “reserva de intervención en materia de asilo”, cuya misión consiste en desplegarse, a solicitud de un Estado miembro sometido a una presión específica, durante un período limitado de tiempo, con el fin de proporcionar asistencia al mismo, brindando su experiencia en materias como acogida, formación, información sobre los países de origen, y tramitación y gestión de los expedientes de asilo, en relación, sobre todo, a grupos vulnerables. No en vano, desde 2013, EASO cuenta con una estrategia referida a la dimensión externa del Sistema Europeo Común de Asilo, que define el enfoque y el marco general de

⁴⁹ Insiste en su potencial, aun no plenamente desarrollado, el *Informe del Parlamento Europeo Bresso/Brok*. Cfr. *Draft Report “on improving the functioning of the European Union building on the potential of the Lisbon Treaty” 2014/2249(INI)*. *European Parliament*. 20.1.2106, p. 16.

actuación. Así, destacadamente, dicha estrategia se propone fortalecer la función de la Unión en la tarea de reasentamiento de los refugiados entre todos los Estados miembros, en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

9) Finalmente, ha de aludirse, a modo de mecanismo o instrumento de cierre del Sistema, al conjunto de normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008). Dicha normativa, considerablemente polémica y justamente cuestionada, pretende armonizar el procedimiento de expulsión de los extranjeros que permanecen en situación irregular en el territorio de los Estados miembros, sin perjuicio de las normas nacionales o europeas más favorables para las personas⁵⁰.

Es, sin embargo, una legislación que, más que armonizar, se limita a expresar unas normas mínimas determinantes de un marco en el que se concede una considerable libertad de autodeterminación a los Estados miembros, en relación a las resoluciones que tengan éstos a bien adoptar. Libertad a la que los mismos se han acogido, ciertamente, en grado, a veces, pleno. De ese modo, la Directiva ha venido a reconocer la competencia de aquéllos para adoptar decisiones de retorno; facilitar la salida voluntaria, imponer la expulsión inmediata y acordar la prohibición de entrada, a través de una mera decisión o acto administrativo, sin perjuicio de las excepciones que se contemplan. Las exiguas garantías procedimentales que los Estados miembros han de observar se resumen únicamente, conforme a lo dispuesto en la Directiva, en los deberes de comunicación escrita y razonada, traducida y recurrible de tales decisiones, sin que se impida la convalidación de las medidas de “internamiento a efectos de expulsión” que, con un carácter indisimuladamente punitivo y devaluada protección de los derechos procesales de los afectados, se autoriza aplicar, incluso, en centros penitenciarios, sin distinción entre adultos y menores, durante un período máximo de dieciocho meses, sin plazo tasado para la

⁵⁰ Exhaustivamente, FAJARDO DEL CASTILLO, *La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2009, nº 33, p. 453-499. Valora su aplicación REIG FABADO, *La directiva de retorno y la tutela judicial efectiva*, en “Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales”, año 2015, nº 19, p. 115-126.

intervención judicial. Dichas resoluciones, previas a la expulsión, competen, además, a la autoridad administrativa de cada Estado miembro, considerándose, a lo sumo, la posibilidad de su revisión judicial⁵¹.

III. Las carencias del sistema y sus propuestas de reforma.

No obstante, los avances experimentados en la determinación de un consistente sistema europeo común de protección internacional, aun así, repleto de luces y sombras, que trata de aunar, en difícil equilibrio, la seguridad y la garantía de los derechos, lo cierto es que el mismo no sólo se ha visto desbordado por la masiva crisis migratoria iniciada en 2015 y continuada en 2016, sino que su aplicación ha sido frenada, de modo consciente, por los Estados, bien haciendo una interpretación restrictiva del mismo; bien promoviendo su incompleta aplicación. Es, pues, un conjunto de normas que requieren cambios importantes, dada su excesiva deferencia para con los Estados miembros, habiendo propiciado el desarrollo de prácticas estatales muy distintas y marcadamente insolidarias en algunos casos⁵².

No en vano, la decisión final sobre la concesión del estatuto de refugiado sigue en manos exclusivas de los Estados miembros, que, conforme al art. 1, en relación con el art. 33, de la Convención de Ginebra, y el art. 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se han de comprometer, cuando menos, a no devolver o expulsar a los extranjeros solicitantes de protección a Estados que no puedan considerarse seguros, evaluando seriamente los riesgos de persecución del individuo afectado por una medida de retorno⁵³.

⁵¹ Para una crítica de los extremos más controvertidos de la Directiva, cfr., entre otros, BALDACCINI, *The EU Directive on return: principles and protests*, en "Refugee Survey Quarterly", año 2009, 28 (4), p. 114-138. También, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *Inmigración y derechos humanos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2008/115/CE*, en "Persona y Derecho", año 2013, vol. 68, p. 159-179.

⁵² CANO LINARES, *Asilo y refugio en la Unión Europea*, pág. 232.

⁵³ Vid., a este respecto, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 06/05/2008, "C-133/06, Asunto Parlamento Europeo v Consejo", referida a los países seguros de devolución de refugiados. Más recientemente, cfr., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 17/03/2015, "C-695/15 Asunto PPU, Shiraz Baig Mirza v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal". En general, vid., IPPOLITO, *Migration and asylum cases before the Court of Justice of the European Union: putting the EU Charter of Fundamental Rights to test?*, en "European Journal of Migration and Law", 2015, Volume 17, Issue 1, p. 1-38.

Así, tras la sacudida de la última crisis, se ha puesto de manifiesto cómo, de manera incorrecta, el sistema vigente traslada la presión migratoria, con todo lo que ello comporta, a los Estados de entrada (Grecia, Italia y España)⁵⁴, tránsito (Austria, Hungría), y destino y acogida final (Alemania, Suecia), habida cuenta de la repercusión asimétrica que la actual crisis ha mostrado, tal y como se deduce de la libia, que afectó fundamentalmente a Italia; de la siria, que repercute, de manera primordial, en Grecia, en los países del Este europeo y en Alemania y Suecia; o la magrebí y subsahariana, que afecta esencialmente, hoy, a España, Estados éstos de los que, con posterioridad, se trasladan buena parte de los refugiados, en “movimiento secundario”, a los efectos de nuevamente solicitar protección, para mejorar sus derechos y condiciones materiales de vida⁵⁵.

De ese modo, se ha comprobado cómo los extranjeros que, de forma masiva y descontrolada, arriban a las fronteras de la Unión, huyendo de sus Estados de origen o residencia, por muy distintos motivos, pero fundamentalmente políticos, económicos y religiosos, en realidad lo han hecho a las de un Estado miembro de la misma, que lo es de entrada y primer registro, el cual constituye, por tanto, la frontera exterior común de aquélla, y ante el que solicitan la protección internacional correspondiente, consistente, habitualmente, en la presentación de una demanda o solicitud de asilo. Este hecho genera, como se ha comprobado una carga desproporcionada e insoportable para esos Estados fronterizos, que no se encuentran en condiciones de garantizar una protección y asistencia adecuada a los demandantes de refugio y asilo, dado su elevadísimo número. De ahí que constituya un clamor la necesidad de modificar el Reglamento “Dublín III”, a los efectos de repartir solidaria y vinculantemente las responsabilidades que semejantes procesos implican,

⁵⁴ Durante el año 2016, hasta el 1 de octubre de ese año, 166.000 personas llegaron a Grecia y 130.000 a Italia, procedentes, fundamentalmente, de Nigeria, Eritrea, Sudán del Sur, Gambia y, Costa de Marfil, huyendo de la guerra y la miseria.

⁵⁵ Según EUROSTAT, Alemania fue, en 2015, el principal Estado de acogida de asilados: más del 40% de las peticiones aprobadas en la Unión Europea se produjeron en ese país, multiplicándose por tres la cifra de 2014. El 70% de ellos procede de Siria. Suecia es el segundo Estado, acogiendo a más asilados que Francia y España juntas. España sólo acogió al 0,3% de los mismos, esto es, a 1.030 asilados, cifra inferior a la de Malta o Chipre, pese a representar al 9,1% de la población de la Unión.

asumiendo, además, las orientaciones jurisprudenciales expresadas por el Tribunal de Justicia en la materia⁵⁶.

Como respuesta, “de lege ferenda”, la Comisión propuso la creación de una suerte de Agencia Federal de Asilo que, estableciendo un sistema de acogida común, centralizara las demandas y efectuara, conforme a criterios objetivos, el reparto equitativo y automático, por medio de cuotas, de las personas merecedoras de protección internacional. Subsidiariamente, es decir, si esta propuesta federal no se aprobaba, como así ocurrió, habida cuenta de la oposición que, desde un primer momento, recibió la misma, se ha previsto alternativamente mantener el “status quo”, esto es, confirmar que la petición de asilo siguiera considerándose responsabilidad del Estado en el que se solicita, prestando una cualificada ayuda económica al mismo, al tiempo que se establecía un mecanismo de emergencia de reparto, que penalizara a los Estados que rechazaran participar en el mismo con multas disuasorias de 250.000 euros por cada asilado que rehusaran acoger en sus territorios. Dicho mecanismo corrector de asignación, también llamado “mecanismo de equidad”, debía activarse automáticamente cuando se produjeran llegadas masivas de personas a algún país y ello supusiera al mismo recibir un 50% más de las demandas que puede asumir, en atención a su Producto Interior Bruto, población y número de refugiados acogidos desde países terceros. A esos efectos, se consideró que había de ser la, en el futuro, denominada Agencia Europea de Asilo, quien fijara la clave de reparto y quien se encargara de supervisar todo el proceso, asumiendo así nuevas competencias⁵⁷. Más esta nueva propuesta no ha alcanzado el consenso requerido

⁵⁶ Cfr. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*. COM (2015) 450 final. Bruselas 9.9.2015.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo. “*Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y el reforzamiento de las vías legales de llegada de personas a Europa*”. Bruselas 06.04.2016 COM (2016) 197 final. Sobre las propuestas de reforma del sistema Dublín, cfr., entre otros, PORRAS RAMÍREZ, *El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, en “Revista de Estudios Políticos”, año 2017, n° 175, p. 207-234; en especial, p. 225 y ss. DI FILLIPPO, *The allocation of competences in asylum procedures*

por lo que tampoco ha sido aprobada. De ahí que la Unión se encuentre, en la actualidad, en una grave situación de “impasse” en ese sentido.

A este problema de necesaria solución se agrega otro de no menor envergadura. Así, en la actualidad, como sabemos, durante la situación de espera, la normativa europea obliga a conceder a los refugiados, esto es, mientras se tramita su expediente, “protección temporal”, de carácter humanitario, consistente, básicamente, en la concesión de alojamiento y alimentos. Dicha protección comporta potencialmente, también, libertad de circulación por el territorio del Estado miembro de acogida o en el área asignada por el mismo; la posibilidad de que el Estado les proporcione residencia o que los confine en un lugar determinado, junto con la asunción del deber de escolarizar a los menores y proporcionar atención sanitaria⁵⁸.

Sin embargo, es clara la brecha existente entre el ser y el deber ser; entre la asistencia que debería procurarse y la que efectivamente se proporciona a las personas afectadas, dado, además, su elevado número. Las diferencias que cabe apreciar entre la práctica seguida en Alemania y la que se desarrolla en Grecia, a esos efectos, resulta abismal, como es bien conocido. Así se advierte en la interpretación de la legislación de asilo, en las prestaciones que se ofrecen y en el tiempo, breve o prolongado, que se dedica a la tramitación de los expedientes.

Aun así, el problema principal afecta a aquellas personas a las que no se les reconoce o deniega protección internacional alguna, esto es, ni asilo, ni protección subsidiaria, dada su condición de migrantes económicos, y son declaradas en situación irregular, lo que afecta a un importante número de ellos, a los que se insta a abandonar el territorio europeo, sin que sea factible su devolución a sus países de origen al encontrarse la mayoría indocumentados. Así, muchos de éstos, hasta un 40% del total, permanecen en el territorio de la Unión, quedando en situación de completa desprotección jurídica y desamparo personal, relegados, en suma, a la asistencia solidaria de las organizaciones humanitarias de carácter no gubernamental.

under EU Law, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2018, nº 59, p. 41-95; y MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d’asilo*, p. 19-20.

⁵⁸ Valora esta Agenda Europea, con sus luces y sus sombras, NICOLOSI, *Emerging challenges of the temporary relocation measures under EU Asylum Law*, en “European Law Review”, año 2016, nº 3, p. 338-361.

En todo caso, para afrontar la crisis, la Unión ha adoptado, con gran dificultad, algunas iniciativas, de inmediata ejecución, que merecen destacarse, en desarrollo de la Agenda Europea de Migración, aprobada en 2015⁵⁹. Así, ha de mencionarse: 1) la que ha llevado a prestar asistencia a los Estados situados en primera línea (“frontline Member States”: con ayudas financieras de emergencia y creación de puntos críticos (“hotspot approach”), en realidad, más bien, auténticos centros de detención, para efectuar las labores de identificación y coordinación para el asilo y el retorno. 2) También ha previsto ampliar el fondo de ayuda a la integración. 3) Ha multiplicado las iniciativas de colaboración con los Estados de origen de los migrantes. 4) Ha intensificado la lucha contra las redes o mafias que promueven, organizan y efectúan el tráfico ilícito de personas. 5) Ha mejorado la política de retorno; firmando acuerdos de readmisión⁶⁰. 6) Y, sobre todo, se ha movilizó para reforzar las fronteras marítimas y terrestres, exteriores de la Unión, a través de FRONTEX⁶¹, los Equipos de Intervención Rápida en las Fronteras⁶², EUROPOL y las armadas de los Estados cuya contribución se solicita. Además, como medida más novedosa, la Comisión ha creado una Guardia Europea de Fronteras y Costas⁶³, dotada, hoy, con 1500 efectivos, preparados para intervenir en cualquier foco fronterizo considerado crítico⁶⁴.

⁵⁹ Comunicación de la Comisión Europea COM (2015) 240 F.

⁶⁰ En octubre de 2016, emulando el “Plan África” de 2006, promovido por el gobierno de España para frenar la llegada masiva de pateras y cayucos con destino a las Islas Canarias, se han firmado acuerdos con Nigeria, Senegal, Níger, Mali y Etiopía, que se añaden al ya suscrito previamente con Afganistán.

⁶¹ FRONTEX, esto es, la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, fue creada por el *Reglamento 2007/2004, del Consejo, de 26 de octubre de 2004*.

⁶² El mecanismo que los crea aparece dispuesto en el *Reglamento 863/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*.

⁶³ Comisión Europea. Comunicado de prensa de 15 de diciembre de 2015. *Propuesta de Reglamento al Parlamento Europeo y al Consejo de Fronteras Europeas y Guardia Costera. Estrasburgo 15.12.2015 COM (2015) 671 final. 2015/0310 (COD)*.

⁶⁴ Los 200 primeros efectivos se destinaron, en octubre de 2016, a reforzar la frontera entre Bulgaria y Turquía, a petición del Gobierno búlgaro. Se ha considerado que la misma pueda verse asistida, en un futuro, cuando la situación lo exija, por medios militares genuinamente europeos, esto es, por Fuerza Marítima Europea (Euromarfor) y por Cuerpos Europeos (Eurocorps), junto con los recursos de una Estructura de Cooperación Permanente.

Con mayor alcance se asiste a una cada vez más avanzada propuesta de revisión del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), que, dado su carácter mínimo, ha propiciado prácticas estatales muy distintas y una deficiente ejecución de normas comunes, dado el amplio margen de discrecionalidad que deja en manos de los Estados miembros de cara a su aplicación. Así, el principal fracaso cosechado por la Unión durante el desarrollo de la actual crisis, el cual cabe atribuir, más que a ésta, a sus Estados miembros, tiene que ver con la negativa de los mismos a aceptar la reubicación de contingentes de refugiados, propuesta al Consejo por la Comisión⁶⁵. Como es bien sabido, dichos Estados, haciendo una demostración lamentable de insolidaridad, han obstaculizado la activación de la previsión de “protección temporal” de desplazados, en caso de emergencia por afluencia repentina y masiva, que prevé el art. 78.3 TFUE y que regula la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001⁶⁶. Así, ha de constatarse que la Unión Europea, en el marco de la última gran crisis, había reubicado a un número muy escaso de refugiados⁶⁷. De ese modo, se ha frustrado la pretensión de la Comisión de establecer un sistema permanente de reparto de refugiados y solicitantes de asilo entre los Estados miembros, implantando un régimen de reubicación obligatorio y de activación automática para distribuir a las personas necesitadas de protección internacional dentro de la Unión Europea, como consecuencia de una afluencia masiva⁶⁸.

Los Estados Miembros han mostrado así una actitud insolidaria, unilateral y descoordinada, abiertamente contraria a los valores y principios sobre los que se asienta la Unión Europea⁶⁹. Además, algunos de ellos han restringido la libre

⁶⁵ *Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión Europea, de 8 de junio de 2015, sobre un Programa Europeo de Reasentamiento.*

⁶⁶ El Tribunal de Justicia de la UE, en Sentencia referida a los asuntos acumulados C-643/15 y 647/15, de 6 de septiembre de 2017 declaró válido el plan de cuotas, rechazando así la pretensión de anulación del mismo formulada contra la Decisión del Consejo que determinaba su establecimiento por Eslovaquia y Hungría.

⁶⁷ La Comisión Europea ha declarado, transcurrido septiembre de 2017, fecha de finalización del programa, que sólo 30.000 refugiados han sido reubicados, de los 160.000 prometidos.

⁶⁸ INELI-CIGER, *Time to activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe*, p. 16 y ss.

⁶⁹ TÁMARA ESPOT, *Política europea de inmigración y asilo: razones y (des)equilibrios*, en “Claves de Razón Práctica”, año 2016, nº 244, p. 21-31; en especial, p. 24 y ss.

circulación en el espacio Schengen, con la aprobación de la Comisión, implantando controles temporales internos (Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia y Noruega), en aplicación del art. 23 del Código de Fronteras Schengen, que alude a la apreciación de situaciones de “grave riesgo de orden público” para aquéllos. Otros han llegado a levantar muros o vallas fronterizas, o a establecer “zonas de tránsito”, como ha ocurrido, hasta la fecha, en Austria, Hungría, Macedonia y Eslovenia. Incluso han llegado a fijar cuotas de entrada de refugiados y de peticiones de asilo aceptables, lo que es incompatible con el Derecho europeo e internacional.

El pretexto, cínicamente esgrimido, ha sido frenar la entrada de terroristas vinculados al yihadismo, o el fomento de la inmigración por causas económicas, que no políticas⁷⁰. Y, de modo muy polémico, suponiendo un giro radical en la política migratoria de la Unión Europea, orientada ahora, fundamentalmente, al sellado de sus fronteras exteriores, cabe destacar, nuevamente, la firma del Acuerdo con Turquía, de 18 de marzo de 2016, para la devolución de “migrantes irregulares” (incluyendo aquí, también, a los refugiados)⁷¹, que supone que todos los que, en lo sucesivo, arriben a las costas griegas (incluso siendo sirios), además de los “migrantes económicos”, y, en cualquier caso, los afganos y paquistaníes, serán considerados “ilegales” y devueltos (expulsados, en realidad), por vía marítima, a Turquía, a quien se considera “país seguro”, a fin de cumplir con las exigencias de los Tratados y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a cambio de acoger a un número de sirios e iraquíes “legales”, radicados y considerados como tales en territorio turco, equivalente en número al de expulsados, atendiendo a criterios de vulnerabilidad (mujeres y niños). Es el llamado “esquema uno por uno”. Dicho acuerdo, que, en la actualidad, ha frenado las llegadas a través del Egeo; como también lo ha hecho, en relación a las llegadas a Italia, el implícito o secreto suscrito con los bandos contendientes en la guerra civil libia, ha supuesto, de forma muy criticable, la externalización de los controles migratorios que debería realizar la Unión, los cuales impiden a los

⁷⁰ MARIN - SPENA, *The criminalization of migration and European (dis)integration*, en “European Journal of Migration and Law”, 2016, Volume 18, Issue 2, p. 147-156.

⁷¹ LISA, *The EU-Turkey Agreement: a turning point in the EU’s policy approach to the refugee crisis but with the devil lurking in the detail*, en www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_en/contenido

potenciales refugiados apelar a su derecho a no ser devueltos a su país de origen o residencia, precisamente por no tener aún la condición de refugiados⁷².

En todo caso, la acogida deficiente y descoordinada de seres humanos, que huyen de la guerra y la persecución política, étnica o religiosa, ha hecho cuestionar la vigencia de los valores europeos y la perdurabilidad misma de la Unión, en tanto que “Comunidad de Derecho”. Además, esa frustrante respuesta se ha visto acompañada de una eclosión nacionalista, demagógica y populista, del peor corte identitario y xenófobo, que ha hecho bandera del miedo al extranjero, a la par que hacía gala de una no oculta islamofobia. Los fenómenos recurrentes de terrorismo yihadista han retroalimentado esta situación, extendiendo prejuicios y resucitando controles, lo que redundaría en una amenaza a la gran conquista europea que supuso el establecimiento efectivo de la libre circulación de personas en el Espacio Schengen⁷³.

Pero esta crisis también ha mostrado lo mejor de la condición humana. Centenares, miles de personas, movidas por nobles deseos humanitarios de solidaridad se han movilizado, denunciando estas situaciones, a los efectos de influir en la opinión pública y en la acción, tanto de los gobiernos estatales, como de las instituciones europeas, al tiempo que allegan recursos u ofrecen sus propias fuerzas para atender las necesidades básicas de sus congéneres necesitados, lo que es motivo de esperanza.

En todo caso, la alternativa probablemente más plausible quizá consista en que una mayoría de Estados miembros traslade a la Comisión, y ésta proponga al Parlamento Europeo y al Consejo, su intención de conformar una cooperación reforzada en relación con las políticas migratorias, de asilo y control de fronteras⁷⁴,

⁷² ABRISKETA URIARTE, *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2017, nº 56, p. 119-158. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en resolución de 27 de febrero de 2017, se ha considerado incompetente para juzgar la adecuación al Convenio de Roma del controvertido acuerdo UE-Turquía.

⁷³ En general, cfr., al respect, SPIKERBOER, *The human costs of burden control*, en “European Journal of Migration and Law”, 2007, Volume 9, Issue 1, p. 12 y ss.; y, más específicamente, MOTILLA DE LA CALLE, *Problemas y retos de la inmigración islámica en Europa*, en “Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja”, año 2011, nº 9, p. 7-26.

⁷⁴ Así, en un mismo sentido se ha pronunciado el influyente *Informe Bresso/Brok del Parlamento Europeo*. Cfr., *Draft Report “on improving the functioning of the European Union building on the potential*

acogiéndose, a esos efectos, a lo dispuesto en los arts. 326 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De este modo, se garantizarían los logros alcanzados por el actual Sistema Europeo Común de Asilo, sin admitir retrocesos en el mismo, al tiempo que se estaría en condiciones de corregir sus deficiencias y asegurar su aplicación compartida y responsable, avanzando en pos de una mayor integración efectiva en la materia o, lo que es lo mismo, en la federalización efectiva de unas políticas que sólo cabe abordar, eficazmente, desde una perspectiva común europea, desprovista de enfoques miopes e insolidarios y, por tanto, inspirada en los valores y principios sobre los que se funda el proyecto político europeo⁷⁵.

IV. Conclusiones

Si valoramos la actual crisis migratoria y la respuesta que la Unión Europea está ofreciendo a la misma, hemos de partir de la constatación de que las corrientes y flujos poblacionales muy probablemente se mantendrán en el futuro, lo que tendrá un impacto demográfico y económico considerable. Quiere con esto indicarse que se requiere previsión, ordenación y control de acceso en las fronteras exteriores de la Unión, esto es, en definitiva, el desarrollo efectivo de una política común de inmigración (art. 79 TFUE), de la que Europa hoy carece, que comporte, no sólo la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, sino, también, la integración de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de la Unión. Y, asimismo, la promoción de una política de buena vecindad, y no sólo de seguridad, en relación con los Estados limítrofes con la Unión, que contribuya a su estabilización y desarrollo económico y político.

of the Lisbon Treaty” (2014/2249(INI)). Committee of Constitutional Affairs. Rapporteurs: Mercedes Bresso, Elmar Brok, p. 16.

⁷⁵ THIELEMANN, *Why asylum policy harmonization undermines refugee burden-sharing?*, en “European Journal of Migration and Law”, 2014, Volume 6, Issue 1, p. 47-65.

Bibliografía

ABRISKETA URIARTE, J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2017, nº 56.

AGUELO NAVARRO, P., *Refugiados, desplazados, migrantes. El complejo fenómeno de las migraciones internacionales, su relación con la protección internacional y los movimientos mixtos*, en “Revista de Derecho Migratorio y Extranjería”, año 2016, nº 41.

BALDACCINI, A., *The EU Directive on return: principles and protests*, “Refugee Survey Quarterly”, año 2009, vol. 28 (4).

BREEN, C., *The standard of the best interest of child*, London/New York, The Hague, 2002.

CANO LINARES, M. A., *Asilo y refugio en la Unión Europea*, “Revista de derecho migratorio y extranjería”, año 2016, nro. 41.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., *Unión Europea, crisis de refugiados y `limes imperii`*, “Revista General de Derecho Europeo”, año 2016, nº 38.

DI FILLIPPO, M., *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, “I Diritti del Uomo”, año 2015, nº 1.

–, *The allocation of competences in asylum procedures under EU Law*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2018, nº 59.

DONAIRE VILLA, F.J., *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada*, “Revista Española de Derecho Europeo”, año 2010, nº 35.

–, “¿De qué hablamos cuando hablamos de coordinación en el ámbito de la Unión Europea y, por tanto, del ELSJ?”, en DONAIRE VILLA F.J. - OLESTI RAYO, A. (dirs.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

FAJARDO DEL CASTILLO, T., *La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2009, nº 33.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “European Asylum Law: model for a more cosmopolitan international Asylum Law?”, en PÉREZ DE LAS HERAS, B.(ed.), *Democratic legitimacy in the European Union and global governance building a European demos*, London, MacMillan, 2017.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, C., *La crisis de los refugiados y la respuesta europea*, “Análisis del Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos”, ARI 67/2015, 18/11/2015.

GONZÁLEZ VEGA, J. A., *Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional. (A propósito de la “crisis de los refugiados”)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2017, nº 56.

HABERMAS, J., *Die postnationale Konstellation*, Barcelona, Paidós, 2000.

INELI-CIGER, M., *Time to activate the temporary protection Directive. Why the Directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe*, “European Journal of Migration and Law”, año 2016, vol. 18, Issue 1.

IPPOLITO, F., *Migration and asylum cases before the Court of Justice of the European Union: putting the EU Charter of Fundamental Rights to test?*, “European Journal of Migration and Law”, año 2015, vol. 17, Issue 1.

LISA, P., “The EU-Turkey Agreement: a turning point in the EU’s policy approach to the refugee crisis but with the devil lurking in the detail”, en www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_en/contenido

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “El sistema europeo común de asilo a examen”, en REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 45: Libertad de circulación y de residencia”, en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

MARIN, L. - SPENA, A., *The criminalization of migration and European (dis)integration*, “European Journal of Migration and Law”, año 2016, vol. 18, Issue 2.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad. Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Iustel, 2012.

–, “Artículo 18: Derecho de asilo”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

–, “Artículo 19: protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

MORGADE GIL, S., *El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2012, nº 41.

–, “La coordinación de los Estados miembros en la segunda fase de la política europea común de asilo: el papel de la Oficina de Apoyo al Asilo (EASO)”, en DONAIRE VILLA, F.J. - OLESTI RAYO, A., (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

MOSCHETTA, T. M., *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d’asilo nei recenti sviluppi dell’iter di riforma del regime di Dublino*, “Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato e europeo”, año 2018, nº 5.

MOTILLA DE LA CALLE, A., *Problemas y retos de la inmigración islámica en Europa*, “Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja”, año 2011, nº 9.

NICOLOSI, S.F., *Emerging challenges of the temporary relocation measures under EU Asylum Law*, “European Law Review”, año 2016, nº 3.

OLESTI RAYO, A., *Las políticas de la Unión Europea relativas al control de las fronteras, asilo e inmigración*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año 2008, nº 10.

–, *El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras de los Estados miembros de la Unión*, “Revista d’Estudis Autònoms i Federals”, año 2012, nº 15.

PEERS, S., *The second phase of the Common European Asylum System. A brave new world, or lipstick or a pig?*, “Statewatch Analysis”, 8/4/2013.

PÉREZ BARAHONA, S., *El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*, en “Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja”, año 2003, n.1.

PÉREZ SOLA, N., *El derecho de asilo y la condición de refugiado. Balance de veintiséis años de desarrollos legislativos*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, año 2011, n° 25.

PERNICE, I., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 60, München, De Gruyter, 2001.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, “Revista de Estudios Políticos”, año 2017, n° 175.

PUIG DE LA BELLACASA, R., *Europa ante sí misma*, “Claves de Razón Práctica”, año 2016, n° 244.

REIG FABADO, I., *La directiva de retorno y la tutela judicial efectiva*, “Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales”, año 2015, n° 19.

RENEMAN, M., *EU asylum procedures and the right to effective remedy*, Oxford, Hart publishing, 2014.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *Inmigración y derechos humanos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2008/115/CE*, “Persona y Derecho”, año 2013, vol. 68.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo*, “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, año 2009, n° 18.

SHUTTE, J.J.E, *Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe*, en “Common Market Law Review”, año 1991, n° 3.

SOLANES CORELLA, A., *Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española*, “Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)”, año 2014, n° 7.

SPIKERBOER, T., *The human costs of burden control*, “European Journal of Migration and Law”, año 2007, vol. 9, Issue 1.

TÁMARA ESPOT, J., *Política europea de inmigración y asilo: razones y (des)equilibrios*, “Claves de Razón Práctica”, año 2016, n° 244.

THIELEMANN, E. R., *Why asylum policy harmonization undermines refugee burden-sharing?*, “European Journal of Migration and Law”, año 2014, vol. 6, Issue 1.

VON BOGDANDY, A., *The European Union as a supranational federation: a conceptual attempt in the light of the Treaty of Amsterdam*, "Columbia Journal of European Law", año 2000, nº 6.

WEILER, J.H.H. – WIND, M. (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea¹

§

Calogero Pizzolo²

Sumario

I. Puntos de convergencia entre la integración regional y la tutela de los derechos humanos: formación de una comunidad de intérpretes finales. II. El derecho a un recurso efectivo del artículo 13 (CEDH) vinculado al artículo 3 (CEDH) y su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los requirentes de asilo. III. La prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en la interpretación del Tribunal de Justicia de los artículos 4 y 19.2 (CDFUE). IV. La eficacia medida por el reconocimiento de un efecto suspensivo automático al recurso de revisión de la decisión denegatoria de la solicitud de asilo cuando se invoca el artículo 3 (CEDH). V. Sin garantía de doble instancia: el efecto suspensivo automático no alcanza al recurso de apelación. VI. El recurso efectivo frente a la prohibición de expulsiones colectivas. VII. El derecho a un recurso efectivo conforme al artículo 47 (CDFUE) en relación con los requirentes de asilo. VIII. Conclusiones.

¹ Este estudio se ha desarrollado con el apoyo del programa Erasmus+ de la Unión Europea en el marco del proyecto para el desarrollo del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Acuerdo Nr. 2018-3245/043-00, Proyecto: 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).

² Profesor Titular de las materias Derecho de la Integración y Elementos de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Jean Monnet de Derecho Público Europeo.

I. Puntos de convergencia entre la integración regional y la tutela de los derechos humanos: formación de una comunidad de intérpretes finales.

El desarrollo de procesos de integración regional, en la medida que indican una transición desde sociedades nacionales hacia un espacio transnacional de formación compuesta y compleja dominado por la diversidad, necesariamente causa una *movilidad social* que se manifiesta en constantes flujos migratorios.

En la Unión Europea (UE), lo dicho se ha visto favorecido por la consolidación a lo largo del tiempo de una libertad de circulación de personas y el consiguiente derecho de residencia –pilares de la integración europea- como nunca antes se conoció. Integrada a la ciudadanía nacional, se forjó una *ciudadanía común* manifiesto de los pueblos que la integran.³

Este proceso poco podría haber prosperado si no fuera por la constante y convincente intervención del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, intérprete final del derecho de la UE (DUE). Su actuación, materializada en una variada y voluminosa jurisprudencia, permite ejercer una amplia tutela de los Derechos en sus puntos de convergencia con los procesos de integración regional. El reconocimiento a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) de la mayor jerarquía, junto a los *tratados fundacionales*, selló definitivamente este vínculo: por primera vez en la historia se logra alcanzar una Carta de Derechos propia de un proceso de integración regional junto a un Tribunal que *garantice* su cumplimiento.

Sin embargo, transitando en *sentido inverso*, pese a los esfuerzos que se han hecho, la UE mantiene *pendiente* de desarrollo una política de asilo común que le permita *articular* con la permanente presión migratoria a la que es sometida desde fuera de sus fronteras comunes. El arribo en condiciones extremas, especialmente a los Estados de la frontera sur –principalmente España, Malta, Italia y Grecia-, cerca de la infamia de convertir al mar mediterráneo en un cementerio de personas *sin rostro*, no ha logrado despertar aún la *solidaridad común* que exigen la dimensión de los hechos que tratamos.

³ Véase PIZZOLO C., *Fundamental right for EU citizens status. Some developments in the scope of people's free movement and residence related to third-country nationals*, "Individual legal status: a tool for developing European law?", 2017, p. 31-54; y *Libre circulación de personas: alcance y límites*, "Derecho individuales e integración regional (antología)", Roma-Perugia-México, ISEG – Università degli Studi di Perugia – TEC, 2013, p. 425-446.

En este escenario, la UE encuentra un nuevo punto de convergencia con la tutela de los derechos humanos. Convergencia que se manifiesta en un *entramado normativo* que involucra por lo menos cuatro niveles de protección.⁴

Los dos primeros proporcionan un marco normativo *general* donde cuentan más los principios que las regulaciones particulares. Estos son, un inicial y hasta podríamos llamarlo *fundacional* nivel de protección configurado por las obligaciones internacionales en la materia (en particular en el ámbito de la O.N.U la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en adelante Convención de 1951⁵ y el Protocolo de 1967⁶) que vinculan tanto a la UE como a sus Estados miembros. Para luego, adjuntar el también genérico –no hay referencias específicas a los refugiados- marco normativo y de protección internacional del sistema europeo instrumentalizado a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷ (CEDH).⁸

Los dos niveles de protección restantes, en cambio, se caracterizan por su detallada regulación de la materia y es dominado por el derecho nacional de cada uno de los Estados parte en conexión con el DUE, ambos pendientes de una armonización plena en ausencia de un régimen común.⁹

⁴ Véase ROMEO G., *Diritti fondamentali e immigrazione (Special Issue 2/2019)*, en *federalismi.it*

⁵ Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General de la O.N.U en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137.

⁶ Cuando después de la II Guerra Mundial se crea la Convención de 1951, sólo los europeos que se convirtieron en refugiados antes de aquel año podían solicitar asilo. El Protocolo creado en 1967 elimina esta limitación de tiempo y espacio.

⁷ Véase MOLE, N. y MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, “Human rights files”, Nr. 9, Council of Europe Publishing, 2010.

⁸ El CEDH de 1950 solo contiene algunas disposiciones en las que se menciona a los extranjeros de manera explícita o en las que algunos derechos se limitan a los nacionales o a los residentes legales, por ejemplo, los artículos 2, 3 y 4 del Protocolo Núm. 4 y el artículo 1 del Protocolo Núm. 7. La Carta Social Europea (CSE) de 1961 (revisada en 1996) prevé explícitamente la protección de refugiados y apátridas.

⁹ Véase DA LOMBA, S., *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004.

En efecto, el llamado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)¹⁰ regula y establece normas comunes en el ámbito de la protección internacional con vistas a desarrollar conceptos y criterios comunes y a armonizar la interpretación y la aplicación del derecho de asilo entre los Estados miembros de la UE.¹¹

Dentro del *derecho originario* de la UE, además del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y del Tratado de la UE (TUE), reviste una importancia específica para el SECA la ya citada CDFUE.¹² Dentro de este *bloque normativo* cabe destacar como fundamento jurídico específico del derecho de asilo los artículos 78 y 79 (TFUE).¹³

¹⁰ El Tribunal de Justicia tiene dicho que el SECA “se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra [1951] y del Protocolo [1967] y *en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución*” (STJ de 14 de mayo de 2019, *M. y otros*, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17 [ECLI:EU:C:2019:403], párr. 80). Sin resaltar en el original.

¹¹ En comparación con otros sistemas de asilo a escala regional, el SECA posee un carácter excepcional en la medida en que *regula tanto cuestiones de fondo como cuestiones de procedimiento* para la protección internacional, desde la entrada en un Estado miembro hasta la resolución definitiva sobre el estatuto de protección.

¹² Debe tenerse en cuenta también el Protocolo Núm. 24 *sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea* y el Protocolo Núm. 30 *sobre la aplicación de las disposiciones de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido*.

¹³ En lo que aquí interesa el artículo 78.1 dice: “La Unión desarrollará *una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país* que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”. Mientras que el artículo 79.1 dice: “La Unión *desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas*”. Sin resaltar en el original.

También son determinantes los artículos 18¹⁴, 19¹⁵ y 47¹⁶ (CDFUE), este último en concordancia con el artículo 13 (CEDH) consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁷

En cuanto al *derecho derivado*, sin perjuicio del principio de subsidiariedad y del hecho –como ya se dijo- de que la competencia legislativa en el ámbito del asilo está *compartida* entre la UE y los Estados miembros¹⁸, la legislación sobre el SECA tiene por objeto establecer un sistema común para atender a las solicitudes de protección internacional con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2011/95/UE¹⁹. Esta

¹⁴ La norma citada dice: “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con la Constitución”.

¹⁵ La norma citada dice: “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

¹⁶ La norma citada dice: “[1] Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados *tiene derecho a la tutela judicial efectiva* respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. [2] Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. [3] *Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*”. Sin resaltar en el original.

¹⁷ Sobre la noción de “efectividad” en el artículo 47 véase, entre otros: GUTMAN K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, “German Law Journal”, año 2019, vol. 20; VAN DUIN, A., *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13*, “EuCML”, año 2017, vol. 6 (5); PRECHAL S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, “Fundamental Rights in International and European Law”, año 2016; HERWIG C. H. HOFMANN, *The Right to an ‘Effective Judicial Remedy’ and the changing conditions of implementing EU Law*, “Law Working Paper Series-Paper number 2013-02”, 11/07/2013 y RENEMAN M., *Access to an Effective Remedy in European Asylum Procedures*, “Amsterdam Law Forum”, año 2008, vol. 1.

¹⁸ Véase CAVASINO E., *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d’asilo (4.10.2019)*, en www.federalismi.it

¹⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados*

Directiva se aplica, por tanto, desde el punto de entrada en la UE hasta que se alcanza una decisión definitiva sobre cada solicitud y se reconoce o se deniega el estatuto de protección internacional.²⁰

Se destaca también el denominado *Reglamento de Dublín III*²¹ instrumento de tercera generación que establece los criterios y mecanismos para determinar *cuál es el Estado miembro responsable* de examinar una solicitud de protección internacional.²² En su artículo 27, este Reglamento establece que a las personas que se aplica (cfr. art. 18), gozan del derecho a la tutela judicial efectiva “en forma de recurso o de revisión, de hecho o de derecho, contra la decisión de traslado, ante un órgano jurisdiccional”. Los Estados miembros deben establecer, por lo tanto, “un plazo

o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) [2011] DO L 337/9.

²⁰ De los considerandos 4, 23 y 24 de la Directiva 2011/95 se desprende, según razona el Tribunal de Justicia, que “la Convención de Ginebra [1951] *constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados* y que las disposiciones de esta Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al contenido de este fueron adoptadas *para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes para el reconocimiento a los solicitantes de asilo del estatuto de refugiado* en el sentido del artículo 1 de esta” (Cfr. STJ de 31 de enero de 2017, *Lounani*, asunto C 573/14 [EU:C:2017:71], párr. 41, y STJ de 13 de septiembre de 2018, *Ahmed*, asunto C 369/17 [EU:C:2018:713], párr. 40). Sin resaltar en el original.

²¹ Reglamento (UE) Nr. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida* [2013] DO L 180/31.

²² El Reglamento de Dublín III se complementa con el Reglamento (CE) Nr. 1560/2003, en su versión modificada por el artículo 48 del Reglamento de Dublín III, que *establece normas y disposiciones detalladas para facilitar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros competentes en la aplicación del Reglamento de Dublín III*, y el Reglamento (UE) Nr. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013 y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición), [2013] DO L 180/1.

de tiempo razonable para que la persona interesada pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva”. El Tribunal de Justicia en el asunto *Ghezelbash* sostuvo que, una interpretación restrictiva de este recurso, podría privar de *efecto útil* a los derechos del solicitante de asilo.²³ En la misma línea, en el asunto *Karim* se defendió que, dicho recurso, “ofrece al solicitante de asilo un recurso judicial efectivo contra la decisión de trasladarlo, que puede referirse, por ejemplo, al examen de la aplicación de este Reglamento y puede llevar así a poner en tela de juicio la responsabilidad de un Estado miembro, aun cuando no existan en ese Estado miembro deficiencias sistémicas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo que impliquen un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 [CDFUE]”.²⁴

La Directiva 2013/33/UE, por su lado, garantiza un recurso efectivo frente a las decisiones de concesión, reducción o retirada de los beneficios previstos en la misma; así como la asistencia jurídica gratuita para ejercerlos (art. 26). La Directiva 2013/32/UE²⁵, establece un compendio pormenorizado de normas y garantías para los *procedimientos comunes* de concesión o retirada de protección internacional. En su artículo 46, esta Directiva prevé el derecho a un recurso efectivo frente a una decisión sobre protección internacional, la negativa a reabrir una solicitud previamente interrumpida y una decisión para retirar la protección internacional. Este derecho es

²³ STJE de 7 de junio de 2016, asunto C-63/15 [ECLI:EU:C:2016:409], párr. 53. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del citado artículo 27 que fue presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Mehrdad Ghezelbash, nacional iraní, y el Secretario de Estado de seguridad y justicia de los Países Bajos, en relación con la decisión de éste de desestimar la solicitud de permiso de residencia temporal que aquél había presentado amparándose en el derecho de asilo.

²⁴ STJE de 7 de junio de 2016, asunto C-155/15 [ECLI:EU:C:2016:410], párr. 22. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 19 y 27 del Reglamento (UE) Nr. 604/2013 presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. George Karim, de nacionalidad siria, y el Servicio de Inmigración de Suecia sobre la decisión de este último de desestimar la solicitud de permiso de residencia presentada por aquél y trasladar a este último a Eslovenia.

²⁵ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional*, [2013] DO L 180/60. Refundición de la Directiva 2005/85/CE del 1 de diciembre de 2005.

firmemente defendido, en el ámbito de la O.N.U, por la ACNUR²⁶ quien, por caso, al analizar el DUE (Directiva 2005/85/CE) dejó en claro que “un procedimiento acelerado de asilo, incluyendo aquel acorde a la Directiva sobre procedimientos de asilo, *siempre debe respetar las salvaguardas procesales mínimas*, tanto en la legislación como en la práctica”.²⁷

Observamos, pues, un escenario de *protección multinivel* nada extraño a la realidad actual que presenta la tutela de Derechos. Una fragmentación jurídica que certifica la pérdida de la unidad interpretativa y que da lugar –como explicáramos en otros escritos²⁸- a una *Comunidad de intérpretes* que reclaman para sí la última palabra sobre una materia concurrente.

Dentro de esta Comunidad cobran especial relevancia dos tribunales regionales, el ya citado Tribunal de Justicia –que interpreta un derecho de naturaleza supranacional como el DUE²⁹-, y el intérprete del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo garante de la clásica protección internacional de naturaleza subsidiaria. A ellos se suma un tercer actor relevante que permiten cerrar el llamado *triángulo jurisdiccional europeo*: los jueces nacionales quienes se encuentran en la primera línea de la defensa de los Derechos y deben

²⁶ La Asamblea General de Naciones Unidas ha confiado a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados y, junto con los gobiernos, buscar soluciones al problema de los refugiados (cfr. Asamblea General de la O.N.U, Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1950, A/RES/428 [V]).

El párrafo 8 del Estatuto de la ACNUR le confiere la responsabilidad de *supervisar las convenciones internacionales para la protección de los refugiados*, mientras que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 obliga a los Estados a cooperar con ACNUR en el ejercicio de su mandato, en particular, facilitando la función de la ACNUR de supervisar la aplicación de las disposiciones de los instrumentos internacionales citados (artículo 35 de la Convención de 1951 y el artículo II del Protocolo de 1967).

²⁷ Véase “Declaración de la ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo” de 21 de mayo de 2010, publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3.2.2010) sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, párrafo 4. Sin resaltar en el original.

²⁸ PIZZOLO C., *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires, ASTREA, 2017.

²⁹ PIZZOLO C., *Derecho e Integración Regional*, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

ponderar sus interpretaciones con las interpretaciones de los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo. Para el caso del DUE, el TFUE proporciona a los “órganos jurisdiccionales de los Estados miembros” una herramienta esencial para desarrollar el *diálogo jurisdiccional directo* con el Tribunal de Justicia: la petición o cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 (TFUE).³⁰

Como la materia es convergente, la posibilidad de conflictos que provoquen *divergencias interpretativas*, es constante. Las diferencias de criterios frente a la protección o tutela de un Derecho, en un escenario multinivel, afecta directamente su eficacia. En consecuencia, la salida al conflicto se muestra a través del *diálogo jurisdiccional* apoyado en la construcción de consensos mínimos. Esto es, de estándares comunes de protección. Cuando hablamos de refugiados o requerientes de asilo³¹, dichas divergencias interpretativas pueden cobrarse vidas humanas, por ello es importante que las distintas jurisdicciones dialoguen.

En palabras del Tribunal de Justicia, “en la medida en que la [CDFUE] contiene derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3 [CDFUE]³², pretende *garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene esta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH*, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la

³⁰ PIZZOLO C., *La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones*, “Derecho administrativo y corrección económica”, Quito, 2015, p. 29-56.

³¹ Según la Agencia de la O.N.U para los Refugiados (ACNUR), en el presente, nos encontramos ante la mayor crisis de refugiados desde su creación en la Segunda Guerra Mundial, con 68 millones de personas obligadas a huir.

No siempre es fácil entender la diferencia entre los migrantes, los solicitantes de asilo, los refugiados y otros grupos, especialmente cuando estos términos tienden a ser mal utilizados. La palabra “migrante” describe a la persona que se traslada de un lugar, región o país a otro. El término “solicitante de asilo” se refiere a un migrante que busca protección internacional.

³² La norma citada dice: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Sin resaltar en el original.

Unión Europea”.³³ Según las explicaciones del artículo 47 (CDFUE), el párrafo primero de ese artículo se basa en el artículo 13 (CEDH). Por consiguiente, el Tribunal de Justicia “debe velar por que su interpretación del artículo 47, párrafo primero [CDFUE], *garantice un nivel de protección que respete el nivel de protección garantizado por el artículo 13 del CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.³⁴

Podemos discutir, en el ejercicio de interpretación, márgenes de proporcionalidad o razonabilidad de la tutela conforme a las circunstancias que presenta cada caso. Lo que no podemos hacer, sin negar al mismo tiempo su existencia, es obstaculizar la vigencia de un Derecho invocando trabas rituales o formales que terminan *disolviendo* su contenido. Es decir, que conciben al derecho como un enunciado meramente declamativo sin pensar al mismo tiempo en herramientas que lo garanticen. En este rumbo, la jurisprudencia nacional e internacional fue evolucionando desde una *promesa de tutela*, hacia una *tutela efectiva*. Del reconocimiento del recurso estrictamente formal y ritual, al recurso efectivo *esencia* de todo sistema de garantías.

II. El derecho a un recurso efectivo del artículo 13 (CEDH) vinculado al artículo 3 (CEDH) y su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los requirentes de asilo.

El CEDH proporciona un marco genérico –normativo y de protección- que, al carecer de normas específicas sobre el derecho de los refugiados, instrumentaliza la tutela efectiva a través del artículo 13³⁵ *vinculado*, preponderantemente, con el artículo

³³ STJ de 26 de septiembre de 2018, X., C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 35. Véanse también, STJ de 14 de septiembre de 2017, K., C-18/16 [EU:C:2017:680], párr. 50; y STJ de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU [EU:C:2016:84], párr. 47.

³⁴ STJ de 26 de septiembre de 2018, X., C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 36. Sin resaltar en el original.

³⁵ La norma citada dice: “Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

³⁶ y, en menor número de casos, con el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 que prohíbe las deportaciones colectivas (ver punto V).

El artículo 13, además, cobra gran relevancia en el ámbito europeo respecto a la materia que estudiamos, pues, el propio TEDH, ha establecido que el artículo 6 (CEDH) –regula las normas del debido proceso- no se aplica a materias de inmigración y asilo.³⁷

Los *principios generales* desarrollados vía interpretativa por el TEDH en relación con el artículo 13 han sido resumidos en el caso *Keenan c. Reino Unido*.³⁸ Dicha norma, expresa el TEDH, “*garantiza* la disponibilidad de un recurso a nivel nacional para hacer respetar lo sustantivo de los derechos y libertades consagrados en el Convenio, sin importar la forma en que se encuentran garantizados en el derecho interno. De esta manera, el efecto del artículo 13 consiste en exigir la existencia de un recurso interno que conozca del aspecto sustantivo de una «petición defendible [*arguable complaint*]»³⁹ de conformidad con el Convenio Europeo y que otorgue la

³⁶ Conforme al TEDH, en tanto y en cuanto el artículo 13 *no es una disposición autónoma*, sólo puede ser invocado si el solicitante también tiene una queja válida con respecto a otra disposición del CEDH, como, por ejemplo, una queja en relación al citado artículo 3 el cual afirma: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁷ De acuerdo a la interpretación del TEDH, el artículo 6 es aplicable sólo a los procedimientos concernientes a la determinación de un derecho civil o una causa penal. Las decisiones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, incluso el otorgamiento de asilo, no involucran derechos civiles o cargos penales y, por lo tanto, los respectivos procedimientos mediante los cuales se adoptan las decisiones no pueden ser revisadas con base en el artículo 6 (cfr. STEDH de 5 de octubre de 2000, *Maaouia c. Francia* [demanda No. 39652/98], párr.40).

³⁸ La recurrente denuncia que su hijo se suicidó en prisión por haber faltado las autoridades penitenciarias a su obligación de protegerle la vida, argumenta además que éste fue víctima de tratos inhumanos y degradantes en razón de las condiciones mismas de su detención y de que ella no ha dispuesto de un recurso efectivo para presentar sus quejas. Invoca los artículos 2, 3 y 13 (CEDH).

³⁹ En general, el razonamiento del TEDH lleva a la conclusión de que una petición defendible [*arguability*] es aquella que tendría algún mérito en cuanto al fondo del asunto y que está basada en una presunta violación de un derecho protegido por el CEDH. En este sentido, el TEDH ha hecho referencia a que “el artículo 13 no puede, razonablemente, interpretarse que requiera un recurso en la legislación interna para cualquier presunta queja que una persona pueda tener de conformidad con el Convenio, sin importar lo infundada que su petición pueda resultar: la queja debe resultar defendible

reparación necesaria, aunque los Estados contratantes tienen cierta discreción en la manera en que cumplen con los requerimientos de la Convención de conformidad con este artículo. El alcance de la obligación del artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la petición del recurrente. Sin embargo, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser «efectivo [*effective*]» en la práctica, así como en la ley [*in practice as well as in law*]. En particular, *su ejercicio no debe ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado*».⁴⁰

En materia de asilo, el artículo 13 ha sido aplicado por los jueces de Estrasburgo *vinculado* al artículo 3. La protección contra las conductas prohibidas fijadas por este último artículo ha oficiado de *llave* al TEDH para *abrir* el sistema europeo al reconocimiento de una tutela efectiva a los solicitantes de protección internacional.⁴¹ Un *resultado negativo* en el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, podría llevar a la persona de regreso a un lugar en donde podría enfrentar un tratamiento vedado por el artículo 3. En este punto de convergencia, el artículo 13 opera como garantía de eficacia del *principio de no devolución*.⁴² Los procedimientos de asilo regulados en el derecho nacional, por lo

[*arguable*] en los términos del Convenio (cfr. STEDH de 27 de abril de 1988, *Boyle y Rice c. el Reino Unido* [Recursos Nrs. 9659/82, 9658/82], párr. 52).

⁴⁰ STEDH de 3 de abril de 2001, *Keenan c. Reino Unido* [Recurso Nr. 27229/95], párr. 123. Sin resaltar en el original.

⁴¹ Véase MORGADES GIL, S., *La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, Núm. 37 (2010), pp. 801-842.

⁴² Véase ABRISKETA URIARTE, J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del “non-refoulement”*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, Núm. 56 (2017), pp. 119-158. En el CEDH el principio de no devolución “es operativo por la vía de la prohibición de la tortura y de otros tratos inhumanos o degradantes, sin que figure recogido de manera expresa (...) opera en un contexto de «asilo» para amparar a las personas bajo la jurisdicción de los Estados miembros del CEDH que buscan protección internacional frente a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. El CEDH no protege ni expresa ni exclusivamente a los refugiados de la CG [Convención de 1951], sino a aquellos que podrían «refugiarse» en su art. 3” (*Idem*, pp. 138-139).

El artículo 33.1 de la Convención de 1951 reconoce este principio: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios

tanto, pueden ser objeto de control de convencionalidad en relación con las disposiciones del artículo 13, por ejemplo, para observar si se cumple con el *efecto automático suspensivo* que, llegado el caso, reclama la efectividad del recurso (ver punto III).

En el asunto de *Jabari c. Turquía*⁴³ -por ejemplo-, la recurrente invocó el artículo 13 alegando que había sido *privada* de un recurso efectivo contra la negatoria de considerar la solicitud de asilo y contra la orden de deportación, ya que los recursos de revisión de dichos procesos *no tuvieron un efecto suspensivo*.

Luego de considerar que “no existía una valoración hecha por las autoridades nacionales sobre la petición de la demandante de encontrarse en riesgo en caso de ser enviada a Irán”⁴⁴, los jueces de Estrasburgo llegaron a la siguiente conclusión: “dado el carácter irreversible del daño que podría ocurrir si el alegado riesgo de tortura o malos tratos se materializa y la importancia que tiene en relación con el artículo 3, *la noción de un recurso efectivo según el artículo 13 requiere un examen independiente y riguroso de la petición de que existen razones sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario al artículo 3 y la posibilidad de suspender la implementación de la medida impugnada*. En consideración a que el Tribunal Administrativo de Ankara no cumplió, en estas circunstancias, en proveer cualquiera

donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

⁴³ La recurrente huyó de Irán a Turquía temiendo ser condenada a muerte por lapidación o a flagelación por haber cometido el delito de adulterio, castigado por la ley islámica. Después de haber entrado ilegalmente en Turquía, intentó dirigirse a Canadá en avión, a través de Francia, con ayuda de un pasaporte falso. A su llegada al aeropuerto de París, la policía francesa la devolvió a Turquía. En el aeropuerto de Estambul fue detenida por haber entrado en el país con pasaporte falso y se ordenó su expulsión. Presentó entonces una petición de asilo que las autoridades rechazaron basándose en que la interesada no la había presentado en el plazo de cinco días a partir de su llegada a Turquía. La ACNUR le concedió el estatuto de refugiada, mientras que el Tribunal Administrativo de Ankara rechazó el recurso de la solicitante contra la orden de expulsión, basándose en que no había lugar a la anulación de la ejecución, puesto que dicha decisión no contenía ninguna irregularidad manifiesta y su ejecución no provocaría ningún daño irreparable a la interesada.

⁴⁴ STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía* [Recurso Nr. 40035/98], párr. 49.

de estas salvaguardias, el Tribunal concluye que el proceso de revisión judicial sobre el que se apoya el gobierno no satisfizo los requerimientos del artículo 13".⁴⁵

En la protección de los demandantes de asilo, es crucial la posibilidad real de que se suspenda la ejecución de medidas de alejamiento del territorio en tanto que una autoridad competente no haya examinado el fondo de las peticiones. Pero aún es más importante que el margen de apreciación inherente a la posibilidad de suspender la ejecución de la medida se reduzca hasta exigir que esta suspensión exista siempre que haya un riesgo de malos tratos prohibidos por el artículo 3 en el país de destino.⁴⁶

En el más reciente asunto *G.B. y otros c. Turquía*⁴⁷, el TEDH vuelve a tratar la vigencia del artículo 13 en relación con una violación del artículo 3.

El TEDH destaca que, frente a los antecedentes de violaciones a las normas citadas de CEDH, es el Estado turco quien debe probar la existencia de los respectivos recursos efectivos.⁴⁸ El caso es interesante porque en 2017 el TEDH reconoció, por primera vez, que un recurso individual presentado ante el Tribunal Constitucional turco tiene la capacidad de proveer un recurso efectivo para las quejas sobre las condiciones de detención –conforme al artículo 3- en un Centro de deportación de extranjeros. Argumentado, por lo tanto, que dicho recurso debía agotarse antes de presentar una petición ante el TEDH.⁴⁹

⁴⁵ *Ídem*, párr. 50.

Para el caso de una expulsión fundada en amenazas para la *seguridad nacional*, el TEDH sostiene que, en tales casos, dada la naturaleza irreversible del daño que podría ocurrir si se materializara el riesgo de malos tratos y la importancia que el TEDH atribuye al artículo 3, la noción de un recurso efectivo en virtud del artículo 13 requiere un examen independiente de la afirmación de que existen motivos sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario al artículo 3. Este escrutinio *debe llevarse a cabo sin tener en cuenta lo que la persona haya hecho para garantizar la expulsión o cualquier amenaza percibida para la seguridad nacional del Estado que promueve la expulsión* (cfr. STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido* [Recurso Nr. 22414/93], párr. 151).

⁴⁶ MORGADES GIL, S., *La protección de los demandantes de asilo (...)*, ya citada, p. 835.

⁴⁷ Los recurrentes cuatro ciudadanos rusos –una mujer y sus tres hijos menores- habían ingresado a Turquía a través del aeropuerto de Estambul y fueron arrestados cuando intentaban cruzar la frontera ilegalmente hacia Siria. En lo que aquí interesa, acusan al Estado de violar los artículos 3, 8 y 13 (CEDH) debido a las nocivas condiciones de detención en el “Kumkapı and Gaziantep Foreigners’ Removal Centres” y a la ausencia de recursos que permitieran denunciar dichas condiciones.

⁴⁸ STEDH de 17 de octubre de 2019, *G.B. y otros c. Turquía* [Recurso Nr. 4633/15], párr. 127.

⁴⁹ STEDH de 7 de noviembre de 2017, *Z.K. y otros c. Turquía* [Recurso Nr. 60831/15], párr. 41-49.

El TEDH ya había considerado, pues, que el recurso ante el Tribunal Constitucional turco “tenía, en principio, la capacidad de ofrecer a los solicitantes una reparación efectiva”. Sin embargo, el TEDH también considera que ese mecanismo “no funcionó efectivamente en las presentes circunstancias”. ¿Cuáles son las circunstancias del caso que llevan a los jueces de Estrasburgo a cambiar de opinión?

El Tribunal Constitucional turco desestimó una solicitud de medida cautelar [*interim measure*] defendiendo que las condiciones materiales de los requirentes “no constituían un riesgo inmediato y grave para sus vidas o su integridad física o mental”. Por lo que continuaron detenidos durante casi un mes más, período durante el cual los jueces constitucionales no se pronunciaron sobre la admisibilidad o el fondo del asunto. En opinión del TEDH, el rechazo de la medida cautelar “no solo compromete la efectividad general del recurso” ante Tribunal Constitucional turco. Se considera que, el hecho de no haber examinado la admisibilidad y el fondo de las denuncias de los solicitantes durante el período en que fueron detenidos, “socava la eficacia correctiva del mecanismo de recurso individual en este contexto particular”. El TEDH nota que después de presentar su recurso ante el Tribunal Constitucional turco, los recurrentes continuaron detenidos en condiciones inadecuadas durante un período no insignificante. Teniendo especialmente en cuenta la potencial vulnerabilidad de los tres recurrentes menores y los problemas bien conocidos en el Centro en que se encontraban detenidos, sumados al hecho de que el Tribunal Constitucional turco aparentemente estaba actuando como un tribunal de primera instancia en esas circunstancias, “podría esperarse que ese tribunal manifestara la diligencia necesaria para revisar las quejas de los solicitantes en virtud del artículo 3”.⁵⁰

Por lo tanto, “teniendo en cuenta la importancia fundamental del interés en juego, se requería un mecanismo legal con la capacidad de proporcionar una reacción más urgente de acuerdo a las circunstancias”.⁵¹ Un recurso puramente compensatorio disponible después de la liberación, ya sea ante el Tribunal Constitucional turco o ante otra instancia, “no podría haberles proporcionado [a los recurrentes] *un recurso*

⁵⁰ Se destaca a este respecto que la detención de niños en condiciones adversas, incluso por períodos muy cortos de tiempo, e incluso cuando habían estado acompañados por un adulto, constituyen una violación del artículo 3.

⁵¹ STEDH de 17 de octubre de 2019, *G.B. y otros c. Turquía* [recurso Nr. 4633/15], párr. 131-134.

efectivo con respecto a sus quejas específicas en virtud del artículo 3. La Corte reitera que la importancia especial otorgada por la Convención al artículo 3 requiere que los Estados Parte establezcan, *además de un remedio compensatorio, un mecanismo efectivo para poner fin rápidamente al tipo de tratamiento prohibido por el artículo 3.* De lo contrario, la perspectiva de una futura compensación legitimaría un sufrimiento particularmente grave en incumplimiento de esta disposición central de la Convención y debilitaría inaceptablemente la obligación legal del Estado de alinear sus estándares de detención con los requisitos de la Convención”.⁵²

III. La prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en la interpretación del Tribunal de Justicia de los artículos 4 y 19.2 (CDFUE).

Las consideraciones precedentes del TEDH, son *replicadas* en el ámbito del DUE por el Tribunal de Justicia al interpretar la CDFUE. En este sentido, el asunto *N. S. y otros* es representativo de cómo actúa la comunidad de intérpretes finales en el

⁵² *Ídem*, párr. 136. Sin resaltar en el original. El TEDH concluye que el mecanismo de recurso individual ante el Tribunal Constitucional turco “no ha demostrado ser efectivo” con respecto a las quejas de los recurrentes respecto a las condiciones materiales de detención en las circunstancias denunciadas en el caso. El Gobierno tampoco ha sugerido –además de proporcionar un recurso puramente compensatorio-, ningún otro recurso que pudiera haber proporcionado a los recurrentes una reparación suficiente en el momento poniendo fin rápidamente a la violación continua de sus derechos en virtud del artículo 3. En consecuencia, se interpreta que ha ocurrido una violación del artículo 13 en relación [*in conjunction*] con el artículo 3 (*Ídem*, párr. 137).

espacio europeo.⁵³ Los citados artículos 4⁵⁴ y 19.2⁵⁵ (CDFUE), según las explicaciones de éstos, están inspirados en el artículo 3 (CEDH).⁵⁶

Los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, si el Estado miembro que debe efectuar el traslado del solicitante de asilo al Estado miembro designado por el Reglamento de Dublín como Estado responsable de tramitar la solicitud, está *obligado a comprobar* si éste respeta los derechos fundamentales. Asimismo, si tal obligación derivada del Reglamento de Dublín *se opone a la aplicación de una presunción irrefutable* según la cual el Estado responsable respeta los derechos fundamentales reconocidos por el DUE al solicitante. Finalmente, si cuando se aprecia que el Estado miembro responsable *no respeta los derechos fundamentales*, el Estado miembro que debe efectuar el traslado del solicitante de asilo *está obligado a asumir la responsabilidad de examinar la solicitud de asilo*.

Para el Tribunal de Justicia, del examen de las normas que constituyen el SECA, resulta que éste ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que participan en él, ya sean Estados miembros o terceros Estados, respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros “pueden otorgarse confianza mutua a este respecto”. Precisamente, sobre la base de este *principio de confianza mutua*, el legislador de la UE adoptó el Reglamento Nr.

⁵³ Las dos peticiones de decisión prejudicial –presentadas por la *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) y por la *High Court* (Irlanda)- tienen por objeto la interpretación, en lo que aquí interesa, de los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). Dichas peticiones se suscitaron en el marco de litigios entre solicitantes de asilo –nacionales de Afganistán, Argelia e Irán- que debían ser trasladados a Grecia en virtud del Reglamento nº 343/2003 (Dublín II) y las autoridades, respectivamente, del Reino Unido e irlandesas.

⁵⁴ La norma citada dice: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁵⁵ La norma citada dice: “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁵⁶ En las explicaciones de la CDFUE se lee que el derecho enunciado en el artículo 4 “corresponde al garantizado en el artículo 3 del CEDH, de idéntico tenor”, y que el artículo 19.2 “incorpora la jurisprudencia pertinente del [TEDH] relativa al artículo 3 del CEDH”.

343/2003 [Reglamento de Dublín II] ⁵⁷. En estas circunstancias, “debe presumirse que el trato dispensado a los solicitantes de asilo en cada Estado miembro es conforme con las exigencias de la [CDFUE], de la Convención de Ginebra [1951] y del CEDH”. ⁵⁸

No obstante, interpretan los jueces de Luxemburgo, “no cabe excluir que este sistema se enfrente, en la práctica, a graves dificultades de funcionamiento en un Estado miembro determinado, *de manera que exista un riesgo importante de que los solicitantes de asilo, en caso de ser trasladados a ese Estado miembro, reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales*”. ⁵⁹ En consecuencia, en tal supuesto dónde las condiciones de acogida puedan implicar un trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4, de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, “*ese traslado sería incompatible con dicha disposición*”. ⁶⁰

Para evaluar si un Estado miembro de la UE es un “Estado seguro” a los fines que estudiamos, el Tribunal de Justicia sigue la jurisprudencia del TEDH.

En una situación análoga, afirman los jueces de Luxemburgo –es decir, el traslado de un solicitante de asilo a Grecia, Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento Nr. 343/2003-, los jueces de Estrasburgo declararon, en particular, que Bélgica “había infringido el artículo 3 [CEDH], por un lado, al exponer al demandante a los riesgos resultantes de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia, dado que *las autoridades belgas sabían o debían saber que no había ninguna garantía de que su solicitud de asilo fuera examinada con rigor por las autoridades griegas* y, por otro lado, al exponer al demandante con pleno conocimiento de causa a condiciones de detención y de vida que constituían tratos degradantes”. ⁶¹ Para el Tribunal de Justicia, el “grado de menoscabo de los derechos fundamentales” descrito por el TEDH en el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* pone de manifiesto que en Grecia, en la época del traslado del demandante M.S.S. –

⁵⁷ Derogado por el Reglamento (UE) Nr. 604/2013 (Dublín III).

⁵⁸ STJ de 21 de diciembre de 2011, *N. S. y otros*, asuntos acumulados C 411/10 y C 493/10 [EU:C:2011:865], párr. 78-80.

⁵⁹ *Ídem*, párr. 81. Sin resaltar en el original.

⁶⁰ *Ídem*, párr. 86. Sin resaltar en el original.

⁶¹ *Ídem*, párr. 86. Sin resaltar en el original. Se refiere a la STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [Recurso Nr. 30696/09], párr. 358, 360 y 367.

contemporánea al asunto que lleva-, “existían deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo”.⁶² De este modo, “datos como los citados por el [TEDH] *permiten a los Estados miembros apreciar el funcionamiento del sistema de asilo en el Estado miembro responsable, lo que hace posible la evaluación de tales riesgos*”.⁶³

De lo dicho se desprende que, en situaciones como las señaladas, para que la UE y sus Estados miembros puedan respetar sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable, “cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro *constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes* en el sentido del artículo 4 de la Carta”.⁶⁴

La mera ratificación de los Convenios –refiriéndose el Tribunal de Justicia a la Convención de 1951 junto a su Protocolo de 1967 y el CEDH- por parte de un Estado, “*no puede suponer la aplicación de una presunción irrefutable de que dicho Estado respeta esos convenios. Este principio es aplicable tanto a los Estados miembros como a los terceros Estados*”. En estas circunstancias, la presunción según la cual los solicitantes de asilo serán tratados de manera conforme a los derechos humanos, “debe considerarse refutable”.⁶⁵

Esta obligación señalada por el Tribunal de Justicia –que tiene por objeto determinar si el Estado miembro de la UE responsable de examinar una solicitud de asilo conforme al *Reglamento de Dublín* es un “Estado seguro”-, está en sintonía con la jurisprudencia del TEDH. Según este último, corresponde al Estado que procede a la expulsión la verificación del modo en que el país de destino aplica la legislación sobre asilo y evita que la persona afectada sea expulsada a su país de origen sin evaluar los riesgos que corre. El TEDH encontró que dicha verificación no fue

⁶² *Ídem*, párr. 89. Sin resaltar en el original.

⁶³ *Ídem*, párr. 91. Sin resaltar en el original.

⁶⁴ *Ídem*, párr. 99. Sin resaltar en el original.

⁶⁵ *Ídem*, párr. 103-106. Sin resaltar en el original.

satisfactoria, por ejemplo, en el caso *Mohammed c. Austria*⁶⁶ donde se comprobó una violación del artículo 13 en conjunción con el artículo 3 (CEDH) a causa del traslado forzoso de un nacional afgano desde Austria hacia Hungría. En el caso *Tarakhel c. Suiza*⁶⁷, en el mismo sentido, se resolvió que si los recurrentes –una pareja de afganos con sus seis hijos- fueran devueltos a Italia sin que las autoridades suizas hubieran obtenido primero garantías individuales de las autoridades italianas de que serían tratados respetando la edad de los niños y la unidad familiar, habría una violación del artículo 3 (CEDH).⁶⁸

IV. La eficacia medida por el reconocimiento de un efecto suspensivo automático al recurso de revisión de la decisión denegatoria de la solicitud de asilo cuando se invoca el artículo 3 (CEDH).

Con base en la Convención de 1951, la ACNUR considera que el derecho a un recurso efectivo en los casos de asilo “incluye el derecho a apelar una decisión (negativa) tomada en un procedimiento acelerado. Para ser efectivo, el recurso debe prever una revisión de la solicitud por una corte o tribunal, y la revisión debe examinar los hechos y la ley basándose en información actualizada. Además, *respetando el principio de no devolución, el recurso debe permitir un efecto suspensivo automático excepto para casos muy limitados*^{69, 70}”.

⁶⁶ STEDH de 6 de junio de 2013 [Recurso Nr. 2283/12], párr. 80-81.

⁶⁷ STEDH de 4 de noviembre de 2014, [Recurso Nr. 29217/12], párr. 120-121.

⁶⁸ El Reglamento Dublín se aplica a Suiza en virtud del Acuerdo de Asociación de 26 de octubre de 2004 entre la Confederación Helvética y la Comunidad europea –hoy UE- referente a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo formulada en un Estado miembro o en Suiza.

⁶⁹ Cuando exista un comportamiento claramente abusivo por parte del solicitante, o cuando la solicitud sea manifiestamente “infundada”, la aplicación automática de los efectos suspensivos podría ser retirada (cfr. ACNUR, “Observaciones preliminares del ACNUR acerca de la propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado (Documento del Consejo 14203/04, Asilo 64, del 9 de noviembre de 2004), 10 de febrero de 2005, p. 51).

⁷⁰ Véase “Declaración de la ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo” de 21 de mayo de 2010, ya citada, párr. 20.

Los jueces de Estrasburgo, al ejercer el control de convencionalidad sobre los procedimientos nacionales de asilo, dejan en evidencia un aspecto medular del derecho a un recurso efectivo en relación con el artículo 3: la efectividad del recurso se mide sobre todo por su *idoneidad* para evitar los riesgos invocados por el solicitante de asilo, y se materializa en la *aplicación automática del efecto suspensivo* al recurso contra la medida que niega en primera instancia la protección internacional reclamada. Esta matriz argumental razonada por el TEDH, en un buen ejemplo de diálogo jurisdiccional, encontró gran recepción en la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo al enfrentar una problemática similar en la interpretación del DUE.

En el asunto *Čonka c. Bélgica*⁷¹ -un caso en que también se discute si se trató de una deportación colectiva-, se debatió si la existencia de *recursos sin efectos suspensivo automático* en la legislación belga, constituían recursos efectivos a los efectos del artículo 13.⁷² El TEDH empieza reafirmando su jurisprudencia en el sentido

⁷¹ Los recurrentes, una familia de eslovacos de origen romaní, habían huido de Eslovaquia argumentando que fueron víctimas de varios ataques por parte de “cabezas rapadas” [*skinheads*]. Solicitaron asilo en Bélgica en noviembre de 1998, resultando sus solicitudes rechazadas en primera instancia (marzo de 1999) y en segunda instancia (junio de 1999) solicitándoseles que abandonaran el territorio belga en un plazo de cinco días. Apelaron ante el Consejo de Estado para revertir la decisión negativa sobre sus solicitudes de asilo y, al mismo tiempo, para que la orden de expulsión fuera suspendida. Ninguna de las dos solicitudes tuvo éxito, se les entregó una nueva orden de expulsión y fueron detenidos en un centro de tránsito cercano al aeropuerto de Bruselas. Los denunciantes supuestamente fueron informados que no existía ningún recurso judicial contra la orden de expulsión. En consecuencia, los demandantes fueron devueltos a Eslovaquia.

⁷² El Gobierno belga aceptó que las apelaciones al Consejo de Estado no tenían efecto suspensivo automático y que las autoridades tenían derecho por ley a no retener la ejecución de una orden de deportación únicamente por el recurso de apelación ante dicho Tribunal, incluso bajo el procedimiento extremadamente urgente. Sin embargo, se defendió, las apelaciones al Consejo de Estado en el pasado tuvieron un efecto suspensivo automático y eso llevó rápidamente a un *exceso de apelaciones presentadas como una táctica dilatoria, situación que obligó al Legislador a cancelar el efecto suspensivo automático en 1991*. Para proteger la “efectividad del recurso” ante el Consejo de Estado, la legislación belga había introducido al mismo tiempo el “procedimiento extremadamente urgente”, restaurando así un equilibrio justo entre dos valores fundamentales de la CEDH: la administración adecuada de justicia y la realización de procedimientos dentro de un plazo razonable, por un lado, y la tutela judicial efectiva, por el otro (STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 70).

de que, la “eficacia [*effectiveness*]” de un recurso en el sentido del artículo 13, no depende de la certeza de un resultado favorable para el recurrente. Tampoco la “autoridad [*authority*]” mencionada en dicho artículo necesariamente tiene que ser una autoridad judicial. Sin embargo, el poder que le es conferido y las garantías que ofrece deben tenerse en cuenta al examinar la efectividad del recurso. Además, se argumenta, incluso si un único recurso no satisface por completo los requisitos del artículo 13, el conjunto de recursos previstos en la legislación nacional puede hacerlo.⁷³

El TEDH interpreta, sobre la legislación belga en cuestión, que “no resulta posible excluir el riesgo de que en un sistema en el cual la suspensión de la medida debe ser solicitada y tiene un carácter discrecional, ésta puede ser denegada erróneamente, sobre todo si más adelante se llega a conocer que la Corte que decide sobre el fondo tiene que revocar una orden de deportación por violación al Convenio Europeo, por ejemplo, si el demandante llegase a ser víctima de malos tratos en el país de destino o llegase a ser parte de una expulsión masiva. En estos casos, el recurso empleado por el demandante no sería efectivo para los propósitos del artículo 13 del Convenio”.⁷⁴ A lo que agrega, “incluso si al riesgo de un error en la práctica no se le da importancia –cuestión que el Tribunal es incapaz de verificar, ante la ausencia de pruebas confiables– debe destacarse que las exigencias del artículo 13, y de otras disposiciones del Convenio Europeo, *toman la forma de una garantía y no de una simple manifestación de la voluntad o un arreglo práctico. Esta es una consecuencia del Estado de derecho [rule of law], uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, lo cual resulta inherente a todos los artículos del Convenio*”.⁷⁵

Los jueces de Estrasburgo concluyen en que se ha producido una violación del artículo 13⁷⁶: “En última instancia, el extranjero no tiene garantía de que el Consejo

⁷³ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 75. Véase también, STEDH de 26 de octubre de 2000, *Kudła c. Polonia* [Recurso Nr. 30210 / 96], párr. 157.

⁷⁴ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99], párr. 82.

⁷⁵ *Ídem*, párr. 83. Sin resaltar en el original.

⁷⁶ Las autoridades *no están obligadas a diferir* la ejecución de la orden de expulsión mientras esté pendiente una solicitud bajo el procedimiento extremadamente urgente, ni siquiera por un período mínimo razonable para permitir que el Consejo de Estado decida la solicitud. Además, en la práctica, el Consejo de Estado tiene la responsabilidad de determinar las intenciones de las autoridades con

de Estado y las autoridades respectivas cumplirán en cada caso con esta práctica; que el Consejo de Estado emitirá su decisión, o tan siquiera conocerá del mismo, antes de su expulsión, o que las autoridades brindarán un período mínimo y razonable de gracia”. En consecuencia, el TEDH decidió que cada uno de esos factores hizo que “la ejecución del recurso fuese incierta, lo cual no cumple con los criterios del artículo 13”.⁷⁷

En el asunto *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia*⁷⁸, el TEDH ratifica que la queja de una persona argumentando que su expulsión a un país tercero la expondría a sufrir tratos prohibidos por el artículo 3 “debe imperativamente ser objeto de un control pormenorizado por «una instancia nacional»”. Habida cuenta de la importancia que el TEDH otorga al artículo 3 –lo califica de norma *ius cogens*- y al carácter irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de ocurrencia del riesgo de tortura o malos tratos, “esto es válido obviamente en el supuesto de que un Estado Parte decida devolver a un extranjero a un país donde hay motivos fundados para creer que correría un riesgo de esta naturaleza”.⁷⁹

Tratándose específicamente de solicitantes de asilo que afirman correr un riesgo vinculado al artículo 3, el derecho francés aplica un procedimiento que –en opinión del TEDH- ciertamente presenta las características enunciadas⁸⁰ o sea se encuadra dentro de los estándares del CEDH, y del que se pudo beneficiar el

respecto a las expulsiones propuestas y de actuar en consecuencia, pero no parece existir ninguna obligación de actuar en dicho sentido. Por último, el Consejo de Estado, siguiendo las instrucciones de un juez, se pone en contacto con las autoridades simplemente con base en las instrucciones internas, y no hay ninguna indicación de cuáles podrían ser las consecuencias si omite para hacerlo.

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ El recurrente sostiene que en caso de expulsión a Eritrea se le expondría al riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes (cfr. art. 3). Denuncia la ausencia en la legislación francesa de un recurso con efecto suspensivo contra las decisiones de inadmisión y de expulsión, con independencia de que el extranjero afectado sea o no solicitante de asilo y cualesquiera sean los riesgos que corra y alegue.

⁷⁹ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 58.

⁸⁰ Este procedimiento se articula en torno a un examen contradictorio de la solicitud de asilo por parte de la OFPRA (entidad pública), posteriormente, en apelación, por la Comisión de recursos (órgano judicial), y de la imposibilidad de expulsar al demandante durante todo el procedimiento.

recurrente, después de haber sido autorizado a *acceder* a territorio nacional. Sin embargo, continua el TEDH, el caso que estudiamos plantea al respecto una dificultad propia, cuando el interesado se presenta “en la frontera”, por ejemplo, a su llegada a un aeropuerto como fue el caso del recurrente.⁸¹

La administración francesa únicamente dispone de veinte días como máximo para, a la vez valorar el carácter “manifiestamente infundado” de la demanda y, en su caso, proceder a la expulsión, dando poco tiempo al interesado para reunir todos los documentos susceptibles de apoyar su solicitud. Por otra parte, la Administración hace una aplicación “extensiva” de este concepto, yendo más allá de una mera evaluación superficial con el fin de descartar únicamente las solicitudes que manifiestamente no se puedan acoger al derecho de asilo. El caso del recurrente de acuerdo al TEDH sugiere, por tanto, que la administración francesa lleva a cabo una valoración del valor intrínseco de la argumentación de los interesados en lo referente a sus temores de persecución, sobre la base del expediente que se haya podido elaborar en la indicada “zona de espera”.

Las modalidades de este procedimiento (denominado “procedimiento de asilo en la frontera”), analiza el TEDH, no son en principio problemáticas en relación al CEDH cuando el que se presenta como solicitante de asilo no alega que corre un riesgo en su país de origen valorable bajo el punto de vista del artículo 2 o del artículo 3. Tampoco lo serían si las personas que invocan de forma defendible tal riesgo tuvieran la oportunidad de disponer de una supervisión de la decisión de la administración francesa sobre el carácter “manifiestamente infundado” de su demanda respondiendo a las exigencias mencionadas. A este respecto, el TEDH

⁸¹ Un extranjero *debe encontrarse en territorio francés* para poder presentar una solicitud de asilo ante la OFPRA. Por tanto, si se presenta en la frontera solo puede presentar tal demanda si previamente se le ha concedido acceso al territorio. Si está desprovisto de los documentos requeridos a este efecto, tiene que presentar la demanda como solicitante de asilo; en este caso es retenido en la “zona de espera” durante el tiempo necesario para que la administración examine el carácter “manifiestamente infundado” o no de la solicitud de asilo que pretende presentar. Si la Administración estima que la solicitud de asilo es “manifiestamente infundada”, desestima la solicitud de entrada en el territorio del interesado, quien es de oficio “expulsable” sin haber tenido la oportunidad de presentar su solicitud de asilo ante la OFPRA (Sobre la situación en Francia en materia de asilo véase SEVERINO C., *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell'immigrazione in Francia (Special Issue 2/2019)*, en www.federalismi.it).

señala que los interesados tienen la posibilidad de presentar ante el Juez administrativo una demanda de anulación de la decisión ministerial de no admisión.⁸² Sin embargo, “tal recurso, que permite sin lugar a dudas, un examen sobre el fondo «independiente y riguroso» de la decisión, carece de carácter suspensivo y no está condicionado por ningún plazo”.⁸³ El solicitante de asilo en la frontera que ha sido rechazado tiene, por tanto, a su disposición un procedimiento que, a prior –según el TEDH- “presenta garantías fundadas”.

Como vemos, este caso guarda similitudes con el caso belga analizado previamente y el TEDH también encuentra una violación al artículo 13 al constatar que la presentación ante el juez competente para la adopción de medidas cautelares *no tiene carácter suspensivo de pleno derecho*, de forma que el interesado puede, legalmente, ser expulsado antes de que el juez se haya pronunciado.⁸⁴ El TEDH deduce que “no habiendo tenido acceso en la «zona de espera» a un recurso con carácter suspensivo de pleno derecho, el demandante no dispuso de un «recurso efectivo» para poder defender su queja en base al artículo 3 del Convenio. En consecuencia, ha habido violación del artículo 13 en relación con esta disposición”.⁸⁵

⁸² Este segundo procedimiento -que fue utilizado en vano por el recurrente- permite al Juez, en caso de urgencia, ordenar “todas las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental” que la Administración hubiera vulnerado de forma grave y manifiestamente ilegal. Parece especialmente indicado en casos como el que nos ocupa, en el que el Consejo de Estado consideró que *el derecho de asilo tiene carácter de libertad fundamental* y tiene como corolario el derecho a solicitar la condición de refugiado, que implica que el extranjero que solicita el reconocimiento de su condición de refugiado es, en principio, autorizado a permanecer en el territorio hasta que se haya pronunciado sobre su demanda.

⁸³ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 64. Desde la entrada en vigor de la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000, tienen también la posibilidad de presentar una demanda de «suspensión cautelar» (artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa) o de «medida cautelar» (denominada también «libertad provisional», artículo L. 521-2 del mismo Código).

⁸⁴ Lo que es especialmente criticado por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (véase STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 52).

⁸⁵ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia* [Recurso Nr. 25389/05], párr. 67. Esta doctrina fue reiterada en STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, [Recurso Nr. 42502/06], párr. 101-105.

En la misma línea jurisprudencial, en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*⁸⁶ -un buen ejemplo de convergencia normativa e interpretativa entre el CEDH y el DUE (ver punto III)-, el TEDH dejó en claro que en los casos que plantean la expulsión de un solicitante de asilo se abstiene de examinar él mismo las solicitudes de asilo o de controlar la manera en que los Estados cumplen las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra de 1951: “Su preocupación esencial es saber si existen *garantías efectivas* que protejan al demandante contra una devolución arbitraria, directa o indirecta, hacia el país del que ha huido”.⁸⁷ El TEDH concluye, igual que en los casos anteriores, que tratándose de la tutela del artículo 3 la efectividad de un recurso reclama de manera imperativa un control exhaustivo por una autoridad nacional, y “requiere asimismo que los interesados dispongan de un derecho suspensivo de pleno derecho”.⁸⁸

Esta sentencia fue el motivo por el que, en Francia, la reforma de la *Loi relative a la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile* de 20 de noviembre de 2007 modificase las previsiones normativas relativas a los recursos de que disponen los demandantes de asilo ante medidas de rechazo en frontera tomadas tras la denegación de entrada en el país a título de asilo. A partir de esta modificación, las decisiones de rechazo no pueden ser ejecutadas durante el plazo de cuarenta y ocho horas desde su notificación y, si en este plazo se presenta recurso contra ellas, antes de que el tribunal administrativo competente resuelva el recurso planteado.

⁸⁶ El recurrente, un afgano que entró en territorio de la UE por Grecia donde no presentó demanda de asilo conforme al DUE, continuó su viaje a Bélgica. Alega que las autoridades belgas al expulsarlo a Grecia violaron los artículos 2 y 3 (CEDH) y que en este último país sufrió trato contrario al artículo 3 denunciando, además, la ausencia de un recurso conforme al artículo 13 (CEDH) para recurrir las alegaciones mencionadas. Véase MORGAGES GIL, S., *TEDH. Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – artículo 3 y 13 del CEDH. Prohibición de Tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Reglamento (CE) N° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2012, n° 41 p. 183-204.

⁸⁷ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* [Recurso Nr. 30696/09], párr. 286. Sin resaltar en el original.

⁸⁸ *Ídem*, párr. 293. El TEDH concluye en que hubo “una violación del artículo 13 del Convenio en relación con el artículo 3 debido a los defectos de las autoridades en el examen de la solicitud de asilo del demandante y del riesgo de éste de ser devuelto directa o indirectamente hacia su país de origen, sin un examen minucioso del fundamento de su solicitud y sin haber tenido acceso a un recurso efectivo” (*Ídem*, párr. 321).

En el asunto *A.C. y otros c. España*⁸⁹, el TEDH corrobora que “*la efectividad implica unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo, habida cuenta, especialmente, de la importancia que el TEDH concede al artículo 3 y de la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de consumación del riesgo de tortura o de malos tratos. Así, el artículo 13 exige un recurso interno que habilite examinar el contenido de la queja y ofrecer la reparación apropiada, incluso si los Estados gozan de un cierto margen de valoración en cuanto a la manera de someterse a las obligaciones que les impone esta disposición*”.⁹⁰

El TEDH marca que la cuestión que se plantea en este caso es sobre la *efectividad de los recursos* ejercidos por los recurrentes, que son objeto de una medida de expulsión, y que pretenden hacer valer las acciones derivadas de los derechos de los artículos 2 y 3 (CEDH).⁹¹ Si el acceso a estas vías de recurso no está cuestionado como tal, el hecho –afirma el TEDH– de que *no vaya acompañado de un efecto suspensivo hasta la decisión definitiva sobre el fondo de las solicitudes de protección internacional* y no durante un período limitado, es susceptible de menoscabar su efectividad. La preocupación del TEDH –como en el caso belga y francés–, es la de saber si existen “*garantías efectivas que protejan a los demandantes contra una expulsión arbitraria, directa o indirecta, a su país de origen, en cuanto que*

⁸⁹ Se trata de treinta denuncias interpuestas ante el TEDH por treinta personas que se han declarado de origen saharauí y que involucran a procedimientos de devolución de los denunciados a Marruecos (Sahara Occidental). Estos temen que, de ser expulsados, serían objeto de represalias por parte de las autoridades marroquíes e invocan los artículos 2, 3 y 13 (CEDH) como fundamento de su denuncia.

⁹⁰ STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España* [Recurso Nr. 6528/11], párr. 87. Sin resaltar en el original.

⁹¹ Los recurrentes han ejercido las vías de recurso disponibles en el ordenamiento español para reclamar sus pretensiones al amparo de los artículos 2 y 3 (CEDH). Han presentado unas solicitudes de protección internacional ante la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, que fueron denegadas, así como sus solicitudes de reexamen. Los recurrentes presentaron posteriormente recursos contenciosos administrativos contra las decisiones que les perjudicaban, *solicitando al mismo tiempo la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión*. Como se puede observar, el sistema recursivo español que analizamos carece de recursos que contemplen *automáticamente* el efecto suspensivo para los hechos que estudiamos. En efecto, tras la denegación de sus solicitudes de medidas provisionales ante la Audiencia Nacional, nada más impedía la puesta en ejecución de la expulsión de los recurrentes. Solamente la aplicación del artículo 39 del Reglamento del TEDH que regula las medidas cautelares, ha podido suspender dicha expulsión.

los recursos de los demandantes sobre el fondo, están pendientes ante las jurisdicciones nacionales”.⁹²

Retomando la línea argumental del asunto *Čonka c. Bélgica*, el TEDH recuerda que, “cuando un individuo se queja de manera defendible de que su devolución le expondría a un trato contrario al artículo 3 del Convenio, *los recursos sin efecto suspensivo no pueden ser considerados como efectivos*”.⁹³ A lo que agrega: “las exigencias del artículo 13, así como aquellas de las demás disposiciones del Convenio *constituyen una garantía jurídica, y no puede depender de la simple buena voluntad o de la práctica habitual*. Esta es una de las consecuencias de la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática inherentes al conjunto de los artículos del Convenio”.⁹⁴

Si la efectividad de los recursos en el sentido del artículo 13 no depende ciertamente de la certitud de un término favorable para el recurrente, el TEDH “no puede dejar de observar que, sin su intervención [dictado de una medida cautelar frenando la expulsión]⁹⁵, los demandantes habrían sido expulsados a Marruecos sin que el fundamento de sus recursos hubiera hecho objeto de un examen tan riguroso y rápido como posible, *no teniendo, los recursos contenciosos administrativos que habían interpuesto como tales, efecto suspensivo automático susceptible de suspender la ejecución de las órdenes de expulsión pronunciadas en su contra*”.⁹⁶

⁹² *Ídem*, párr. 93.

⁹³ *Ídem*, párr. 94. Si resaltar en el original.

⁹⁴ *Ídem*, párr. 95. Si resaltar en el original.

⁹⁵ Sobre las medidas cautelares dictadas por el TEDH véase DÍAZ CREGO M., *¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Teoría y Realidad Constitucional”, año 2018, n° 42, p. 425-451.

⁹⁶ *Ídem*, párr. 102. Si resaltar en el original. Además, el TEDH constata que los recurrentes llegaron a España entre enero de 2011 y agosto de 2012 y que, desde entonces, “se encuentran en una situación provisional de incertidumbre jurídica y de precariedad material a la espera de las decisiones definitivas sobre sus recursos. *Nadie duda de que una exigencia de celeridad y de diligencia razonable está implícita en este contexto y que no está excluido que la duración excesiva de un procedimiento pueda convertirlo en inadecuado*. El TEDH estima que, en cuanto un recurso no tiene efecto suspensivo porque la solicitud de suspensión es denegada, es esencial que en los casos de expulsión en los que están concernidos los artículos 2 y 3 del Convenio y cuando el TEDH hace aplicar el artículo 39 de su Reglamento, *las jurisdicciones deben hacer prueba de una diligencia de celeridad especial y resolver*

En los casos señalados anteriormente, la efectividad del recurso implica, de manera inexorable, que el recurso tenga efecto suspensivo. Por el contrario, sostienen los jueces de Estrasburgo, cuando las expulsiones son impugnadas sobre la base de una supuesta injerencia, por ejemplo, *en la vida privada y familiar (art. 8, CEDH) no es imperativo el efecto suspensivo para que el recurso pueda ser considerado efectivo*: “Lo cierto es que en materia de inmigración, cuando existe una demanda discutible sobre si la expulsión podría menoscabar el derecho del extranjero a que se respete su vida privada y familiar, el artículo 13, en relación con el artículo 8 del Convenio exige que el Estado proporcione al afectado una oportunidad efectiva de impugnar la expulsión o la denegación de un permiso de residencia y de obtener un examen suficientemente exhaustivo y proporcionar las garantías procesales adecuadas a las cuestiones pertinentes por un órgano interno competente que preste la suficiente independencia e imparcialidad”.⁹⁷

El fundamento es aquí, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 3, la inexistencia del daño irreparable ya que en el caso de una potencial vulneración del artículo 8, en el caso de que se readmitiera al extranjero, este podría recuperar sus lazos familiares y/o personales.⁹⁸ Como se puede observar, para el TEDH, la mera falta de efecto suspensivo de un recurso ante una expulsión no constituye, en sí mismo, una violación del art. 13 del CEDH.

El Tribunal de Justicia, por su parte en el ámbito de la UE, ha rechazado reconocer efecto suspensivo automático al recurso previsto en el derecho belga interpuesto en contra de una decisión de no seguir examinando una solicitud de asilo

sobre el fondo dentro de unos plazos cortos. Si éste no fuera el caso los recursos perderían su eficacia” (Ídem, párr. 103. Si resaltar en el original).

⁹⁷ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *Souza Ribeiro c. Francia* [Recurso Nr. 22689/07], párr. 83. Sin resaltar en el original. El recurrente llegó a Guayana Francesa desde Brasil a la edad de cuatro años, y asistió a la escuela durante un año, antes de volver a Brasil. Tiempo después, con un visado de turista, el recurrente volvió a la Guayana Francesa donde se reunió con sus padres, quienes tenían permisos de residencia permanente, y con sus dos hermanas y sus dos hermanos, uno de ellos con nacionalidad francesa, y los otros tres, por haber nacido en suelo francés, tenían derecho a solicitar dicha nacionalidad. El recurrente y su madre fueron detenidos en un control de carretera, como éste no pudo demostrar que su presencia en suelo francés era legal, fue arrestado y se ordenó su expulsión.

⁹⁸ Véase STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria* [Recurso Nr. 41416/08], párr. 122 a 132; y STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria* [Recurso Nr. 50963/99], párr. 133.

posterior, reafirmando –en línea con el TEDH- que la efectividad del recurso está asociada al artículo 3 (CEDH).⁹⁹ El Tribunal remitente en el caso que citamos se plantea: contra la inadmisión a trámite de una solicitud múltiple de asilo sólo cabe interponer recurso de anulación y presentar una solicitud de medidas cautelares de suspensión. En la medida en que no se trata de recursos de plena jurisdicción, ni de recursos suspensivos, y el solicitante de asilo no tiene derecho ni a la residencia ni a recibir la ayuda material durante su tramitación, ¿son estos procedimientos judiciales compatibles con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva?

Los Estados miembros, responde el Tribunal de Justicia, pueden establecer que carezca de efecto suspensivo un recurso contra una decisión de no admitir a trámite una solicitud de asilo posterior, como la controvertida en el litigio principal que tiene por objeto únicamente la legalidad de una decisión de no seguir examinando una solicitud de asilo posterior en el sentido del artículo 32 de la Directiva 2005/85.¹⁰⁰

La falta de efecto suspensivo de un recurso interpuesto contra tal decisión es, en principio, conforme con los artículos 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). En efecto, “si dicha decisión no permite otorgar a un nacional de un tercer país una protección internacional, su ejecución no puede dar lugar, como tal, a la devolución de dicho nacional”. En cambio, razonan los jueces de Luxemburgo, si en el marco del examen de una solicitud de asilo anterior o posterior a una decisión como la controvertida en el litigio principal, un Estado miembro adopta en contra del nacional de un tercer país de que se trate una *decisión de retorno*, éste debería poder ejercer contra esta decisión su derecho a un recurso efectivo. Sobre este particular, de la jurisprudencia

⁹⁹ STJ de 17 de diciembre de 2015, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14 [ECLI:EU:C:2015:824].

¹⁰⁰ La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 39 de la Directiva 2005/85/CE y del artículo 47 (CDFUE). Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Tall –nacional senegalés- y el centre public d’action sociale de Huy, en relación con la decisión de retirarle la asistencia social que este organismo adoptó en su contra. El Sr. Tall, había presentadp en Bélgica una primera solicitud de asilo, cuya denegación fue confirmada mediante una resolución del Conseil du contentieux des étrangers. El interesado recurrió dicha resolución ante el Consejo de Estado el cual declaró la inadmisibilidad del recurso. Con posterioridad, el Sr. Tall presentó una segunda solicitud de asilo, invocando nuevos elementos. La Comisaría General de Refugiados y Apátridas no admitió a trámite esta segunda solicitud de asilo y se notificó al Sr. Tall una orden de abandono del territorio. El interesado interpuso un recurso ante el Conseil du contentieux des étrangers contra la decisión por la que no se admitía a trámite su segunda solicitud de asilo.

del Tribunal de Justicia se deriva que, en cualquier caso, “un recurso *debe tener necesariamente efecto suspensivo cuando se interpone contra una decisión de retorno* cuya ejecución puede exponer al nacional de un tercer país de que se trate a un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes, garantizando así, a dicho nacional de un tercer país, la observancia de las exigencias de los artículos 19, apartado 2, y 47 de la Carta”.¹⁰¹

V. Sin garantía de doble instancia: el efecto suspensivo automático no alcanza al recurso de apelación.

En el asunto X¹⁰² el Tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia sí, para el caso de que el Derecho nacional prevea un recurso de apelación en procedimientos incoados contra una decisión que contiene una *decisión de retorno*, el DUE obliga a que dicho recurso de apelación *tenga automáticamente efecto suspensivo cuando el nacional de un tercer país alega que la ejecución de la decisión de retorno entraña un grave riesgo de que se vulnere el principio de no devolución*. Dicho con otras palabras, ¿deberá en tal caso suspenderse la expulsión del nacional del tercer país de que se trate durante el plazo para la interposición de un recurso de apelación o, si ya se ha interpuesto tal recurso, hasta que se haya resuelto el mismo, sin que este nacional del tercer país tenga que presentar a tal fin una solicitud específica?¹⁰³

Una segunda petición prejudicial es planteada por el Tribunal remitente: ¿sí el Derecho nacional prevé un *recurso de apelación* en procedimientos sobre la desestimación de una solicitud de asilo, el DUE *obliga a que dicho recurso de apelación tenga automáticamente efecto suspensivo*? Esto es, ¿deberá en tal caso suspenderse la expulsión del solicitante de asilo de que se trate durante el plazo para la interposición de un recurso de apelación o, si ya se ha interpuesto tal recurso, hasta

¹⁰¹ STJ de 17 de diciembre de 2015, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14 [ECLI:EU:C:2015:824], párr. 58. Sin resaltar en el original.

¹⁰² Véase STJ de 26 de septiembre de 2018, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776]. La petición prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 47 (CDFUE) en el marco de un litigio entre X, por un lado, y el Servicio de compensaciones económicas de la Administración tributaria, Países Bajos, por otro, en relación con una decisión mediante la cual dicha entidad ordena a X, nacional iraquí, que reembolse los subsidios por gastos de vivienda y de asistencia sanitaria que ha percibido.

¹⁰³ *Ídem*, párr. 18.

que se haya resuelto el mismo, sin que dicho solicitante de asilo tenga que presentar a tal fin una solicitud específica?¹⁰⁴

En concordancia con la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal de Justicia no considera aplicable a los recursos de apelación el efecto suspensivo y automático que tanto en Estrasburgo como en Luxemburgo reconocen al recurso de revisión. En otras palabras, rechaza que la tutela efectiva de los procesos sobre asilo esté vinculada a la garantía de doble instancia. Aunque el DUE “obligan a los Estados miembros a garantizar el derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de denegación de una solicitud de protección internacional y contra las decisiones de retorno, *ninguna de ellas prevé que los Estados miembros confieran a los solicitantes de protección internacional cuyos recursos contra la decisión de denegación de su solicitud y contra la decisión de retorno hayan sido desestimados en primera instancia el derecho a recurrir en apelación ni, con mayor razón, que el ejercicio de ese derecho surta efectos suspensivos de pleno Derecho*”.¹⁰⁵ Del objetivo tanto de la Directiva 2005/85 (antigua Directiva de procedimiento) o la Directiva 2008/115 (Directiva del Retorno) “no se desprende en modo alguno de los considerandos de dichas Directivas que estas pretendan obligar a los Estados miembros a establecer una segunda instancia judicial”.¹⁰⁶

Así, aunque no se oponen a que un Estado miembro prevea una segunda instancia judicial en relación con los recursos contra las decisiones denegatorias de una solicitud de protección internacional y contra las decisiones de retorno, las citadas Directivas 2005/85 y 2008/115 “no contienen ninguna norma relativa al establecimiento y regulación de tal instancia”. En particular, el Tribunal de Justicia – en coincidencia con la opinión del Abogado General- afirma que “ni los términos ni el sistema general o la finalidad de esas Directivas permiten considerar que, cuando un Estado miembro prevé una segunda instancia judicial contra esas decisiones, el procedimiento de apelación que establezca deba necesariamente atribuir un efecto suspensivo de pleno Derecho al recurso interpuesto por el solicitante”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Ídem*.

¹⁰⁵ *Ídem*, párr. 28.

¹⁰⁶ *Ídem*, párr. 29.

¹⁰⁷ *Ídem*, párr. 30.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia en lo que respecta a una decisión de retorno y a una eventual decisión de expulsión: “la protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno Derecho ante, *al menos, una instancia judicial*. Por otra parte, incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución”.¹⁰⁸

Dicho lo anterior, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que ni el artículo 39 (Directiva 2005/85), ni el artículo 13 (Directiva 2008/115), ni el artículo 47 (CDFUE), a la luz de las garantías previstas en los artículos 18 y 19, apartado 2, de esta, “exigen que exista una segunda instancia judicial. En efecto, *únicamente es necesario que exista un recurso ante una instancia judicial*”.¹⁰⁹

El asunto que analizamos es un buen ejemplo de cómo interactúan los integrantes de una comunidad de intérpretes finales en la búsqueda de consensos mismos que permitan la cohabitación entre quienes reclaman para sí la última palabra sobre sus respectivos ordenamientos. Los jueces de Luxemburgo alientan aquí el diálogo con sus pares de Estrasburgo: conforme a la jurisprudencia del TEDH, incluso cuando se alegue que la expulsión del interesado le expondrá a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 3 (CEDH), su artículo 13 no exige a las altas partes

¹⁰⁸ Idem, párr. 33. Véase, en este sentido, STJ de 19 de junio de 2018, *Gnandi*, asunto C-181/16 [EU:C:2018:465], párr. 56, 58 y 61. STJ de 26 de septiembre de 2018, *X e Y*, C-180/17 [ECLI:EU:C:2018:775], párr. 30. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE y del artículo 13 de la Directiva 2008/115/CE, a la luz de los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 (CDFUE). Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre X e Y –nacionales rusos–, por un lado, y el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia de los Países Bajos, por otro, en relación con la denegación de sus solicitudes de protección internacional y con las decisiones de retorno adoptadas en su contra.

¹⁰⁹ STJ de 26 de septiembre de 2018, C-175/17 [ECLI:EU:C:2018:776], párr. 34. Véanse, también, STJ de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, C-69/10 [EU:C:2011:524], párr. 69, y STJ de 19 de junio de 2018, *Gnandi*, C-181/16 [EU:C:2018:465], párr. 57.

contratantes que instauren una segunda instancia judicial ni que, en su caso, atribuyan al procedimiento de apelación efectos suspensivos de pleno Derecho.¹¹⁰

VI. El recurso efectivo frente a la prohibición de expulsiones colectivas.

Otro aspecto de la efectividad del recurso que estudiamos tiene que ver con las llamadas “devoluciones en caliente” o “rechazó en frontera” en el contexto de la

¹¹⁰ STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos* [Recurso Nr. 29094/09], párr. 70. El recurrente, ciudadano afgano, había entrado en Holanda en 2003 donde solicitó asilo por temor a ser perseguido en el sentido de la Convención de 1951, así como una posible afectación al artículo 3 (CEDH) en caso de ser devuelto a su país de origen. La solicitud fue rechazada en 2005 por las autoridades de migraciones holandesas. El solicitante presentó un recurso de apelación –al que se le reconoce efecto suspensivo automático- el cual fue rechazado por el Tribunal Regional de La Haya. Esta decisión no fue apelada por el solicitante ante la División de la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado, por lo que quedó firme. La consiguiente orden de expulsión fue apelada por el solicitante invocando el artículo 3 (CEDH) ante el Tribunal Regional el cual volvió a rechazar los argumentos invocados. Al no ser apelada esta decisión quedó firme en 2009.

El recurrente argumenta, ante el TEDH, que una nueva apelación ante el Consejo de Estado en los procedimientos de asilo, así como en los procedimientos sobre la orden de exclusión, no podrían ser considerados como un recurso "efectivo" ya que la División de la jurisdicción administrativa, según su jurisprudencia, no habría revisado los hechos fundándose en que el Tribunal Regional interviniente ya había establecido que el artículo 3 no era aplicable al caso. El TEDH responde a lo argumentado por el recurrente que el artículo 13 “no obliga a los Estados contratantes a establecer un segundo nivel de apelación [*Given that Article 13 does not compel Contracting States to set up a second level of appeal*]”. Razón por la cual el solicitante de asilo obtuvo, según el TEDH, su recurso efectivo al poder plantear el recurso de revisión ante el Tribunal Regional interviniente.

prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros prevista en el ya citado artículo 4 del Protocolo Núm. 4¹¹¹ (CEDH)¹¹², así como en el artículo 19.1 (CDFUE).

En la actualidad la cuestión ha tomado vital importancia, particularmente en la frontera hispano-marroquí (sobre todo en Ceuta y Melilla)¹¹³ o en la frontera sur italiana con epicentro en la isla de Lampedusa.¹¹⁴

¹¹¹ A través de este Protocolo el CEDH, en 1963, se convirtió en el primer tratado en prohibir la expulsión colectiva de extranjeros de forma expresa. Con posterioridad, dicha prohibición fue desarrollada en el ámbito de la O.N.U. Así el Comité de Derechos Humanos –intérprete del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- ha señalado que, aunque no se prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros, *una expulsión de esta índole es contraria a las garantías procesales a las que tiene derecho cualquier extranjero objeto de expulsión*. Ello obedece a que en su artículo 13 el citado Pacto concede a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión sobre la base de su caso concreto y, por tanto, dicho precepto no se cumple con leyes o decisiones que disponen la puesta en marcha de expulsiones colectivas o en masa (Cfr. Observación general Nr. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27 periodo de sesiones, HRI/GEN/1/REV.7 ATR 159 (1986), de 11 de abril de 1986, párr. 11). El Comité contra la Tortura, por su parte, señala que cualquier forma de expulsión colectiva debe ser considerada una violación del principio de no devolución: *al no existir una identificación por parte de las autoridades estatales encargadas de la expulsión, es imposible verificar individualmente si la expulsión de esa persona conlleva un riesgo de tortura o malos tratos en el Estado de destino* (Cfr. Observación General Nr. 4 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22, 4 de septiembre de 2018, párr. 13. De mismo Comité véase, Comunicación n. 321/2007, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos*, CAT/C/53/D/321/2007, decisión adoptada el 7 de noviembre de 2014, párr. 11.3 y 11.4).

¹¹² El límite que este precepto supone a la discrecionalidad del poder estatal en materia de expulsión, unido a las dificultades político-jurídicas en la gestión de los flujos migratorios hacia Europa, supuso que algunos Estados parte fueran reticentes a ratificar el Protocolo Núm. 4. Italia, por caso, firmó el Protocolo en 1963 y lo ratificó en 1982, o bien España que lo firma en 1978 y lo ratifica en el 2009. En total, de los 47 Estados parte del Consejo de Europa, 43 Estados han ratificado el Protocolo. Turquía y Reino Unido lo firmaron, pero no han procedido a su ratificación. *Suiza, al igual que Grecia, ni siquiera lo ha firmado*.

¹¹³ Véase SOLER GARCÍA C., *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España*, “Revista General de Derecho Europeo”, año 2018, nº 45, pp. 108-160.

¹¹⁴ Sobre el caso italiano en particular véase MONTANARI L., *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri (Special Issue 2/2019)*”, en www.federalismi.it y ZECCA D., *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (Special Issue 2/2019)*”, en www.federalismi.it

La primera sentencia de condena a un Estado por violación de esta prohibición se da en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*¹¹⁵, sentencia calificada de paradigmática¹¹⁶ ya que los hechos se producen fuera del territorio nacional y la expulsión se da en alta mar.¹¹⁷

El TEDH observó que los recurrentes no tuvieron acceso a un procedimiento de identificación y evaluación individualizada de sus circunstancias personales antes de ser devueltos a Libia.¹¹⁸ El propio Gobierno italiano reconoció que no se llevó a

¹¹⁵ Los recurrentes, once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos, alegan que las intercepciones de personas por tres navíos del servicio de guardacostas italiano a treinta y cinco millas de la costa de Malta no estaban previstas por la ley ni sujetas a un posible control de su legalidad por parte de una autoridad nacional. Por ese motivo, los recurrentes fueron privados de toda oportunidad de presentar un recurso contra su devolución –fueron devueltos a Trípoli 10 horas después donde fueron entregados a la autoridades libias- y de alegar la violación del artículo 3 y del artículo 4 del Protocolo Núm. 4 (CEDH). Afirman que las autoridades italianas no cumplieron con ninguno de los requisitos que establece la jurisprudencia del TEDH para la efectividad de las vías de recurso. Ni siquiera identificaron a los emigrantes interceptados e hicieron caso omiso de sus solicitudes de protección. De los veinticuatro inmigrantes que plantean la denuncia ante el TEDH, la ACNUR en Trípoli concede el estatuto de refugiados a catorce de ellos.

¹¹⁶ Véase DE CASTRO SÁNCHEZ C., *TEDH. Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 – artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nr. 4. Tortura y tratos inhumanos y degradantes. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2013, nº 46, p. 1119-1135.

¹¹⁷ Si el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 fuera de aplicación únicamente a las expulsiones llevadas a cabo desde el territorio nacional de los Estados parte, un componente significativo de los patrones migratorios contemporáneos –razona el TEDH- quedaría fuera del ámbito de la disposición (Cfr. STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 177).

¹¹⁸ Los terceros intervinientes en el caso –ACNUR, Amnistía Internacional, entre otros- consideraron que los individuos rechazados a resultas de la intercepción en alta mar no tuvieron acceso a vía de recurso alguna en el Estado parte responsable de las operaciones, y menos aún a una vía de recurso susceptible de cumplir con los requisitos del artículo 13. Si un Estado parte al CEDH lleva a cabo intercepciones en el mar que concluyen con una devolución –afirman-, corresponde a este Estado la responsabilidad de garantizar a cada persona implicada una oportunidad efectiva de impugnar su devolución desde la perspectiva de los derechos protegidos por el CEDH y de obtener que su solicitud sea objeto de examen antes de que tenga lugar la devolución. La falta de una vía de recurso conducente a la identificación de los demandantes y una evaluación individualizada de sus solicitudes de protección

cabo ningún procedimiento de este tipo a bordo de los buques militares en los que fueron embarcados los demandantes. Tampoco había intérprete o asesor legal alguno entre el personal de bordo.¹¹⁹ El TEDH vuelve a insistir aquí “en la importancia de garantizar a toda persona sometida a una medida de expulsión, cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles, el derecho a obtener suficiente información como para poder tener acceso a los procedimientos aplicables y argumentar debidamente sus quejas”.¹²⁰

Teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, el TEDH considera que los recurrentes “no dispusieron de vía de recurso alguna susceptible de permitirles presentar sus agravios ni en virtud del artículo 3 del Convenio ni del artículo 4 del Protocolo Núm. 4¹²¹ ante una autoridad competente y obtener una evaluación meticulosa y rigurosa de sus solicitudes antes de que la medida de expulsión fuera ejecutada”.¹²² En cuanto al argumento del Gobierno italiano según el cual los recurrentes deberían haber intentado interponer un recurso ante los tribunales penales italianos al llegar a Libia, “el Tribunal no puede sino observar que, incluso si una vía de recurso de este tipo hubiera estado disponible en la práctica, un procedimiento penal contra el personal militar a bordo de los buques del ejército obviamente no cumpliría con los requisitos del artículo 13, *puesto que no tendría un efecto suspensivo*”. El TEDH reitera que “el *requisito derivado del artículo 13 - según el cual la interposición del recurso debe conllevar la suspensión de la ejecución de la medida impugnada - no puede ser considerado como un elemento subsidiario*”.¹²³

y de sus necesidades constituye una omisión grave, como lo es la ausencia de toda forma de supervisión posterior para determinar lo que advino de las personas devueltas (STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 193-194).

¹¹⁹ STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 202.

¹²⁰ *Ídem*, párr. 204.

¹²¹ El Gobierno italiano considera que las garantías ofrecidas por el mencionado artículo entran en juego únicamente en caso de expulsión de personas que se encuentran en el territorio de un Estado o que han cruzado ilegalmente sus fronteras nacionales. En este caso, se argumenta, se trata de la negativa de autorización de entrada en el territorio nacional, más que de una expulsión y, por tanto, no habría violación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.

¹²² STEDH de 23 febrero 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09], párr. 205.

¹²³ *Ídem*, párr. 206. Sin resaltar en el original.

En el asunto *Khlaifia y otros c. Italia*¹²⁴, el TEDH encontró una violación al artículo 13 en razón de que las autoridades italianas no indicaron que vías recursivas habrían permitido a los recurrentes¹²⁵ denunciar las malas condiciones en que se encontraban en el Centro de acogida¹²⁶ o bien a bordo de las naves que los interceptaron en el mediterráneo. Un recurso ante el juez de paz, afirma el TEDH, contra los decretos de expulsión hubieran sido útiles únicamente para impugnar la legitimidad de su aplazamiento. Por otra parte, se concluye, estos decretos fueron adoptados solamente sobre el final de la detención de los interesados.¹²⁷ Consiguientemente, el TEDH rechaza que el recurso señalado fuera efectivo pues no era idóneo para suspender la aplicación de las órdenes de expulsión.

En el asunto *N.D. y N.T. c. España*¹²⁸, el TEDH tuvo una nueva oportunidad de abordar la cuestión¹²⁹. Se trata del séptimo caso desde el ya visto asunto *Čonka c.*

El TEDH llega a la conclusión de que se ha producido una violación del artículo 13 examinado tanto en relación con el artículo 3 como en relación con el artículo 4 del Protocolo Núm. 4. Por lo tanto, no se puede reprochar a los recurrentes que no agotaran adecuadamente las vías de recurso internas y la excepción preliminar formulada por el Gobierno italiano en este sentido es desestimada.

¹²⁴ Véase comentarios de esta sentencia en GUELLA F., *Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU (2016/1)*, en www.dpce.it, y BACIS D., *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo (2017/2)*, en www.dpce.it

¹²⁵ Un grupo de tunecinos que denuncian haber sido expulsados colectivamente de Italia solo sobre la base de su identificación y sin haberse examinado debidamente la situación personal de cada uno de ellos. Argumentan que los decretos de expulsión constituirían documentos estandarizados, formulados de manera idéntica, que indican solo el estado civil y la ciudadanía de los interesados. Muchos otros ciudadanos tunecinos, declaran, habrían sufrido el mismo destino sobre la base de una práctica de las autoridades italianas según la cual la única verificación de la ciudadanía tunecina sería suficiente para determinar la aplicación de un procedimiento simplificado de "readmisión".

¹²⁶ CSPA (*Centro di Primo Soccorso ed Accoglienza*) de Lampedusa. Véase MANGANARO F., *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti (27/11/2019)*, en www.federalismi.it

¹²⁷ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia* [recurso Nr. 16483/12], párr. 270.

¹²⁸ Véase SÁNCHEZ TOMÁS J.M., *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)*, "Revista Española de Derecho Europeo", año 2018, nº 65, p. 101-135.

¹²⁹ Los recurrentes, un ciudadano de Malí y otro de Costa de Marfil, intentaron saltar la valla que separa a Marruecos de Melilla. El salto fue llevado a cabo junto con un grupo de más de 70 extranjeros. Los demandantes consiguieron descender de la tercera y última valla con ayuda de las fuerzas de seguridad

Bélgica en 2002, en el que el TEDH concluye la existencia de una violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros lo cual demuestra el interés, en los últimos años, que despierta la problemática que estudiamos para la tutela efectiva de los derechos de los refugiados.¹³⁰

El TEDH concluye, en efecto, que la devolución de los demandantes a Marruecos se consideraba como una violación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4.¹³¹ En el presente caso, la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los recurrentes, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendiente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales. El Gobierno español no se pronuncia sobre la falta de identificación de los demandantes por los agentes de la Guardia Civil, limitándose a indicar que no tiene conocimiento de la identidad de los interesados. Sostiene, sin embargo, que los demandantes no han conseguido probar su identidad ante el TEDH.¹³²

españolas, quienes esposaron a los demandantes nada más poner los pies en el suelo. Acto seguido todos ellos fueron devueltos Marruecos por las fuerzas de seguridad españolas, sin que mediara ningún procedimiento de identificación o garantía procesal. Una vez en Marruecos, a los extranjeros les fue negada asistencia médica, pese a que la solicitaron. Finalmente, los demandantes, junto con otras personas, fueron trasladados a unos 300 km del lugar (Cfr. STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, [Recurso Nr. 8675/15 y 8697/15], párr. 12-13). Los recurrentes se quejan de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo a este respecto. Afirman haber sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, y de impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo.

¹³⁰ Los anteriores seis casos son: STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia* [Recurso Nr. 19356/07]; STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia* [d Recurso Nrs. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07]; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* [Recurso Nr. 16643/09]; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)* [Recurso Nr. 13255/07]; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [Recurso Nr. 27765/09]; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* [Recurso Nr. 51564/99].

¹³¹ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, [Recursos Nrs. 8675/15 y 8697/15], párr. 108.

¹³² *Ídem*, párr. 56.

El TEDH concede un valor particular a la versión de los recurrentes, ya que “está corroborada por numerosos testimonios recogidos, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario DDHH”.¹³³ En el ámbito del artículo 4 del Protocolo Núm. 4, “han sido rechazados inmediatamente por las autoridades fronterizas y que no han tenido acceso ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión. Ya hay, en este caso, *un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio*.”¹³⁴

Habida cuenta de las circunstancias citadas y del carácter inmediato de su expulsión *de facto*, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo Núm. 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

VII. El derecho a un recurso efectivo conforme al artículo 47 (CDFUE) en relación con los requirentes de asilo.

En el asunto *Torubarov*¹³⁵ el Tribunal de Justicia, tomando como referencia al artículo 47 (CDFUE), pone en evidencia las deficiencias del derecho húngaro en relación a la tutela efectiva de los requirentes de asilo.¹³⁶ El caso es muy ilustrativo

¹³³ *Ídem*, párr. 119.

¹³⁴ *Ídem*, párr. 120.

¹³⁵ STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626]. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32/UE, en relación con el artículo 47 (CDFUE). Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Oficina de Inmigración y Asilo de Hungría y el Sr. Alekszj Torubarov de nacionalidad rusa relativo a la denegación de la solicitud de protección internacional presentada por este último.

¹³⁶ Sobre el caso húngaro véase FERNÁNDEZ ARRIBAS G., HALCÓN LERDO DE TEJADA A., y SERRANO LÓPEZ I., *Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los refugiados*, “Revista de Estudios Europeos”, año 2016, nº 67, pp. 101-121.

pues priva a éstos, en caso de denegación por la autoridad administrativa de la protección internacional, del recurso de revisión a cargo de un órgano judicial.¹³⁷

El Tribunal nacional, que remite la petición prejudicial al Tribunal de Justicia, encuentra que ello “equivale a privar de un recurso judicial efectivo a los solicitantes de protección internacional. En efecto, la única consecuencia que el Derecho nacional prevé para el supuesto de inejecución, por parte de la Administración, de su obligación de dar cumplimiento al fallo y a los fundamentos de Derecho de una primera sentencia por la que se anula una primera resolución administrativa de denegación de una solicitud de protección internacional consistiría en la anulación de la nueva resolución administrativa. Ante tal situación, el juez que conozca del asunto no tendría consecuentemente otra solución que la de ordenar a la Administración la incoación de un nuevo procedimiento y la adopción de una nueva resolución, de tal modo que no podría ni conminar a la Administración a conceder protección internacional al solicitante de que se trate, ni sancionar a aquella por el incumplimiento de su primera sentencia, lo que comportaría el riesgo de que el procedimiento se prolongara indefinidamente, con vulneración de los derechos del solicitante de protección internacional”.¹³⁸

¹³⁷ El 15 de septiembre de 2015 entró en vigor en Hungría la ley Nr. CXL de 2015 de modificación de determinadas leyes en un contexto de gestión de la inmigración en masa. Entre otras modificaciones, el artículo 14 de la citada ley modificó el artículo 68 de la ley sobre el derecho de asilo, alcanzando también a los asuntos pendientes en el momento de su entrada en vigor. Dicha modificación establece que: “3. [...] En el momento de adoptar la resolución jurisdiccional, el órgano judicial efectuará un examen completo tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho [...] 5. El órgano judicial *no podrá modificar la resolución del órgano administrativo competente en materia de refugiados*. El órgano judicial anulará cualquier resolución administrativa que considere contraria a Derecho —con la excepción de las violaciones de una norma procesal que no afecten al fondo del asunto— y, en caso necesario, ordenará al órgano administrativo competente en materia de asilo tramitar un nuevo procedimiento. 6. La resolución adoptada por el órgano judicial al término del proceso es firme y contra ella no cabe recurso alguno”. Sin resaltar en el original.

¹³⁸ STJ de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 34. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno húngaro alegó que la ley de procedimiento administrativo nacional, “debe interpretarse en el sentido de que, a fin de preservar el reparto competencial entre, por una parte, la Administración, que debe desempeñar un papel central en los procedimientos en materia de solicitudes de protección internacional, y, por otra parte, el órgano judicial que conoce del recurso previsto en el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, el órgano judicial puede impartir

En tal situación, el Tribunal remitente considera que el ordenamiento jurídico húngaro “no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva”, consagrado tanto en el artículo 46 (Directiva 2013/32) como en el artículo 47 (CDFUE). En consecuencia, pregunta al Tribunal de Justicia si las mencionadas disposiciones del DUE “le autorizan a modificar una resolución administrativa como la controvertida, dejando sin aplicar la normativa nacional que no le reconoce tal facultad”.¹³⁹

Los jueces de Luxemburgo comienzan el análisis del caso recordando su jurisprudencia sobre el citado artículo 46. En su apartado 1 éste “reconoce a los solicitantes de protección internacional *el derecho a un recurso efectivo ante un órgano judicial contra las resoluciones administrativas relativas a la correspondiente solicitud*. Mientras que, en su apartado 3, “define el alcance del derecho a un recurso efectivo, *precisando que los Estados miembros vinculados por la citada Directiva garantizarán que el juzgado o tribunal de primera instancia ante el que se presenta el recurso contra la resolución relativa a la solicitud de protección internacional lleve a cabo un «examen completo y ex nunc tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho, incluido cuando proceda un examen de las necesidades de protección internacional de conformidad con la Directiva 2011/95»*”.¹⁴⁰

La expresión *ex nunc* interpreta el Tribunal de Justicia, destaca la obligación del juez de proceder a una apreciación que tenga en cuenta, en su caso, los nuevos

instrucciones sobre los hechos que hayan de examinarse y sobre los nuevos elementos de prueba que hayan de recabarse, y puede también proporcionar una interpretación de la ley e indicar los elementos pertinentes que la autoridad administrativa ha de tomar en consideración, *pero no puede vincular a esta última en cuanto a la apreciación concreta del caso, apreciación que podrá basarse en elementos de hecho y de Derecho diferentes a los que haya tenido en cuenta el propio órgano judicial, tales como, por ejemplo, elementos nuevos sobrevenidos con posterioridad a la resolución judicial*” (Ídem, párr. 62. Sin resaltar en el original).

¹³⁹ Ídem, párr. 36. En concreto el Tribunal remitente pregunta: “¿Debe interpretarse el artículo 46, apartado 3, de la Directiva [2013/32], en relación con el artículo 47 [CDFUE], en el sentido de que los tribunales húngaros están facultados para modificar las resoluciones administrativas de la autoridad competente en materia de asilo mediante las que se deniegue la protección internacional, así como para conceder tal protección?”.

¹⁴⁰ STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 51. Sin resaltar en el original. Véase también STJE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16 [EU:C:2018:584], párr. 105-106.

elementos surgidos después de la adopción de la resolución objeto de recurso. El adjetivo *completo*, por su parte, confirma que el juez deberá examinar tanto los elementos que la autoridad decisoria tuvo o pudo tener en cuenta como aquellos que hayan surgido con posterioridad a la adopción por dicha autoridad de su decisión. De ello resulta que, en virtud del artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32), los Estados miembros “están obligados a establecer en sus Derechos nacionales una tramitación de los recursos que comprenda un examen, por el juez, del conjunto de elementos de hecho y de Derecho que le permitan elaborar una apreciación actualizada del asunto de que se trate, de modo que la solicitud de protección internacional pueda ser tramitada de manera exhaustiva sin que sea necesario devolver el asunto a la autoridad decisoria. Tal interpretación favorece el objetivo perseguido por la Directiva 2013/32, consistente en garantizar que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional sean adoptadas cuanto antes, sin perjuicio de que se efectúe un examen suficiente y completo”.¹⁴¹

Sin embargo, sostiene el Tribunal de Justicia, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer la obligación de que, tras la referida anulación, el expediente sea devuelto al órgano cuasi-judicial o administrativo para que adopte una nueva decisión. Si bien es cierto que la Directiva 2013/32 reconoce de este modo a los Estados miembros “cierto margen de maniobra”, concretamente en cuanto a la determinación de las normas relativas a la tramitación de una solicitud de protección internacional cuando la resolución inicial de un órgano cuasi-judicial o administrativo ha sido anulada por un órgano judicial, “no lo es menos que es preciso destacar, en primer lugar, que, a pesar de tal margen de maniobra, los Estados miembros *están obligados, al aplicar la citada Directiva, a respetar el artículo 47 [CDFUE], que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en favor de toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido vulnerados*”.¹⁴²

¹⁴¹ STJE de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 52-53.

¹⁴² *Ídem*, párr. 55.

Así pues, las características del recurso previsto en el artículo 46 (Directiva 2013/32) “deben determinarse de conformidad con el artículo 47 [CDFUE], que *constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva*”.¹⁴³

En segundo lugar, precisa el Tribunal de Justicia, es preciso recordar que el artículo 47 [CDFUE] “es suficiente por sí solo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, sin que requiera ser desarrollado por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional”.¹⁴⁴ Esta es, dicha norma ostenta por sí misma su *efecto directo*, sin necesidad de ser reconocida como tal por cualquier otra norma.

En tercer lugar, concluye el Tribunal de Justicia, el derecho a la tutela judicial efectiva “sería ilusorio si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro permitiera que una resolución judicial firme y obligatoria careciera de eficacia en detrimento de una parte”.¹⁴⁵

Este contexto permite al Tribunal de Justicia declarar que el artículo 46, apartado 3 (Directiva 2013/32), “quedaría privado de todo *efecto útil* si se admitiera que, después de que el órgano judicial de primera instancia haya dictado una sentencia mediante la que lleve a cabo, de conformidad con la citada disposición, una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante en virtud de la Directiva 2011/95, el órgano cuasi-judicial o administrativo, previsto en el artículo 2, letra f), de la Directiva 2013/32, pudiera adoptar una resolución contraria a la apreciación del mencionado órgano judicial”.¹⁴⁶

Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no tiene por objeto uniformar de un modo preciso y exhaustivo las normas procedimentales que han de aplicar los Estados miembros cuando se trata de adoptar una nueva decisión sobre la solicitud de protección internacional tras la anulación de la resolución administrativa inicial que deniegue tal solicitud, del objetivo de aquella Directiva consistente en lograr una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza y de la obligación de garantizar el efecto útil del artículo 46, apartado 3, así como del

¹⁴³ *Ídem*, párr. 56. Sin resaltar en el original.

¹⁴⁴ Véase STJ de 30 de junio de 2016, *Toma y Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci*, asunto C-205/15 [EU:C:2016:499], párr. 43.

¹⁴⁵ STJ de 29 de julio de 2019, asunto C-556/17 [ECLI:EU:C:2019:626], párr. 57.

¹⁴⁶ *Ídem*, párr. 58. Sin resaltar en el original.

imperativo –derivado del artículo 47 [CDFUE]- de que se respete la tutela judicial efectiva, se desprende, sin embargo, que “todos los Estados miembros vinculados por la Directiva en cuestión deben establecer en su Derecho nacional la obligación de que, tras la anulación de la resolución administrativa inicial y en caso de devolución del expediente al mencionado órgano cuasi-judicial o administrativo, la nueva resolución administrativa se adopte en el menor tiempo posible y se atenga a la apreciación contenida en la sentencia que anuló la resolución administrativa inicial”.¹⁴⁷

Refiriéndose a la citada legislación húngara en particular, los jueces de Luxemburgo sentencian que “priva en la práctica al solicitante de protección internacional de un recurso judicial efectivo” y “vulnera el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 47 [CDFUE]”. En las circunstancias ya expuestas “sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica –legislativa, administrativa o judicial- que tuviera como efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese Derecho *la facultad de hacer, en el momento mismo de tal aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudieran constituir un obstáculo para la plena eficacia de las normas de la Unión dotadas de efecto directo, tales como el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, en relación con el artículo 47 [CDFUE]*”.¹⁴⁸ En circunstancias “como las que concurren en el litigio principal, cuando el órgano cuasi-judicial o administrativo no haya cumplido la sentencia del órgano judicial que conoce del recurso, corresponderá a este último modificar la resolución de aquel y sustituirla por su propia decisión”.¹⁴⁹

En el citado caso *Alheto*¹⁵⁰ el Tribunal de Justicia ya había tenido oportunidad de interpretar, al analizar la conformidad del derecho búlgaro con el artículo 47

¹⁴⁷ *Ídem*, párr. 59.

¹⁴⁸ *Ídem*, párr. 73-72. Sin resaltar en el original.

¹⁴⁹ *Ídem*, párr. 76.

¹⁵⁰ La Sra. Alheto, titular de un pasaporte expedido por la autoridad palestina, entró a Bulgaria con una visa turística para luego presentar una solicitud de protección internacional. Adujo que volver a la Franja de Gaza la expondría a una amenaza grave para su vida, dado que correría el riesgo de sufrir torturas y de ser perseguida. Señaló que esta amenaza guarda relación con el hecho de que ejerce una actividad social de información sobre los derechos de la mujer no aceptada por Hamás, la organización

[CDFUE], sí tras la anulación de una decisión por la que se deniega una solicitud de protección internacional, el juez puede o, incluso, debe adoptar él mismo una decisión sobre dicha solicitud.

El Tribunal de Justicia responde que, el artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32 “quedaría privado de todo *efecto útil* si se admitiera que, después de dictar una sentencia por la que el órgano jurisdiccional de primera instancia, de conformidad con esta disposición, ha llevado a cabo una apreciación completa y *ex nunc* de la necesidad de protección internacional del solicitante (...), el órgano administrativo o cuasi judicial pudiera adoptar una decisión contraria a dicha apreciación o pudiera dejar transcurrir un tiempo considerable que acarrearía un potencial incremento del riesgo de que surgieran nuevos elementos que requirieran una nueva apreciación actualizada”.¹⁵¹

Por consiguiente, si bien la Directiva 2013/32 no pretende instaurar una norma común relativa a la competencia para adoptar una nueva decisión sobre una solicitud de protección internacional tras la anulación de la decisión inicial, “se desprende de su objetivo relativo a la garantía de una tramitación lo más rápida posible de las solicitudes de esta naturaleza, de su obligación de garantizar un efecto útil al artículo 46, apartado 3, así como de la necesidad, derivada del artículo 47 [CDFUE], de garantizar la efectividad del recurso, que todos los Estados miembros vinculados por dicha Directiva deben establecer en su Derecho nacional que, tras la anulación de la decisión inicial y en caso de devolución del expediente al órgano cuasi judicial o administrativo contemplado en el artículo 2, letra f), de esta Directiva, la nueva decisión se adopte en el menor tiempo posible y sea conforme a la apreciación contenida en la resolución que anuló la decisión inicial”.¹⁵²

VIII. Conclusiones.

La efectividad del recurso, como vimos, es esencial a un sistema de garantías. Si ésta no existe, dicho sistema podrá existir formalmente pero no cumplir con su

que controla dicho territorio. Asimismo, a causa del conflicto armado entre Hamás e Israel, sostiene que existe allí una situación de violencia indiscriminada.

¹⁵¹ STJE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16 [EU:C:2018:584], párr.147. Sin resaltar en el original.

¹⁵² *Ídem*, párr.148.

objeto y fin: la tutela efectiva de los Derechos involucrados. Este *efecto útil*, según el lenguaje de los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo, es el indicador de la *idoneidad* del recurso. El recurso es efectivo en la medida que es idóneo, y esto último ocurre cuando permite evitar –por caso- la conducta prohibida mencionada en el artículo 3 (CEDH).

En el espacio territorial de los Estados que integran la UE –y otros como Suiza vinculados al espacio Shengen- se ha alcanzado importantes niveles de articulación entre los distintos niveles de protección que operan sobre el derecho de asilo. Este escenario de protección multinivel involucra al clásico derecho internacional, al derecho internacional de los derechos humanos en plena evolución, y al DUE de naturaleza supranacional ya consolidado en su autonomía.

La convergencia normativa analizada se distancia de una mera acumulación abstracta de normas, por el contrario, permite la formación de una comunidad de intérpretes que dialogan buscando construir estándares comunes de protección que permitan garantizar –en última instancia- la eficacia de la protección internacional. Las convergencias interpretativas, en este sentido, han permitido consolidar el derecho a un recurso efectivo de los requirentes de asilo.

Lo anterior no significa ignorar que también han existido y existen divergencias interpretativas entre el TEDH, el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, las desavenencias y conflictos interpretativos no han quebrado el diálogo. Lo cual no es poco en un escenario de fragmentación jurídica. En definitiva, así como el diálogo permite tender puentes entre culturas diversas también hace posible la construcción de un espacio jurídico europeo de tutela común.

Bibliografía

ABRISKETA URIARTE, J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2017, nº 56.

BACIS D., *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo (2017/2)*”, en www.dpce.it

CAVASINO E., *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo (4.10.2019)*”, en www.federalismi.it

DA LOMBA, S., *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004.

DE CASTRO SÁNCHEZ C., *TEDH. Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 – artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo Nr. 4. Tortura y tratos inhumanos y degradantes. Derecho a un recurso efectivo. Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 2013, nº 46.

DÍAZ CREGO M., *¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Teoría y Realidad Constitucional”, año 2018, nº 42.

FERNÁNDEZ ARRIBAS G., HALCÓN LERDO DE TEJADA A., y SERRANO LÓPEZ I., *Violación del derecho a solicitar asilo. La respuesta de Hungría a la crisis de los refugiados*, “Revista de Estudios Europeos”, año 2016, nº 67.

GUELLA F., *Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza Khlaifia della Corte EDU (2016/1)*”, en www.dpce.it

GUTMAN K., *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, “German Law Journal”, año 2019, vol. 20.

HERWIG C. H. HOFMANN, *The Right to an 'Effective Judicial Remedy' and the changing conditions of implementing EU Law*, "Law Working Paper Series-Paper number 2013-02", 11/07/2013.

MANGANARO F., *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti (27/11/2019)*", en www.federalismi.it

MOLE, N. y MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, "Human rights files", Nr. 9, Council of Europe Publishing, 2010.

MONTANARI L., *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri (Special Issue 2/2019)*", en www.federalismi.it

MORGADES GIL S., *TEDH. Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – artículo 3 y 13 del CEDH. Prohibición de Tortura y penas o tratos inhumanos y degradantes. Reglamento (CE) N° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 2012, n° 41.

PIZZOLO C., *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires, ASTREA, 2017.

PIZZOLO C., *Derecho e Integración Regional*, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

PIZZOLO C., *Fundamental right for EU citizens status. Some developments in the scope of people's free movement and residence related to third-country nationals*, "Individual legal status: a tool for developing European law?", 2017.

PIZZOLO C., *La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones*, "Derecho administrativo y corrección económica", Quito, 2015.

PIZZOLO C., *Libre circulación de personas: alcance y límites*, "Derecho individuales e integración regional (antología)", Roma-Perugia-México, ISEG – Università degli Studi di Perugia – TEC, 2013.

PRECHAL S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, "Fundamental Rights in International and European Law", año 2016.

RENEMAN M., *Access to an Effective Remedy in European Asylum Procedures*, "Amsterdam Law Forum", año 2008, vol. 1.

ROMEO G., *Diritti fondamentali e immigrazione (Special Issue 2/2019)*, en www.federalismi.it

SÁNCHEZ TOMÁS J.M., *Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)*, “Revista Española de Derecho Europeo”, año 2018, nº 65.

SEVERINO C., *Uno sguardo Oltralpe. Aspetti problematici della disciplina dell’immigrazione in Francia (Special Issue 2/2019)*, en www.federalismi.it

SOLER GARCÍA C., *La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España*, “Revista General de Derecho Europeo”, año 2018, nº 45.

VAN DUIN, A., *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13*, “EuCML”, año 2017, vol. 6 (5).

ZECCA D., *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (Special Issue 2/2019)*, en www.federalismi.it

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión¹

§

Javier García Roca²

Sumario

I. Origen doctrinal, uso por la Comisión, recepción por el Tribunal y positivización en el preámbulo. II. Débil construcción jurisprudencial y aportaciones doctrinales. Su anclaje en el principio de subsidiariedad. III. Posiciones doctrinales sobre la necesidad y la justificación de esta doctrina. IV. Criterios de aplicación. V. Conclusiones.

I. Origen doctrinal, uso por la Comisión, recepción por el Tribunal y positivización en el preámbulo.

Una consecuencia de la naturaleza limitada de una protección internacional y de la subsidiariedad es la llamada doctrina del margen de apreciación nacional. Una herramienta con la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se autolimita y se obliga a mantener una diplomática deferencia con las decisiones de las autoridades nacionales en algunos derechos cuando existen situaciones políticas, religiosas o morales muy sensibles para las opiniones públicas y las identidades de

¹ Este estudio ha sido escrito dentro del Proyecto de Investigación "Amenazas y debilidades en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos particularismos nacionales y protección de los derechos sociales (referencia DER2017-82304-C3-1-P)". Una versión en francés se publicará en la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*. Salvo en lo referido a la nueva tesis del procedimiento razonable de decisión, he partido de mi libro Javier GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010, continuando mi reflexión una década después con afán de contribuir a clarificar esta noción imprecisa. Debe verse también mi libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019.

² Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

algunas sociedades³. Es uno de los asuntos relacionados con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que ha merecido más estudios, y, pese a ello, no hemos avanzado mucho en la gestación de un acuerdo en su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

El origen del “margen de apreciación nacional” es oscuro. El término no está en el Convenio Europeo ni en los trabajos preparatorio ni es habitual en Derecho Internacional. Pretende incluirse ahora en el preámbulo del Convenio por el Protocolo 15 que aún no ha entrado en vigor. Pero la doctrina fue utilizada pronto por la Comisión [Europea de Derechos Humanos] y luego por el TEDH, quien usa esta técnica con frecuencia desde 1978. La expresión no era evidente o común para los juristas de habla inglesa⁴. Parece proceder de Francia y emanar de la revisión judicial del Consejo de Estado francés que usa la expresión *marge d’appréciation*⁵.

³ Destacaré tres trabajos clásicos: MAHORNEY, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, “Human Rights Law Journal”, vol. 19, nº 1, p. 1, monográfico “The doctrine of the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice”; YOUROV, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, p. XXIII, quien enuncia así el problema del margen: “finding the tenuous passage between the undue interference with the sovereignty and autonomy of national authorities, in particular supreme and constitutional courts on the one hand, and the effective protection of the rights guaranteed under the Convention...”; así como ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECH*. Entre los trabajos posteriores a mi monografía, DE SHUTTER - TULKENS: “Rights in conflict: the ECtHR as a pragmatic institution” en BREMS, *Conflicts between fundamental rights*, p. 169-201; SPANO, *Universality as diversity of human rights*, “Human Rights Review”, 14, nº 3, p. 478-502; POPELIER - VAN DE HEYNING, *Subsidiarity post Brighton: procedural rationality as answer*, “Leiden Journal of International Law”, año 2017, vol. 30, issue 1, p. 5-23. Unos autores que incorporan el criterio del “procedural review of legislation”.

⁴ GREER, *The margin of appreciation*, “Council of Europe Publishing”, 2000, p. 5. Es la posición mayoritaria. Discrepan TULKEN - DONNAY, *L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme*, “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, año 2006, nº1, p.4, quienes afirman que nadie quiere reconocer la paternidad del margen.

⁵ Vid. MACDONALD, “The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Diritto Internazionale al tempo della sua codificazioni*, p. 187-208, epígrafe “Origin and history of the margin of appreciation”. Es exhaustivo YOUROV, ob. cit., “Birth of the margin doctrine”, p.15 ss.

El margen puede, por tanto, ser comprendido desde la idea francesa de “discrecionalidad administrativa”⁶, y también conforme a las fórmulas alemanas de “espacio de libertad de decisión” o “discrecionalidad de valoración”⁷ que son semejantes. Sin embargo, es preciso subrayar que es una noción dotada de autonomía conceptual en el sistema del Convenio y tiene rasgos propios. Se ha desarrollado por el TEDH mediante una interpretación tópica, no sistemática, y alberga por ello contornos casuísticos e imprecisos. Se asemeja a la justicia del pretor en el caso. Entraña en todo caso un margen de maniobra que el Tribunal concede a las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus obligaciones.

Fue la Comisión quien usó primeramente esta herramienta en la denuncia del Reino Unido a Grecia en 1958 por implantar medidas de emergencia en Chipre, así como en otros casos ligados al art. 15 CEDH⁸. Un precepto que permite suspender las obligaciones del Convenio en casos de guerra o de peligros públicos en la medida estricta en que lo exija la situación⁹.

El TEDH fue, al principio, remiso a abrazar esta doctrina en el Caso *Lawless* contra Irlanda, de 1 de julio de 1961, a diferencia de lo que había hecho la Comisión en su previo informe de 1959. Más tarde, al analizar una discriminación (artículo 14 CEDH) y la validez de los criterios de diferenciación, se subrayó la subsidiariedad propia de un mecanismo internacional y, como consecuencia, la necesidad de no “sustituir a las autoridades nacionales competentes” (Asunto sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968, § 10). Pero

⁶ Véase ARAI-TAKAHASHI: *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, ob.cit., p. 3.

⁷ Cfr. VASEL, *El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año 2009, nº 11, ([www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos\(07JVasel.htm\)](http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos(07JVasel.htm))), p. 3, sobre esta idea del Derecho procesal administrativo alemán, pese a que –afirma- no incluye todos los aspectos del margen.

⁸ Cfr. ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 188; y YOUROV, ob. cit., epígrafe “Leading cases to 1979: toward standards”, p. 25-54.

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ, “La suspensión de las garantías establecidas por el Convenio (artículo 15 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 765-784. Un comentario a la proporcionalidad en situaciones de emergencia y una reseña de los casos en CANNIZZARO: ob. cit., p. 42-52, epígrafe “Proporzionalità e clausole di deroga”.

el Tribunal no volvió a referirse a un “poder de apreciación” hasta una década después en el Caso Dewilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio de 1971, § 93¹⁰.

La Corte Europea no usó expresamente el término margen de apreciación hasta Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 207, al afirmar que los Estados estaban en una mejor situación para valorar en la realidad la entidad de una amenaza para la vida de una nación¹¹. El caso puede considerarse el origen del margen en las sentencias. Es remarcable la lenta y prudente consolidación de sus herramientas por la jurisprudencia europea en este caso durante casi dos décadas. Desde entonces, su uso ha crecido mucho. Pero el Tribunal ha sido más restrictivo que lo fue la Comisión, en especial a la hora de extender el margen a ciertos derechos¹².

El margen está ligado en su origen a la discrecionalidad de un Estado miembro a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia. Una circunstancia excepcional que permitía limitar la intensidad de la supervisión de la Comisión, y abocaba a una deferencia en el uso de los poderes estatales de suspensión¹³. De este origen dramático, procede la tosquedad de la herramienta, algo que hace pensar que deberíamos buscar una alternativa más precisa. Pero no es sencillo, pues la doctrina del margen y su uso se resisten a la racionalización y dependen en exceso del caso y del contexto.

II. Débil construcción jurisprudencial y aportaciones doctrinales. Su anclaje en el principio de subsidiariedad.

La construcción judicial que el Tribunal Europeo ha hecho del margen me parece débil¹⁴, es decir, con poca consistencia argumental, y, precisamente por eso, es susceptible de aplicaciones muy variadas, si no contradictorias.

¹⁰ MACDONALD: “The margin...”, ob. cit., p. 189.

¹¹ Es detallado el análisis que hacen TULKEN – DONNAY, ob. cit., p. 4.

¹² YOUROV, ob. cit., p. 186.

¹³ Véase GROSS - NÍ AOLÁIN, *From discretion to scrutiny*, “Human Rights Quarterly”, año 2001, n° 23, p. 626. El margen no se puede explicar como una inmunidad en casos de emergencia, y por ello reclaman una construcción más estricta.

¹⁴ Vid. MACDONALD: ob. cit., p. 192 ss. Afirma que ni la Corte Europea ni la Comisión han tratado de aportar una definición del margen y adoptan una determinación en el caso.

Es indiscutible que está ligado al principio de subsidiariedad que es propio de una protección internacional. En 1971, se usó la subsidiariedad en el Caso De Wilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio¹⁵. Pero no fue hasta el Caso Handyside cuando se expuso una fundamentación algo más detallada de este principio en el conocido asunto de la prohibición de publicar un manual llamado el “libro rojo del cole”. El Tribunal sostuvo: “la maquinaria de protección establecida por el Convenio es subsidiaria de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos” (Casos Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y Sunday Times, de 26 de abril de 1979, ambos contra el Reino Unido). El legislador dispone de un gran espacio para establecer y mantener políticas propias a través de las leyes, y una Corte supranacional debe respetar estas orientaciones “salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales”.

No es fácil encontrar en la jurisprudencia una caracterización más precisa. La idea básica es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones y en la ponderación de intereses complejos. Pero, si en el uso de esa discrecionalidad¹⁶ que el margen permite, se produce un exceso, el respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea¹⁷. En suma, el margen de apreciación entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una subsiguiente deferencia¹⁸ europea hacia una decisión interna tomada de manera razonable en un caso delicado.

¹⁵ VASEL, ob. cit., p. 16.

¹⁶ KLATT - MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, capítulo “Discretion and deference”, sostienen -siguiendo a Robert ALEXY- que hay diferentes tipos de discrecionalidad: una estructural y otra epistémica, en la primera, la constitución ni impone ni impide una conducta, en la segunda, esas imposiciones o impedimentos son de incierto conocimiento. Ambas deben usarse en una deferencia judicial como parte del principio de proporcionalidad para no invadir al legislador mediante las sentencias y revisar siempre e intensamente sus ponderaciones: el florecimiento de la judicialización de la política. Igualmente, GRUSZCZYNSKI - WERNER, *Deference in international courts and tribunals*, ob. cit.

¹⁷ Así se dice v.gr. en el Caso Fedorenko contra Ucrania, de 1 de junio de 2006, § 356.

¹⁸ La idea de la judicial deference se usa también por Andrew LEGG, quien cree que el triple fundamento del margen procede: primero de que la legitimidad democrática está en los Estados, segundo de la necesidad de respetar lo que es la práctica corriente, y tercero en el grado de experiencia, especialización técnica y competencia legal de las decisiones. Unos fundamentos que revisa por

Diversos autores han dado descripciones conceptuales más precisas y aportado matizaciones de relevancia. Es clásico Yourov: “libertad para actuar, maniobrar y respirar en un espacio de libertad de actuación, o la latitud o deferencia o de error que los órganos de Estrasburgo autorizan a los poderes nacionales -legislativos, ejecutivos, administrativos- antes de declarar que una derogación del Convenio, o una restricción o una limitación de uno de los derechos garantizados por el Convenio, constituye una violación de una de las garantías convencionales sustantivas”¹⁹. De forma complementaria, Callewaert ha explicado que expresa una “forma atenuada de inmunidad, que permite un control europeo menos intenso que aquél que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción”²⁰. Wildhaber ha matizado esta explicación diciendo que no se trata de otorgar un grado de discrecionalidad absoluto sino “simplemente de reconocer que el Convenio no impone soluciones uniformes” y que, en ciertos dominios y sólo en cierto grado, los Estados pueden tener diferentes regulaciones y restricciones²¹.

Conjugar todos estos buenos matices en una sola fórmula, un criterio de decisión general, no es nada sencillo. En realidad, me temo que sólo puede especificarse el margen en torno a concretos hechos, pues no deja de ser una variante de la justicia del caso en una protección internacional.

En definitiva, el TEDH puede decidir autolimitarse, si la solución nacional tiene una suficiente apariencia de buen Derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista. Respetar una razonable deferencia que deriva de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la que es una protección internacional. Subyace, como justificación, la idea de la mejor posición del juez nacional, al estar más próximo a los hechos, para apreciar ciertos litigios frente al distante juicio europeo. Una manifestación clásica de la subsidiariedad.

capítulos siguiendo un enfoque que no siempre comparto (The margin of appreciation in International Human Rights Law. Deference and proportionality, Oxford U. p., 2012). Analiza el problema en el TEDH, la Corte Interamericana, y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

¹⁹ YOUROV, ob. cit., p. 13. La traducción es harto libre.

²⁰ CALLEWAERT, “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, en MAHONEY – MATSCHER – PETZOLD - WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights*, p. 149.

²¹ Citado por TULKEN – DONNAY, ob. cit., p. 6. Recoge el texto de una conferencia.

Mahoney afirmaba que es necesario un instrumento que trace una línea divisoria entre las cuestiones que debe decidir cada comunidad nacional, conforme al principio democrático, y aquellas otras que tienen suficiente fundamentalidad como para necesitar una solución homogénea europea²². El margen es también un principio de división de jurisdicciones en dos niveles de responsabilidades.

Pero, así comprendida, no es una regla de división muy precisa. Es más una diferencia de grado que de calidad: ¿qué es lo principal en un derecho europeo y qué resulta sólo accidental? De ahí la dificultad de hacer un verdadero juicio jurídico y el riesgo de consagrar una excepción política a un control jurisdiccional. La doctrina del margen produce una gran discrecionalidad de la Corte Europea. Tenemos una frontera entre las jurisdicciones nacionales y europea, pero es una delgada línea roja en el horizonte que no se sabe muy bien por donde discurre y cambia con frecuencia de apariencia.

No es raro pues que la mayor parte de los autores coincidan en que el margen es un instrumento de geometría variable²³. Una doctrina cuya misma imprecisión permite sea aplicada según las circunstancias del caso, las ventajas o desventajas que comporte un enjuiciamiento europeo en la realidad de las cosas. Un parámetro de enjuiciamiento variable²⁴. Una imprecisa herramienta para disminuir la intensidad del control de convencionalidad o simplemente eludirlo.

No falta incluso quienes sostienen que la invocación del margen por el Tribunal tiene mucho de vacía retórica. Pues, en bastantes ocasiones, menciona el margen para luego practicar, en la realidad, un gradual y progresivo incremento de los

²² Véase el trabajo de MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, "Human Rights Law Journal", año 1998, vol. 19, n° 1, que ya he citado. En la misma revista, SCHOEKKBROEK, *The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights*, p. 30-36, quien también cree que el margen recoge una distribución de poderes entre los Estados y los órganos del Convenio. La idea se expresó con antelación por MAHONEY, *Judicial activism and self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, "Human Rights Law Journal", año 1990, vol. 11, n° 1-2, p. 57-88, quien recuerda que esta división de poderes se funda en el principio democrático "decision-making by freely elected representatives of the people" (p. 81).

²³ GALETTA, ob. cit., p. 750.

²⁴ ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 189.

estándares convencionales sobre los derechos²⁵. Comparto esta sensación en la lectura de buena parte de la jurisprudencia europea. La previa invocación del margen es a menudo una justificación retórica que encubre el verdadero criterio o argumento de la decisión que posteriormente se usa.

Igualmente se han subrayado las analogías y diferencias con la técnica de la ponderación: el *balancing of interests*²⁶.

III. Posiciones doctrinales sobre la necesidad y la justificación de esta doctrina. El espacio europeo de decisión.

Los análisis teóricos discrepan sobre la necesidad de esta herramienta jurisprudencial. Al menos tres posiciones doctrinales son posibles²⁷:

a] Estimar que es “una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila”²⁸. Una “aproximación oportunista” donde el TEDH abdica de su responsabilidad, y rehúsa un juicio de fondo (Schokkenbroek, Lord Lester of Herne, Gross & Ní Aoláin, y otros muchos)²⁹. Si fuera así, podría estar en conflicto con el mandato de protección jurídica efectiva de los derechos del Convenio que exige un pleno examen de la medida controvertida.

b] Por el contrario, sostener que es una muestra acertada de autocontención y prudencia judicial (Mahorney, Sir Humprey Waldoock, Greer), de realismo, y respeto al

²⁵ Vid. GERARDS, *Margin of national appreciation and incrementalism in the case law of the ECtHR*, “Human Rights Law Review”, 18:3, p. 495-515.

²⁶ Véase COHEN-ELIYE - PORAT, *The global spread of proportionality and some analytical similarities with balancing*, ob. cit.

²⁷ Hasta cuatro posiciones singulariza ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 232-234: a transitional doctrine, a rhetorical device, an undesirable doctrine, a desirable and necessary doctrine.

²⁸ La expresión es de LESTER OF HERNE HILL, “The European Convention on Human Rights in the new architecture of Europe: general report” en *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 1995, p. 227. También la emplean, GROSS - NÍ AOLÁIN, ob.cit., p. 627. SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 30, sostiene que es una “aproximación oportunista”.

²⁹ El Voto disidente del Magistrado de Meyer en el Caso Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997, sugirió desterrar el margen como forma de razonar, porque no puede haber espacio para que cada Estado en particular decida qué es aceptable y qué no. Es la Corte quien debe decidir de forma clara y precisa y su punto de vista debe imponerse a los Estados.

pluralismo territorial y cultural de las naciones europeas³⁰. Incluso hay quien sostiene que debería ser un instrumento de aplicación universal³¹.

Una variante radical de esta posición sostiene que el TEDH debería frenar cierto ingenuo universalismo en la comprensión de los derechos humanos y contentarse con los entendimientos locales. Esta tesis es excesiva ya que pretende impedir de raíz cualquier intento de interpretación integradora, tachándola de activismo judicial. Es una posición que haría imposible la integración europea y la misma eficacia de un sistema de garantía colectiva, universal en su génesis.

c] Cabe razonar de forma matizada e intermedia. Las cosas no son tan sencillas como se desprende del falso marco entre elusión/contención. No cabe tanto un rechazo frontal a esta herramienta sino sólo de aquellos usos que permiten dictar decisiones desprovistas de una verdadera motivación³². Me situó confortablemente en esta posición.

Un cierto margen de apreciación nacional es necesario en algunas situaciones por dos razones. Primero, porque refleja el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos. La tremenda diversidad, dentro del Consejo de Europa, de los 47 Estados parte y más de 800 millones de personas y potenciales justiciables que habitan desde el Atlántico en Lisboa hasta el Pacífico a la altura de Vladivostok o del mar de Bering. Una jurisdicción concentrada con un ámbito tan amplio y variado debe ser prudente y contener la intensidad de algunos de sus juicios. Una segunda razón deriva de que una protección supranacional es necesariamente subsidiaria y posterior a la interna

³⁰ MAHONEY, "Marvellous richness ...", ob.cit. También un antiguo juez del TEDH y de la Corte Internacional de Justicia WALDOCK, *The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Journal", año 1980, n° 1, p. 1-9. Esta doctrina –dice– es la más importante salvaguardia de los poderes soberanos y de la responsabilidad de los Gobiernos en democracia. Asimismo, entre otros, GREER: ob. cit., p. 5, cree que el margen es una doctrina necesaria, pero recuerda que la fórmula demanda una mayor claridad y consistencia en su aplicación.

³¹ Otro firme valedor del margen es MCGOLDRIC, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*, "International and Comparative Law Quarterly", año 2016, vol. 65, p. 21-60, quien pretende hacer de esta doctrina un instrumento universal. Se extraña que no se aplique por el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Menciona decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales donde sí se usa.

³² SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 30.

que dispensen los Estados. Es cada ordenamiento nacional quien debe otorgar una adecuada tutela de los derechos en primera línea. Pluralismo territorial y subsidiariedad constituyen la justificación del margen.

No obstante, conviene recordar que el preámbulo del Convenio Europeo demanda a los Estados realizar “una unión más estrecha”, asegurando la garantía colectiva de los derechos, “animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho”. Tenemos un espacio convencional europeo de garantía de los derechos³³. El fenómeno es aún más evidente cuando opera hacia fuera respecto de terceros Estados que no han ratificado el Convenio, v.gr. con los extranjeros sometidos a expulsión y los extraditados en casos de devolución.

En definitiva, la doctrina mayoritaria tiende a admitir que el margen juega un papel, hoy por hoy, inevitable³⁴. La creación de un espacio europeo tan extenso y plural no sería posible sin un razonable margen de discrecionalidad en la integración de muy diversas comunidades políticas estatales. El margen es la otra cara de la

³³ Jürgen Habermas razona que Europa es un proyecto político que tiene un carácter esencialmente intergubernamental. No existe un “pueblo europeo” ni una homogeneidad cultural como ha denunciado Dieter Grimm. Pero cree que puede sustituirse por “un espacio público europeo” que haga visibles los procesos europeos de decisión (“La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada”, en *¡Ay, Europa!*, p. 81 y ss). Igualmente, HÄBERLE, *¿Existe un espacio público europeo?*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, incluye la jurisprudencia del TEDH como fragmento de una Constitución y de un Estado constitucional (p. 114), y una “común opinión pública” ante las violaciones de los derechos fundamentales (p. 125, p.129). Sobre este espacio en la Unión Europea, véase el debate entre GRIMM, “Does Europe needs a Constitution?”, en GOWAN - ANDERSON (ed.), *The question of Europe*, p. 239 a 258., y, en el mismo libro, HABERMAS, “Reply to Grimm”, p. 259-264; y WEILER: “¿Does Europe needs a Constitution?”, p. 265-204. Del mismo autor *The Constitution of Europe*.

³⁴ Vid. ALKEMA, “The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court”, en *Protecting Human Rights*, ob. cit., p. 57. Un Tribunal que ejerce un control internacional en un sistema intergubernamental debe mantener una distancia y no sólo por razones geográficas. El Convenio no se puede aplicar de forma estricta. Además deben ponderarse razones política judicial conectadas con el desbordamiento de los asuntos en Estrasburgo. El margen es indispensable. En el mismo sentido y allí mismo, CALLEWAERT, “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, ob. cit., p. 147-166, el margen debe mantenerse por realismo, pese a su falta de “popularidad”. Bastaría para su supervivencia con “estructurar y disciplinar su aplicación”

existencia de un amparo espacio europeo de decisión. Se trata de construir la unidad europea desde la diversidad nacional. En este sentido, p.ej. en ausencia de reglas más precisas en el Convenio Europeo sobre laicidad y libertad religiosa, el TEDH se ve obligado a atribuir un rol determinante a las decisiones nacionales en las opciones de política religiosa.

Ahora bien, el margen no puede concebirse como una inmunidad jurisdiccional de los Estados para hacer lo que quieran con los derechos. No es una patente de corso para violar los derechos del Convenio y perpetrar arbitrariedades. Comporta una cierta discrecionalidad, pero eso no es lo mismo que abandonar los derechos a la arbitrariedad de los Estados³⁵.

Se han distinguido -con acierto- dos usos distintos del margen por el TEDH, que han intentado caracterizarse como dos conceptos: estructural y sustantivo³⁶. Primero, cuando el Tribunal menciona el margen como una etiqueta para no enjuiciar un asunto, y no añade una justificación del rechazo ni, menos aún, una teoría sustantiva sobre los derechos en juego. Segundo, cuando la Corte se contiene a la hora de resolver el asunto e invoca la falta de un consenso normativo europeo, lo que sí puede calificarse como una teoría sustantiva. Son dos conceptos débiles, pero ambos usos son frecuentes. Ciertamente, la deferencia ante la falta de un consenso europeo en cuestiones morales o religiosas es importante y, en la medida en que se funda en una exploración de Derecho comparado sobre la situación en los Estados, revela un uso fundado en un método. El primero es simplemente una herramienta pragmática.

³⁵ GOUTTES, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, en "Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme", año 1995, n° 24, p. 566-614, sobre esta afirmación p. 603.

³⁶ Vid. LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, "Oxford Journal of Legal Studies", año 2006, vol. 26, n° 4, p. 705-732. Se plantea si los derechos necesitan verse como "bloques" de ciertas opciones o preferencias morales, a "reason-blockig theory", o debe dejarse a los Estados, con acusado utilitarismo, que definan sus propias morales públicas. Mucho me temo -realmente lo deseo- que la creación de una jurisdicción convencional europea conlleva la adjudicación de derechos en espacios más amplios.

Desde la posición intermedia y realista que defiendo, creo que el manejo de esta imprecisa técnica jurisprudencial³⁷, requiere todavía de un mayor perfeccionamiento tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia europea, y esto es lo que voy a intentar, desagregando analíticamente algunos ingredientes.

IV. Criterios de aplicación

IV.a. El consenso normativo europeo y el método comparado. ¿Interpretación evolutiva o margen?

¿Qué criterios utiliza el TEDH para aplicar el margen³⁸? El criterio más sobresaliente es la inexistencia de una base normativa común. Puede llamarse el argumento del consenso europeo³⁹. Consiste en identificar en la sentencia un mínimo denominador común de la institución controvertida en su regulación por los Estados,

³⁷ Así BJORGE subraya que el margen es una técnica típicamente internacional y constata que los tribunales de los Estados europeos no suelen usar esta herramienta respecto de las autoridades nacionales sino otras técnicas jurídicas más sofisticadas de deferencia (*Domestic applications of the ECHR*, capítulo "Margin of appreciation").

³⁸ Parto de la identificación de criterios que hizo MAHORNEY, en un brevísimo pero enjundioso trabajo, ("Marvellous richness diversity or individual cultural relativism", ob.cit, p. 5). Con diversas variantes: SCHOKKENBROEKK: ob. cit., p. 34; GREER, ob. cit., p. 7; y también GALETTA, *Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", año 1999, nº 3-4, p. 748.

³⁹ Igualmente el Tribunal de Justicia cuando se plantea el nivel de protección de los derechos fundamentales, maneja este método, pero menos frecuentemente. Indaga las concepciones constitucionales comunes de los Estados y su protección legal. Lo ha hecho con la eventual nulidad de diversas normas comunitarias por vulnerar el derecho de propiedad según el Protocolo Adicional al CEDH. Cfr DÍAZ CREGO, *Los derechos fundamentales como límite al proceso de integración europea*.

y, de advertirse un consenso legislativo⁴⁰, cabe extender la solución al resto, obligándoles a adoptar la regulación de la mayoría⁴¹.

Este método obliga al Tribunal a hacer una compleja indagación de Derecho comparado. Analizar la regulación de casi una cincuentena de Estados con ordenamientos jurídicos muy diferentes es un problema. Pero, de un lado, el TEDH posee abundantes medios materiales y personales, Magistrados y Letrados, y, de otro, es una labor indefectible para decidir con solvencia. No es extraño tampoco que el Tribunal se apoye en la colaboración de los servicios jurídicos de los tribunales constitucionales. En todo caso, sin comprender las regulaciones nacionales de los derechos, no se debería interpretar un precepto del Convenio ni ponderar una concreta lesión. El juez europeo no puede construir gigantes sobre pies de barro.

En sentido contrario, constatada la falta de un consenso normativo, como suele ocurrir a menudo, la heterogeneidad de la situación refuerza la posibilidad de que el TEDH autorice un amplio margen de apreciación a cada Estado. Así ha ocurrido en materia electoral donde es corriente el empleo del Derecho comparado como método, y donde es muy acusada la sensibilidad de la soberanía nacional hacia unos sistemas electorales que ponderan muchos factores heterogéneos e imposibles de conciliar.

En este punto del razonamiento, numerosos interrogantes aparecen. ¿Cuándo debe manejarse este criterio? ¿Qué mayoría de Estados se reclama? ¿En qué casos podría imponer el TEDH una solución, por afectar al orden constitucional europeo, aunque no fuera la mayoritariamente compartida por los Estados?

⁴⁰ LAMBERT, "L'article 8 de la Convention Européenne des droits de l' homme à l'aune de la marge national d' appréciation et des consensus européen", en *Liber amicorum SPIELMANN*, ob. cit., p. 317-322, afirma que las fronteras de la vida privada y familiar son porosas, y que el consenso europeo es una noción complementaria del margen, pues la ausencia del primero permite acudir al segundo. Pero advierte que el consenso europeo puede hurtar la diversidad cultural e imponer las concepciones de una mayoría conservadora a una minoría progresista. Claro que igualmente puede ocurrir al revés.

⁴¹ La Corte ha usado este argumento del consenso normativo en muchos casos importantes para calibrar la discrecionalidad nacional que debe conceder: en el célebre Caso Tyrer contra el Reino Unido, de 25 de abril de 1978, sobre castigos corporales; en casos sobre proceso debido, discriminación, y propiedad; en otros muchos, como en el Caso Handyside, "sobre moral pública" no se pudo establecer un consenso normativo.

Arai–Takahashi ha sostenido con brillantez que “la interpretación evolutiva y el margen de apreciación nacional representan direcciones diametralmente opuestas de la política judicial, mientras el método comparado opera como un puente entre las dos”⁴². Si el consenso europeo no existe –afirma–, el TEDH puede inclinarse a respetar un margen más amplio. Pero, en sentido contrario, la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar una interpretación evolutiva y a empujar el margen. La explicación es muy sensata y se aproxima bastante al funcionamiento real del sistema.

Cabe pues pensar que una comparación de las regulaciones de los Estados y una interpretación evolutiva puedan igualmente llevar, en sentido contrario, a una ponderación y adjudicación sustantiva de valores europeos. Nada obliga a que el Tribunal rechace la proclamación de valores que integren un emergente orden público constitucional europeo; así se ha hecho v. gr. en la decidida exclusión de la pena de muerte y de la tortura. Esta labor integradora y armonizadora es la función principal del TEDH.

En definitiva, la lectura de la jurisprudencia corrobora la relevancia del argumento del consenso normativo por su fuerza persuasiva. Pero este método comparado puede servir para cosas muy distintas. Si bien suele usarse para reconocer un amplio margen de apreciación nacional ante la falta de un consenso europeo.

IV.b. La naturaleza del derecho: los terrenos naturales, cotos vedados, zona de incerteza.

Por otro lado, debe ponderarse la naturaleza del derecho. Desde esta perspectiva podemos encontrar: terrenos naturales para el margen, cotos vedados, y zonas de incerteza. No todos los derechos deben protegerse con un control igualmente intenso o estricto⁴³. Existen derechos absolutos o inderogables, no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia y que son ilimitables por las regulaciones nacionales. En el otro extremo, la diversidad de visiones sobre los

⁴² ARAI-TAKAHASHI, ob.cit., p. 203-204.

⁴³ Un análisis sucinto de la aplicación del margen en los distintos preceptos según diversos leading cases es GREER, “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the ECHR”, ob.cit., p. 35-44.

derechos de propiedad y otras libertades, más alejadas del libre desarrollo de la persona y de su dignidad, permite justificar una diversidad de regulaciones nacionales y enjuiciamientos con diferente intensidad.

Tulken y Donnay hablan de unos “terrenos naturales” para el margen⁴⁴:

- los estados de emergencia (artículo 15 CEDH);
- la vida privada y familiar (artículo 8);
- la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9);
- la libertad de expresión (artículo 10);
- las libertades de reunión y asociación (artículo 11);
- el derecho al goce pacífico de los bienes (artículo 1 Protocolo 1);
- el derecho a elecciones libres (artículo 3 Protocolo 1).

A la vez, estos autores marcan las fronteras de unas “regiones no visitadas” por la jurisprudencia como son los derechos absolutos de los artículos 2 y 3, respectivamente, a la vida y la prohibición de tortura y malos trato.

Junto a estas dos zonas separadas, señalan la presencia de “nuevas comarcas”. El TEDH ha usado a veces de manera implícita el margen en relación con el artículo 5, libertad y seguridad personales, y con los derechos a un proceso equitativo (artículo 6), y un recurso efectivo (artículo 13), y la prohibición de discriminación (artículo 14).

Me parece un argumento sobre la esencialidad del derecho. Deriva del grado de conexión -directa o indirecta, próxima o remota- del objeto de un derecho con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Pero el mismo argumento también preserva la viabilidad de la reparación. La lesión de algunos derechos daña la dignidad humana de forma irreparable. Entre tales derechos absolutos están el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), y la prohibición de esclavitud y de trabajo forzado (artículo 4 CEDH). Tres garantías donde no debe caber deferencia alguna ni margen de autonomía. Es el núcleo duro del orden público europeo.

Debemos razonar del mismo modo con la libertad y seguridad personales (artículo 5 CEDH), pues la libertad física es un derecho cuya errónea privación deviene irreparable. Se hace difícil admitir un margen, si bien podría admitirse la precisión en

⁴⁴ TULKEN – DONNAY, ob.cit., p. 6-13.

cada Estado de algunos de los conceptos jurídicos indeterminados que el precepto usa como son los recogidos en el apartado 1.e] “persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”.

Algunos autores han extendido la propuesta hasta al artículo 6, derecho a un proceso equitativo⁴⁵. Pero tengo serias dudas, pues muchas de las garantías allí recogidas tienen una intensa configuración legal. Así podrían admitirse algunas restricciones fundadas en el margen v.gr. en la asistencia de un intérprete en el juicio oral (apartado 3, letra e]). Mucho más difícil parece respecto del derecho a ser juzgado por un tribunal “establecido por la ley” (apartado 1º), o la presunción de inocencia (apartado 2º).

Puede haber incluso regulaciones que interfieran en derechos absolutos al abordar contenidos controvertidos e imbuidos de apreciaciones axiológicas cuya apreciación cultural puede ser diversa en los diferentes Estados. Pensemos en los supuestos de descriminalización del aborto por plazos, o en las diversas variantes de eutanasia, o en las nuevas y complejas cuestiones que la bioética suscita.

Conviene reservar que los derechos absolutos demandan un escrutinio particularmente estricto en el amparo europeo y el margen nacional de apreciación debe ser en ellos muy escaso.

También las libertades de expresión y de la comunicación (artículo 10 CEDH) y de asociación (artículo 11 CEDH), especialmente en su vertiente política, vienen normalmente protegidas intensamente por su conexión con la democracia que es el lecho en el que se asientan los derechos. Las excepciones y restricciones de estas libertades demandan un control estricto. Es menester la defensa de la tolerancia y del pluralismo que es propio de “sociedades con mentalidades abiertas” según suele decir el TEDH. No puede haber un amplio margen nacional para su limitación, aunque las manifestaciones de su ejercicio puedan resultar chocantes o molestas para la opinión pública mayoritaria. Ésta es otra argumentación habitual. La esencialidad del derecho deriva de su conexión con el principio democrático.

IV.c. La naturaleza de la obligación

⁴⁵ GREER, ob.cit., p. 6.

Igualmente debemos preguntarnos sobre la naturaleza de la obligación que se pida cumpla al Estado demandado: el tipo de actuación que se le reclama. No es lo mismo un mandato de abstención, no interferir en los derechos de libertad, un simple deber negativo; que las obligaciones positivas de actuación de los poderes públicos, habituales en los derechos de prestación, y que tampoco resultan extrañas en algunos derechos de libertad para garantizarlos activamente.

Debe diferenciarse si el TEDH simplemente pide a las autoridades nacionales abstenerse de actuar, o pagar una indemnización al recurrente (artículo 41 CEDH), que cuando impone una amplia gama de actuaciones positivas. Es sencillo normalmente exigir a los Estados la adopción de meras actividades de ejecución: investigar unas torturas o malos tratos policiales o el uso desproporcionado de la fuerza por los agentes, o lo ocurrido con unos desaparecidos. Mientras es más complejo cumplir con una obligación legislativa, y reparar el derecho violado mediante una nueva regulación, y, más aún, si la reparación demanda una reforma constitucional⁴⁶.

Que las instituciones del Convenio obliguen a un cambio normativo a los Estados puede ser una medida inevitable para proteger algunos derechos. Pero es razonable pensar que deba verse como excepcional, y se recurra a ella sólo cuando resulte inevitable, en virtud de serias deficiencias estructurales, no bastando con corregir las aplicaciones, administrativas o judiciales de las normas.

Por otro lado, el Convenio suele comprenderse como un modelo que establece unas “obligaciones de resultado” que dejan normalmente una amplia libertad de

⁴⁶ Es célebre el Caso Wille contra Lienchenstein, de 28 de octubre de 1999, que llevó a la reforma de una Constitución de soberanía compartida del siglo XIX, tras violarse la libertad de expresión del actor, un profesor y antiguo miembro del ejecutivo, por una carta intimidatoria que le envió el Monarca en la que censuraba su interpretación de la Constitución y le amenazaba con que no le nombraría jamás para un cargo público. El TEDH consideró lesionada la libertad de expresión, el derecho de sufragio pasivo y el derecho al recurso, ya que quedó acreditado que, desde 1925, ningún órgano judicial había admitido un recurso contra el Príncipe. El Tribunal no llega a plantearse su propia competencia revisora de una norma constitucional, que dio por supuesta, con absoluta naturalidad, como si estuviera enjuiciando una ley. Pero la situación está cambiando y algunos Estados como Rusia se resisten a admitir la revisión de sus normas constitucionales invocando la soberanía.

elección en los medios, una técnica típica de los tratados internacionales y que está ligada a la lógica de la subsidiariedad y del margen⁴⁷.

Podríamos llamar a este argumento “grado de exigibilidad de las conductas estatales”. Supone ponderar en la sentencia una escala de obligaciones posibles: pago de indemnizaciones compensatorias como satisfacción equitativa, funciones ejecutivas tanto actividades administrativas como decisiones judiciales, funciones normativas tanto reglamentarias como legislativas, y reformas constitucionales.

IV.d. La legitimidad del fin y el principio de proporcionalidad

La técnica del margen debe reconducirse al juicio de proporcionalidad como un ingrediente más. Siguiendo el habitual principio de proporcionalidad, es menester revisar la naturaleza del fin perseguido por la medida que interfiere en el derecho, pese a que fuera adoptada por el legislador democrático con la presunción de validez que éste le concede. La interferencia nacional en el derecho del CEDH puede justificarse en fines que pueden percibirse de diferente manera en las distintas sociedades nacionales. Puede invocarse la legitimidad del procedimiento parlamentario en el que se adoptó la decisión, o la inclusión de la propuesta en un programa electoral que fue aprobado por el pueblo mediante la elección, o su aprobación directa en referendo por el cuerpo electoral.

Sin embargo, no todos los fines asumidos por un legislador democrático, o incluso aprobados por el pueblo en programas electorales, pueden encontrar cabida dentro del sistema de Convenio. El Convenio es un instrumento constitucional de un orden público europeo y limita las opciones nacionales. No es razón bastante para sortear el control europeo, la simple invocación de la legitimidad democrática de una decisión, adoptada por un gobierno o un legislador que ponderan los intereses en juego, si optan indebidamente por sacrificar un derecho fundamental de un individuo. Los Estados más euroescépticos deberían advertir con claridad estas serias limitaciones que la lenta integración a través del Convenio Europeo les impone.

No obstante, el control de legitimidad de los fines dentro del juicio de proporcionalidad no debe ser intenso, un escrutinio estricto, por deferencia hacia una decisión adoptada democráticamente en un Estado constitucional, salvo supuestos de

⁴⁷ SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 32.

manifiesta falta de razonabilidad. Podríamos llamar a este argumento la “selección de fines compatibles con el Convenio”. La actividad de dirección política mediante leyes es inherente a cada comunidad política y contribuye a conformarla, pero debe respetar los valores que el Convenio protege.

IV.e. La sensibilidad nacional.

Por otra parte, debe ponderarse la identidad constitucional o sensibilidad nacional hacia el problema. Es preciso calibrar la naturaleza de la actividad o de la regulación en la que el derecho fundamental se inserta, para admitir un mayor o menor margen de apreciación según la sensibilidad de cada comunidad nacional hacia la misma. Una sociedad puede ser más vulnerable en sus respuestas hacia la supresión de algunas ordenaciones⁴⁸. Es razonable que el juzgador europeo pueda tener en cuenta la importancia de la materia en que se ubica la medida enjuiciada para el proceso democrático de cada país, o para la conformación de cada comunidad, o para la lenta construcción histórica de una forma política, o su grado de conformidad con sus tradiciones políticas, culturales o religiosas y diversidades jurídicas⁴⁹.

Ahora bien, la sensibilidad de una cuestión para una sociedad nacional puede llevar, en ocasiones, a relativizar o excepcionar parcialmente algunos contenidos de las garantías europeas, pero no permite desactivar los límites ni suprimir el contenido esencial de los derechos del Convenio. Estamos ante un criterio de ponderación que no puede autorizar excesos. Por otro lado, los cambios de los paradigmas científicos

⁴⁸ MAHONEY, ob. cit., p. 5.

⁴⁹ *Serif Yigit contra Turquía*, de 20 de marzo de 2008, suscita la violación del derecho a la vida privada y familiar ante el rechazo de las autoridades nacionales a conceder a una mujer el derecho a una pensión de viudedad y otra de orfandad para sus hijos, derivadas del fallecimiento del padre con el que únicamente había contraído matrimonio religioso. La ley sólo reconocía validez al matrimonio civil. El TEDH hizo un análisis de Derecho comparado para exponer que hay un cierto número de países que reconocen, junto a las formas tradicionales de matrimonio, las uniones de hecho. Pero concluyó que “de acuerdo con el margen de apreciación de los Estados miembros, la Corte no puede imponerles la obligación de legislar en este dominio” (§ 85). Tres de los jueces criticaron la decisión y pensaban se producía una discriminación indirecta de las mujeres frente a los hombres. En el más conocido *Caso Leyla Sahin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, la Corte Europea confirmó la decisión del Tribunal Constitucional turco que sostuvo la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades. El TEDH fundó su decisión, escasamente razonada, en la doctrina del margen.

o culturales afectan a lo que quepa considerar como razonable y legítimo en cada momento en una comunidad⁵⁰.

Podríamos referirnos a este argumento como la “sensibilidad nacional de la regulación”. Es parte de una interpretación realista y sociológica que debe ponderar el contexto y la realidad social de las normas del Convenio en la que han de ser aplicadas.

IV.f. Una acusada dependencia del contexto o del caso

Pero, como regla general, la aplicación del margen mantiene una acusada dependencia del contexto, de las circunstancias concretas que circundan un supuesto de hecho. Me parece la razón más decisiva de todas las que llevo expuestas. Es un argumento que obliga a efectuar razonamientos ceñidos al caso, pues algo que vale para un caso excepcional podría no valer para otros. Esta pauta, junto a la anterior, forman dos criterios realistas y sociológicos, frecuentes en la aplicación del margen. Imponen un descenso a la realidad social de cada Estado y a las circunstancias particulares del caso, para comprenderse ciertas medidas nacionales. Mahorney afirmó que cabe suponer que el TEDH autorice una mayor amplitud a una decisión nacional en situaciones de emergencia, o antes graves amenazas internas, o cuando fue tomada “on the horns of a dilemma”⁵¹.

Se trata de ponderar las diferentes realidades nacionales en las que las normas convencionales vayan a ser aplicadas y el contexto social donde la medida fue dictada. Las concretas circunstancias históricas de cada país entran en el juicio de amparo europeo según se ha hecho en varias ocasiones⁵². También una amenaza para la supervivencia de una comunidad nacional ante un serio enemigo del sistema

⁵⁰ MACKAY OF CLASHFERN: “The margin of appreciation and the need for balance”, en MAHONEY *et. al.* (eds.), *ob. cit.*, p. 839-840, reconoce que la evolución del pensamiento afecta a lo que quepa considerar como razonable en cada momento; cualquiera que sean las opiniones personales, lo que era inapropiado cuarenta años atrás, puede dejar de serlo.

⁵¹ MAHONEY, *ob. cit.*, p. 5. Al parecer buena parte de la tutela de los derechos es, en el Reino Unido, Tort Law, lo que ayuda a comprender el planteamiento de este autor.

⁵² Ya se ha mencionado la posición de CALLEWAERT, *ob. cit.*, p. 158, cuando se apoyaba en la opinión del Juez MACDONALD, para sostener que el margen no es susceptible de una definición en abstracto, por su misma naturaleza, que posee una “muy acusada dependencia del contexto”.

del Convenio. Seleccionemos unos ejemplos que ilustren la lógica con la que se usa este argumento realista y el anterior.

La importancia del principio de laicidad en Turquía para el republicanismo y la construcción de su unidad nacional después de la I Guerra Mundial en un país procedente del desmembramiento de un imperio islámico, podía estar amenazado por ciertos entendimientos fundamentalistas del Islam. En el Caso del Refah Partisi, el TEDH estimó que la disolución de esta asociación política fundamentalista no violaba el Convenio, dada la entidad del problema, a diferencia de en otros casos anteriores sobre disolución de partidos políticos cuyas ideologías y actuaciones no se estimó que fueran una amenaza real para el orden público democrático protegido por el sistema del Convenio (Caso del Partido de la Prosperidad y otros, contra Turquía, sentencias de 31 de julio de 2001 y 12 de febrero de 2003)⁵³.

La inconveniencia de hacer propaganda religiosa mediante la radiodifusión, en ejercicio de las libertades de expresión e información, en sociedades tan sensibles al tema como ocurre con Irlanda del Norte, ante el riesgo de reproducir hostilidades entre católicos y protestantes, según ilustra el Caso Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003. La prohibición de propaganda religiosa a través de la radiodifusión quizá no se hubiera admitido en otro país por venir cubierta por la vertiente colectiva de la libertad religiosa.

Las dificultades políticas que obstaculizaban la regularidad del procedimiento electoral con el que celebrar unas primeras elecciones democráticas en uno de los antiguos países comunistas del este de Europa, Georgia, que huía del totalitarismo y comenzaba una transición a la democracia (Caso del Partido Laborista de Georgia, de 8 de julio de 2008).

La “amenaza para la democracia” en “una región políticamente sensible” como es el País Vasco, fue un argumento usado por el TEDH después de constatar que las jurisdicciones nacionales habían llegado a conclusiones razonables sobre el ligamen entre los partidos disueltos y la asociación terrorista ETA, y su apoyo a la violencia y al discurso del odio entre comunidades que no pueden encontrar acogida alguna en

⁵³ Cfr. GARCÍA ROCA, *La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 2002, nº 65, p. 295-334.

el Convenio Europeo. Se concluyó que la disolución era una “medida social imperiosa” (Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España, de 30 de junio de 2009).

Unos mismos derechos y análogos supuestos de hecho pueden constituir o no violaciones del Convenio en función de las muy diferentes realidades sociales; véanse los Casos Py contra Francia y Melnychenko contra Ucrania sobre la exigencia del deber de residencia a los candidatos electorales⁵⁴.

El TEDH suele sintetizar esta lógica mediante dos frases, primero, cuando dice que es preciso proteger “derechos reales y efectivos y no ilusorios”. Segundo, cuando advierte que el Convenio es “un instrumento vivo” que debe tener en cuenta las circunstancias de cada momento (“nowadays present conditions”), incorporando circunstancias cambiantes y sometidas a permanentes transformaciones⁵⁵.

Este argumento y el anterior entrañan “interpretación realista o sociológica”, que reclama una especial comprensión de los hechos y una interpretación de las normas material y antiformalista.

IV.g. Los límites expresos o implícitos del Convenio. Medidas necesarias en una sociedad democrática

La intensidad de las restricciones a los derechos no parecen ser iguales en todos los derechos del Convenio⁵⁶, por consiguiente, tampoco debería serlo la revisión que

⁵⁴ En Py contra Francia, de 15 de diciembre de 2000, se revisa el derecho de sufragio activo al Parlamento de Nueva Caledonia, territorio francés en el que, a esos efectos, se reclama el deber de residencia. El TEDH reconoce que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional en materia electoral sin discutir este extremo de la regulación. La solución contraria, sin respetar el margen, se adopta en Melnychenko contra Ucrania, de 19 de octubre de 2004. La Corte analiza la legislación que no se contentaba con la residencia legal y exigía una residencia habitual y continuada en Ucrania, para poder inscribirse en un censo. La Corte Europa descende a la realidad social ucraniana del momento: el miedo a la persecución política bajo la dictadura, los graves riesgos para la integridad física de los candidatos, etc. Unas circunstancias que obligaban a los opositores a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos.

⁵⁵ WICKS, *The evolution of a Constitution*, Capítulo 6, con un título muy revelador “1953. The European Convention on Human Rights: an external influence within the Constitution”, pp. 111-136. Advierte que si el CEDH ha adquirido la importancia que actualmente posee, es porque se ha convertido en algo diferente al documento original (p. 136).

⁵⁶ MAHONEY, ob. cit., p. 5.

se efectúe. Podemos distinguir tres círculos y grupos de derechos: absolutos, prácticamente desprovistos de limitaciones; derechos dotados en el Convenio de limitaciones expresas; y un amplio abanico de derechos sometidos a unas más amplias limitaciones implícitas⁵⁷.

Las normas de los artículos 8 a 11 CEDH, apartado 2º, del artículo 1 del Protocolo 1, sobre los derechos de propiedad, y del artículo 2, apartados 3º y 4º del Protocolo 4, concernientes a la libertad de circulación, tienen una idéntica estructura formal y permiten interferencias en estos derechos que vienen justificadas en intereses colectivos, que justifican esas limitaciones. La presencia de cláusulas expresas de interferencia tiene un doble efecto: de un lado, consentir la limitación y habilitar la reglamentación estatal; y, de otro, autorizar a la Corte a reconstruir los contornos del derecho mediante una ponderación entre libertades y límites⁵⁸.

El Convenio demanda a veces un escrutinio estricto cuando recoge expresamente las restricciones posibles a los derechos. Obsérvese el detalle con que se enuncian en el artículo 5.1 CEDH las situaciones en las que un detenido puede ser privado de su libertad, como consecuencia de la importancia para la dignidad de la persona de la libertad y seguridad personales. Un bien preciado cuya restitución es imposible. El control de las interferencias debe ser estricto y el margen resulta aminorado. Un razonamiento semejante, debe hacerse con el mandato de que toda persona detenida sea conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales (artículo 5.3 CEDH). La garantía que entraña la libertad y seguridad personales debe comprenderse como una parte del núcleo duro del orden público europeo y aproximarse a la tutela que merecen los tres derechos absolutos antes mencionados (artículos 2, 3 y 4).

Recuérdese igualmente el tenor severo con el que se declara prohibida la pena de muerte (artículo 1 del Protocolo 6): “queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”; y el detalle con el que se enuncia la excepción en tiempo de guerra (artículo 2): reserva de ley, comunicación al Secretario General

⁵⁷ ELLIS, ob.cit, p. 24.

⁵⁸ CANNIZZARO, ob.cit., epígrafe “Proporzionalità e clausole di interferenza”, pp. 53-74. Donde se analizan algunas sentencias del TEDH desde esta perspectiva del juego de las cláusulas de limitación expresa.

del Consejo de Europa; y que no se admiten derogaciones o suspensiones (artículo 3).

Es típico del Convenio Europeo un precepto contenido en los apartados 2º de los artículos 7 a 11, donde se recogen límites expresos, respectivamente, del derecho a la vida privada y familiar, las libertades de pensamiento, conciencia y religión, las libertades de la comunicación, y las libertades de reunión y asociación. El ejercicio de estas libertades no puede ser objeto de más restricciones que las que estén previstas en las leyes, y constituyan “medidas necesarias en una sociedad democrática”. Se enuncian expresamente algunos fines legítimos que pueden justificar una necesidad social imperiosa: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral, la protección de los derechos de los demás y de la reputación ajena, la protección de informaciones confidenciales, la garantía de la autoridad e imparcialidad judiciales. El enunciado parece más ejemplificativo que taxativo y cerrado.

De la misma manera, el artículo 1 del Protocolo 1, sobre la protección de los derechos de propiedad, expresamente contempla la posibilidad de restricciones en las condiciones previstas por las leyes y los principios generales del Derecho Internacional, y por causa de utilidad pública (la llamada regla tercera). Un esquema normativo con el que parece admitirse que la restricción, la función social y la configuración legal, es inherente a los derechos de propiedad. La revisión europea no debería ser intensa y el margen de discreción nacional debería poseer cierta amplitud. No obstante, no siempre es así en la jurisprudencia. A veces, el TEDH dice reconocer un amplio margen a los Estados en este ámbito que no se corresponde con la realidad del juicio que practica. El reconocimiento inicial de la deferencia, en ocasiones, da paso a un control riguroso ante la naturaleza de la lesión.

Igualmente el derecho a elecciones libres y los derechos de sufragio activo y pasivo (artículo 3 del Protocolo 1), suele decirse que no es un derecho absoluto, y que esta disposición concede espacio para limitaciones implícitas, dejando a los Estados miembros un amplio margen de apreciación. Los Estados miembros son libres de incluir un fin no contenido en la lista antes mencionada para justificar una restricción

siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y los objetivos generales del Convenio “en las particulares circunstancias del caso”⁵⁹.

Estamos ante una interpretación literal que presta especial atención al texto de las disposiciones del Convenio.

IV.h. La falta de un justo equilibrio entre los intereses generales y los individuales

El TEDH igualmente se preocupa en sus juicios de asegurarse de la existencia de un justo equilibrio entre los intereses generales y los individuales. Con frecuencia la medida nacional, pese a atender a un legítimo interés público, inflige un sacrificio excesivo a los intereses privados. Es una razón que aboca a la supervisión europea. Un criterio de uso habitual que acaba por integrarse -como todo el margen- en el juicio seguido conforme al principio de proporcionalidad. Si el justo equilibrio de intereses no se ha producido, el Tribunal puede estimar contraria al sistema del Convenio la medida.

Me parece que este criterio se inserta con naturalidad en el subprincipio de proporcionalidad de la medida en sentido estricto, ya que refleja unos imperativos de equidad o justicia del caso, impidiendo innecesarios o desproporcionados excesos. Pero otras veces puede también acantonarse en el previo momento que emana del subprincipio de necesidad de la medida, pues revela que existe otra medida equivalente y menos dañina para los intereses de los afectados. Pero esta distinción conceptual no es un problema, porque el TEDH suele unificar ambos juicios en el test de la necesidad de la medida en una sociedad democrática.

En el Caso *Kliafas y otros contra Grecia*, de 8 de julio de 2004, se insistió en que el Tribunal debía respetar la manera en que el legislador concibe los imperativos de utilidad pública a efectos de expropiaciones, reconociendo un amplio margen de apreciación, salvo si el juicio se revelara manifiestamente desprovisto de bases razonables. Pero se estimó violado el derecho, puesto que no existía un equilibrio entre el interés general y el individual de los recurrentes. Unos funcionarios y expertos contables que, tras liberalizarse esta profesión y reorganizarse el cuerpo, continuaron

⁵⁹ *Yumak y Sadak contra Turquía*, de 8 de julio de 2008, § 241.

efectuando su labor, y más tarde se les obligó a rembolsar al Estado los ingresos que habían percibido. Una medida que el TEDH enjuició desproporcionada.

Semejante es el Caso Z.A.N.T.E.-Marathonisi contra Grecia, de 6 de diciembre de 2007. Un islote protegido por su interés ecológico y en él que anidaban unas raras tortugas para reproducirse, que era de propiedad privada, y fue comprado por su interés turístico y para construir un complejo hotelero. Sucesivamente, el Estado fue dictando mayores medidas restrictivas de la propiedad, en su facultad de *ius aedificandi*, fundadas en los fines medioambientales, pero sin llegar nunca a expropiar el terreno como habría sido justo. Ante esta situación de expropiación indirecta, el TEDH, si bien reconoce un gran margen a los Estados, estima que se ha roto el justo equilibrio entre el interés público en regular el uso de estos bienes de relevancia medioambiental y el interés privado.

IV.i. ¿Qué argumento debe elegirse?

Llegados a este punto: ¿qué argumento debe elegirse para aplicar o no el margen? El TEDH usa habitualmente uno u otro de estos argumentos que he venido reseñando, bien de forma expresa o inmanente a su razonamientos. Pero no los ha sistematizado ni jerarquizado, estableciendo unas preferencias en su uso. Sin embargo, el TEDH realiza una muy formalizada aplicación del principio de proporcionalidad y estos criterios pueden integrarse en ese juicio. No falta quien cree que jerarquizar los criterios hermenéuticos podría verse como un paso hacia un autoritario monoteísmo interpretativo. Pero creo que la cuestión debe contemplarse desde la conveniencia de efectuar unos razonamientos judiciales más previsibles que garanticen una deseables dosis de certeza de las decisiones europeas.

Ocurre algo semejante a lo que acontece con el debate clásico sobre las distintas interpretaciones jurídicas desde Savigny. O con la controversia más moderna sobre los criterios de la interpretación constitucional. En ambas discusiones, es lícito preguntarse qué criterio es de esperar elija el interprete de la disposición. En Derecho Constitucional, se da normalmente, en Europa, una respuesta en función de la estructura de la norma que deba interpretarse. Pero no son tampoco extraños en

Estados Unidos los análisis desde el perfil psicológico del Juez⁶⁰, lo que dista de ser un método jurídico de afrontar el problema y nos lleva a un callejón sin salida. No es igual una norma atributiva de competencia a un ente territorial, algo que demanda una interpretación constitucional estricta dentro de una distribución vertical de poderes, que una norma que garantice una libertad y demande una interpretación ampliadora o favorable. Pero la estructura de las normas convencionales que reconocen derechos es semejante, aunque no sea siempre la misma, pues existen principios junto a reglas más precisas. Entonces cómo se pueden ponderar más de media docena de criterios tan dispares para determinar la existencia un margen de discrecionalidad nacional. Todo parece quedar en manos del arte o pericia del TEDH, señor e intérprete supremo del Convenio. Poco hemos avanzado al desglosar estos criterios, pese a habernos movido en el buen sentido de la marcha.

Estamos ante una acumulación de criterios que facilitan la aplicación del margen y deben reconducirse al juicio de proporcionalidad. Pero no puede fundarse algo que se pretende sea una doctrina jurídica en tantos criterios que pueden producir resultados contradictorios⁶¹. La técnica del margen sigue albergando, muchas décadas después de ser acuñada, una acusada dependencia del contexto y se resiste a la formulación de reglas generales y abstractas.

La Declaración de Copenhague de 2018 afirmó que “los Estados parte disfrutan de un margen de apreciación en la aplicación e implementación del Convenio, dependiendo de las circunstancias del caso y de los derechos y libertades implicados” (§ 28.b, el subrayado es mío). Es una buena síntesis.

Puede que sea una dependencia excesiva del caso. Por eso, el control en el amparo europeo alberga dosis de incerteza sobre su extensión e intensidad. Acaso no pueda ser de otra manera. Dije hace una década que convendría intentar que la doctrina científica coadyuvara a la jurisprudencia con mayores contribuciones

⁶⁰ Vid. SUNSTEIN, *Constitutional personae*, a la hora de esperar o seleccionar una interpretación constitucional, distingue entre jueces “héroes, soldados, minimalistas o mudos”. La idea es muy brillante, pero la función del Derecho y de cualquier teoría de la interpretación debe ser identificar la estructura de las normas y no revisar el perfil psicológico de los jueces.

⁶¹ También GREER, ob. cit., p. 32, concluye que el margen no es una verdadera doctrina. YOUROV, ob.cit., p. 195, afirma que el margen es una herramienta “multiusos”.

analíticas en estos terrenos, que antes o después permitieran adoptar algunas mínimas convenciones que el Tribunal Europeo, por su misma razonabilidad, pudiera asumir⁶². Pero la contribución de la doctrina científica -me temo- tampoco ha sido decisiva.

IV.j. ¿Es una solución la tesis del procedimiento razonable de decisión?

¿Es una solución frente a esta confusión en los criterios para la aplicación del margen la nueva tesis del procedimiento razonable de decisión⁶³? Desde 2005, el TEDH podría haber dado un giro procedimental a la búsqueda de una solución a este impasse, adoptando algunas decisiones en apariencia más respetuosas del margen de apreciación nacional. Impulsa este giro la presión de los Estados a favor de acrecentar su margen de decisión. Se ha construido en varios casos un test de revisión judicial que fusiona el proceso de aprobación de la norma, el grado de participación y deliberación en la toma de la decisión, con su sustancia.

En varios trabajos académicos, la tesis ha producido una fascinación, que no comparto. Pese a que sea verdad que esta técnica permite resolver cómodamente algunos asuntos, pero temo que no sea adecuada en otros más complejos. Estimo que dista de ser una entera alternativa a toda la ambigua construcción del margen que he venido exponiendo. No basta con la revisión del procedimiento y no creo sea un criterio de aplicación que permita excluir a todos los demás.

Esta técnica, de origen anglosajón, aparece en un contexto político de vindicación de la subsidiariedad y del margen por los Estados miembros, que ha promovido sobre todo el Reino Unido, pero también otros países. A partir de la “saga Hirst” desde 2005, la Cumbre de Brighton de 2012, y el Protocolo 15 de 2013 que pretende incluir el margen en el preámbulo en el Convenio y aún no ha entrado en vigor, reconociendo que la primera responsabilidad en la garantía de los derechos

⁶² En el mismo sentido, MOHENEY, “Judicial activism...”, ob.cit., p. 83, “the time has probably come to articulate clearer criteria as to the scope of the margin of appreciation, by drawing together the numerous strands which already exist in the Court’s case law”, “the Court has preferred to proceed by incremental steps on a case-by-case basis, without enunciating wide-sweeping principles”, “there has now accumulated a sufficient body of individual precedents from which general principles could be deduced”.

⁶³ Entre otros, GERARDS - BREMS, *Procedural review in European fundamental rights cases*, con distintos estudios.

corresponde a los Estados. También la Declaración de Copenhague de 13 de abril de 2018, que ha reclamado la ratificación del Protocolo 15, ha insistido en la subsidiariedad, así como advertido de la responsabilidad de los Estados en una efectiva implementación del Convenio como primeros garantes.

El test de la procedural reasonable review en el control europeo consiste en analizar la calidad del procedimiento democrático por el cual la decisión ha sido tomada a nivel nacional: the decision making process⁶⁴. Se trata de asegurarse de la existencia de unas suficientes garantías procedimentales en la toma de las decisiones internas tanto en el procedimiento parlamentario de aprobación de la ley como en los procesos judiciales subsiguientes. Debe demostrarse que se han ponderado suficientemente los intereses generales y privados en juego a lo largo del proceso de decisión. Cuantas más razones justificativas se aporten, derivadas de ese procedimiento razonable, más reforzado resulta el margen de apreciación nacional, y más limitado debe ser el posterior escrutinio europeo.

El test del procedimiento democrático de decisión tiene una doble dimensión formal y sustancial⁶⁵. Se analiza el proceso de toma de la decisión, ponderando la existencia de un debate parlamentario suficiente, y otras técnicas de deliberación y participación ligadas a la calidad y a la forma de la ley, como pueden ser la audiencia de expertos, o la participación en fase prelegislativa de diversos comités o consejos mediante informes técnicos o de impacto medio ambiental, presupuestario o de género, o la audiencia a entidades de la sociedad civil. Una consideración conjunta de

⁶⁴ BREMS sostiene que un buen proceso puede ser valorado por su propio valor o por “razones instrumentales” ligadas a la lógica de la subsidiariedad en su vertiente positiva y negativa (p. 18) y que el Protocolo 15 refuerza. Se refiere asimismo a una “process efficacy rationale” (p. 19) que lleva a la Corte a “proceduralise substantive rights”. Pero acaba por reconocer en sus conclusiones que sustituir un escrutinio sustantivo por otro meramente procedimental es difícil de aceptar (Vid. “The logics of procedural type review by the ECtHR” en GERARDS - BREMS, ob. cit. ,pp. 17-39).

⁶⁵ Janeke GERARDS distingue entre imponer obligaciones positivas de procedimiento, como ocurre con los artículos 2 y 3 CEDH, y confiar en la calidad del procedimiento nacional de decisión ya sea legislativo, judicial o administrativo (p. 129), pero concluye que en apenas decisiones del TEDH los argumentos de procedimiento son decisivos en vez de complementarios de los sustantivos. La Corte sigue un “pick and choose” o un “bric-a-brac approach” (p. 159): una selección de pequeños argumentos que se acumulan en miscelánea (“Procedural review by the ECtHR”, en GERARDS - BREMS, ob. cit. , p. 127-160)

estos ingredientes permite concluir que las opciones políticas del legislador no han sido precipitadas (recordemos que toda mayoría tiene interés poderosos o pasiones momentáneas según nos advertía Hamilton) y han respetado el pluralismo democrático, ponderado los intereses en conflicto⁶⁶. Se refuerza entonces la presunción de constitucionalidad y convencionalidad de la ley en virtud de la calidad de la ley y del procedimiento seguido. Pero existe una segunda vertiente sustantiva del test que obliga a asegurarse de que el resultado final no sea arbitrario. Esta dualidad, formal y sustantiva, hace que algunos autores hablen de semiprocedural judicial review.

Adelantaré que no me parece estemos ante el descubrimiento del Mediterráneo como algunos estudiosos del sistema del Convenio parecen creer. La tesis no es ni nueva ni exclusiva de la jurisdicción del TEDH sino que tiene una vieja génesis anglosajona hace nada menos que cuatro décadas y ha sido usada por otros tribunales como la Corte Suprema del EEUU, el Tribunal Constitucional Alemán o el Tribunal de Justicia de la Unión, o los tribunales de Sudáfrica e Israel⁶⁷.

Los expertos en justicia constitucional conocen bien la obra de John Hart Ely “Democracy and distrust. A theory of judicial review”, editada en 1980, y el debate que produjo hace unos años⁶⁸. Ely creía falsa la dicotomía según la cual la justicia

⁶⁶ Se sostiene: “... deciding whether a fair balance has been struck between competing interests” (la STEDH Shindler § 117).

⁶⁷ Cfr. BAR-SIMAN-TOV, *Semiprocedural judicial review*, “Legisprudence”, año 2012, n° 271, p. 270-3000 . Angelica NUSBERGER recuerda la opinión disidente del Juez FRANKFURTER en *Shaughness v. Mezei* de 1953, quien sustentaba que prefería ser juzgado bajo la ley soviética con un buen procedimiento, que por el Derecho sustantivo americano aplicado con las prácticas soviéticas. NUSBERGER sostiene que no necesariamente el control del procedimiento es menos intenso que el control sustantivo (p. 162) y permite aceptar las opciones de una sociedad democrática; si bien igualmente reconoce los peligros de un mero control procedimental v.gr. para proteger los derechos de las minorías; las violaciones de procedimiento deben ser auxiliares de las sustantivas (“Procedural review by the EctHR” en GERARDS - BREMS, ob. cit., p 161-176).

⁶⁸ Cfr. ELY, *Democracy and distrust*. Una aproximación muy crítica, filosófica antes que de teoría de la constitución o de Derecho Constitucional general, que tuvo que ver con la experiencia de la Corte Warren. Pronto, unos de sus reseñadores, Michael BOUDIN ya sostuvo. “I do not expect substantive due process to wither away, as Professor Ely hopes...”, p. 1258 (*Book review*, “Virginia Law Review”, año 1981, n° 67, p. 1251-1259). Acertó.

constitucional bien debía limitarse a preservar el pensamiento y la literalidad de las palabras de los que escribieron una constitución, -la tesis originalista estadounidense con escasísimo eco en Europa-, bien debía revisar los valores asumidos por el legislador. En ese dilema, adoptaba una tercera posición, distanciada de la posibilidad de conceder una segunda opción a los jueces para revisar las decisiones sustantivas del legislador, y centrada en la participación democrática y la representación de las minorías en el proceso de tomas de decisiones. El procedimiento -afirmaba- puede tener un mayor valor que la sustancia.

No obstante, transcurrido ya mucho tiempo, conviene recordar que el impacto de la tesis de Ely en la teoría de la justicia constitucional europea no ha sido decisivo. En sentido contrario, los jueces constitucionales inevitablemente infieren juicios morales y aportan racionalidad en sus ponderaciones junto a la simple potestas e imperium de las leyes. Toda jurisdicción constitucional tiene una pretensión iluminista y se mueve entre racionalidad y política, sin abandonar la argumentación jurídica, según nos enseñó Gustavo Zagrebelsky⁶⁹. Tiene por oficio conciliar la decisión de la mayoría y los derechos de las minorías. Una tensión con el legislador cuya solución puede crear tensiones, pero que pueden amortiguarse.

La doctrina no es pues nueva realmente. Tampoco es muy convincente. Alejandro Saiz Arnaiz, juez sustituto del TEDH, ha singularizado algunos de los casos en los que se maneja este criterio⁷⁰. Una lectura de esta jurisprudencia, buscando los argumentos, revela a mi entender el uso de las siguientes pautas.

⁶⁹ Vid. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 371: “Le funzioni della corte costituzionale hanno a base una matrice indubitabilmente di tipo illuministico”, “una funzione di giustizia costituzionale quale strumento di una benefica dialettica... fra razionalità e politica...”. También otro juez constitucional ZANON, *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, en “Annuaire International de Justice Constitutionnelle”, año 1989, Vol. V, p. 177-189, p. 189: “Les juges constitutionnelles, comme le disait Rudolf Smend... doivent chercher leur légitimité dans leur œuvre même, dans le consensus que leurs décisions sont capable de susciter, dans les enseignements que les motivations et les raisonnements suivis dans un arrêt sage et apprécié peuvent nous donner”. Desde esta misma perspectiva, GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, “La Reforma del Tribunal Constitucional”, PÉREZ TREMPES (coord.), *Actas del V Congreso ACE*, p. 17-120.

⁷⁰ Cfr. SAIZ ARNAIZ, *TEDH y procesos políticos nacionales*, “Teoría y Realidad Constitucional”, año 2018, nº 42, p. Sin ánimo de exhaustividad y por orden cronológico menciona: Hirst (nº 2) contra el Reino

Debe primero indagarse si el Parlamento ha sopesado los intereses contrapuestos, y ha sostenido un verdadero debate sobre la restricción v.gr. si ha revisado la vieja justificación de la restricción del derecho al voto de los presos a la luz de la política criminal moderna, o simplemente la ha confirmado de forma implícita (Caso Hirst nº 2, § 79). Pero las medidas de exclusión del sufragio deben ser razonables más que simplemente venir justificadas en un amplio margen de decisión (Voto concurrente del Juez Caflish en el Caso Hirst nº 2, § 2 y 3). La falta de bases racionales es suficiente razón para encontrar una violación del Convenio. Llevar la discusión a la proporcionalidad ha llevado al Tribunal a evaluar el debate parlamentario lo que produce un enfrentamiento entre dos legitimidades, “un terreno difícil y resbaladizo” (Voto concurrente de los Jueces Tulkens y Zagrebelsky en el Caso Hirst nº 2). Una interpretación dinámica y evolutiva debe estar basada en las condiciones cambiantes de las sociedades de los Estados miembros, “incluyendo un emergente consenso en cuanto a los estándares europeos que deben ser alcanzados”, algo que no existía en este caso (Voto disidente del Juez Wildhaber y otros en el Caso Hirst nº 2).

La Corte acepta que el Parlamento podía haber regulado la situación de manera diferente, sin embargo, la perspectiva del artículo 8 CEDH no es resolver que diferentes regulaciones podían haber sido adoptadas, sino asegurarse de si, al ponderar los intereses contrapuestos, el Parlamento se excedió del margen que ese artículo permite (Caso Evans, § 91). Cabe pues una diferente regulación de los intereses contrapuestos v.gr. entre dos individuos titulares del derecho a la vida privada, el padre biológico y donante de esperma para la fecundación in vitro que quiere revocar su consentimiento, y la otra persona que se embarca en ese tratamiento. Si la cuestión no suscita un consenso europeo, debe reconocerse un amplio margen nacional dada la complejidad de las cuestiones morales en juego.

Unido, de 6 de octubre de 2005. Maurice contra Francia, también de 6 de octubre de 2005. Evans contra el Reino Unido, de 10 de abril de 2007. Alajos Kiss contra Hungría, de 20 de mayo de 2010. Lindheim y otros contra Noruega, de 12 de junio de 2012. Animal Defenders International contra el Reino Unido, de 22 de abril de 2013. National Union of Rail, Maritime and Transporters Workers, contra el Reino Unido de 8 de abril de 2014. Es significativo el elevado número de estos casos donde es demandado el Reino Unido.

Respecto del derecho al sufragio activo, debe reconocerse ciertamente un amplio margen a los parlamentos nacionales a la hora de dilucidar que restricciones pueden justificarse, en particular para decidir qué procedimiento “should be tailored to assessing the fitness of mentally disabled persons”. Pero puede que no exista evidencia alguna de que el Parlamento haya sopesado los intereses en conflicto. Con mayor razón, cuando afecta a un grupo vulnerable de la sociedad que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado, y el margen de apreciación nacional se empequeñece (Caso Alajos Kiss, § 41-42).

El margen de apreciación nacional debe ser amplio en caso relacionados con políticas sociales o económicas como ocurre con la vivienda. Pero debe ser más estrecho cuando el Parlamento no ha analizado y sopesado cuidadosamente los intereses contrapuestos o evaluado la proporcionalidad de las reglas generales (Caso Lindheim, § 85).

Es muy útil para nuestros fines, pues revela la inseguridad de este juicio -que sólo en apariencia es seguro y estable- el Caso Animal Defenders International contra el Reino Unido de 2013. Se confirma la prohibición de pagar anuncios de publicidad “política” por una ONG protectora de animales en aplicación de las normas electorales. Se recuerda que el margen para efectuar restricciones a la libertad de expresión es en principio pequeño, y depende de una serie de factores, entre ellos, el tipo de expresión que se protege, y es aún más pequeño para cuestiones de interés público, lo que incluye la protección de los animales por una ONG que actúa como un “public watchdog”. Es preciso resolver si las razones ofrecidas para justificar la prohibición eran suficientes y suponían una medida necesaria, pero sin llegar a asumir el papel de las autoridades nacionales. Cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida que se ofrezcan, menos importante debe ser su impacto en el caso particular. El Gobierno británico adujo la necesidad de proteger el procedimiento electoral como parte de un orden democrático, y las campañas electorales son un espacio donde es preciso una regulación legal del debate público que asegure la libertad y el pluralismo, impidiendo que algunos grupos obtengan ventajas de la publicidad que paguen. La cuestión era saber si se había ido más allá de ese objetivo y traspasado el margen. Mas no habiendo un consenso europeo sobre la regulación de la publicidad política pagada debe reconocerse un amplio margen. Finalmente, se

resalta que el Tribunal Supremo y la Cámara de los Lores aportaron numerosos ejemplos de cómo la proporcionalidad de la medida había sido examinada no respecto de este caso concreto, pero sí de la legislación.

Sin embargo, el voto particular del Juez Bratza discrepa de la idea de que el contenido del mensaje político condicione la libertad y aminore el margen, y sostiene que el Parlamento británico se excedió del margen que tenía. Una crítica que revela la constante inseguridad sobre la amplitud del margen.

Otra opinión disidente de los jueces Ziemele, Sajó y otros sostiene que se violó el Convenio por una prohibición general de propaganda política en los medios, entendida de manera tan amplia. Se sostiene con agudeza:

“re-asserting the absolute sovereignty of Parliament in the best pre-Convention traditions of Bagehot and Dicey. The doctrine of the margin of appreciation, which was developed to facilitate the proportionality analysis, should not be used for such purpose” (§ 10).

Igualmente, la opinión disidente de la juez Tulkens a la que se adhieren Spielmann y otro Magistrado, donde se argumenta que ciertamente la calidad del procedimiento parlamentario y de la revisión judicial efectuada a nivel nacional es importante, pero también debe serlo su aplicación en el caso. Una prohibición tan amplia y una idea tan amplia de propaganda política resultan excesivas. La sensatez del voto me parece evidente.

En síntesis, mucho me temo que la solidez, seguridad y predictibilidad del test del procedimiento razonable no soporta muy bien su examen en un caso difícil como es *Animal Defenders* según revela la contradicción entre las opiniones de los distintos Magistrados. Es muy dura la crítica que invoca que esta tesis es heredera del obsoleto dogma, ya exclusivamente inglés, de la soberanía del Parlamento, hoy abandonado en defensa de la soberanía de la Constitución.

Una cosa es introducir argumentos sobre la calidad y las garantías del procedimiento en el juicio de convencionalidad y la aplicación del margen, algo que puede ser útil, y otra muy distinta que quepa contentarse con revisar los vicios formales sin necesidad de revisar las opciones del legislador que traspasen el Convenio. En este sentido debe recordarse la teoría de los vicios de inconstitucionalidad: materiales, formales o de procedimiento, y de incompetencia. La

calidad del procedimiento, su carácter dialogado y participativo, no absorbe toda la problemática del margen. Debería además resolverse si la primera fase del juicio encierra una revisión judicial sustantiva y la segunda se refiere al proceso legislativo, o debe operarse justamente al revés como parece más lógico y revisar la forma antes de la sustancia.

No advierto, en definitiva, una construcción muy precisa de este test en la jurisprudencia de Estrasburgo ni claras respuestas a éstas y otras preguntas. Sí me parece razonable la exigencia jurisprudencial de un procedimiento adecuado a la decisión (*narrowly tailored*).

Finalmente, me parece imprescindible hacer una reflexión teórica sobre democracia y derechos fundamentales para asegurarnos de la validez del criterio. Traeré a colación el conocido estudio de Gustavo Zagrebelsky sobre la crucifixión de Cristo, quien dialogaba con el clásico libro de Hans Kelsen “Esencia y valor de la democracia” de 1920 y su entendimiento procedimental de la misma⁷¹. El maestro italiano recuerda el martirio de Cristo -como antes hizo Kelsen- como ejemplo de relativismo democrático y consideración procedimental de la democracia, desprovista de valores y dogmas. En esencia, Pilatos le pregunta a Jesús, ¿quién eres?, y éste le contesta, soy la Verdad, y cómo Pilatos no está muy seguro de conocer la Verdad, le pregunta entonces al pueblo, ¿a quién preferís a Barrabás o a Jesús? Desde esta perspectiva, el asesinato del hijo de Dios fue la absurda conclusión de un procedimiento perfectamente democrático.

La mayoría puede estar equivocada y violar el contenido esencial de un derecho fundamental de un individuo o de un grupo. Esa es precisamente la razón de ser de la función garantista del TEDH, que debe practicar un control externo y distanciado de los hechos, y la grandeza de unos derechos fundamentales, de rango constitucional o convencional, que vinculan a las leyes.

Un procedimiento formalmente democrático puede conducir a un resultado inadecuado y a la directa lesión de derechos fundamentales indisponibles por el legislador. Existen numerosos ejemplos, porque los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes son técnicas, por definición, contramayoritarias. La

⁷¹ Vid. ZAGREBELSKY, *La crucifixión y la democracia*, el original en italiano es del año antes. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, el original en alemán se publicó en 1920.

teoría del procedimiento razonable puede no advertir suficientemente esta faceta. No basta con la calidad de la ley y del procedimiento para excluir el control de convencionalidad, aunque sea un dato más a tener en cuenta. Pensemos en cualquiera de los casos donde la opinión pública de un país está contaminada y directamente decidida a permitir la violación de un derecho de una minoría: verdaderas situaciones de linchamiento o “clamor popular”.

La Historia abunda en buenos ejemplos. El Voltaire del “Tratado sobre la tolerancia” en 1763, recordaba el juicio de un comerciante, Jean Calas, en Toulouse, por el asesinato de su hijo, que se había hecho católico y probablemente se suicidó. El juicio de instancia se celebró en un contexto fuertemente contaminado por las guerras de religión entre protestantes y católicos que hacían casi imposible la existencia de un juez imparcial⁷². En París un juicio vale más que al fanatismo de las provincias, diría Voltaire. Ofrecer un segundo control distanciado tras el nacional es precisamente la razón de ser de un control externo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

V. Conclusiones

El TEDH ofrece una garantía internacional de los derechos fundamentales que es subsidiaria de las protecciones nacionales. Es razonable pues que los Estados mantengan un margen de discrecionalidad en la valoración de los derechos que les permita mantener políticas propias y vertebrar el principio democrático. Es también sabio y prudente que un tribunal internacional, juzgador en un espacio convencional tan amplio, respete cierta deferencia a las decisiones internas si no son irrazonables o desproporcionadas o se alejan del consenso europeo y los estándares convencionales. Pero ese margen de apreciación nacional debe ser por definición limitado y no puede reconocerse en algunos derechos. El problema es que la construcción jurisprudencial de ese margen -su delimitación- es débil y acude a varios criterios y tiene generalmente una acusada dependencia del contexto: de la circunstancias del caso o de una comunidad. Una variante de la justicia del pretor.

⁷² VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Crítica, Barcelona, 1976. Más recientemente Voltaire, *Cartas filosóficas, tratado sobre la tolerancia, cuentos*, con prólogo de SAVATER y un buen estudio introductorio de DOMÍNGUEZ sobre la actualidad de este clásico.

Esta situación genera inseguridad jurídica y resoluciones europeas no siempre predecibles.

La tesis del procedimiento razonable decisión atiende a la calidad del un procedimiento -legislativo o judicial- bien ajustado a la medida de la naturaleza de la decisión que debe tomarse y que pondere adecuadamente los intereses en juego. El uso de esta herramienta puede servir en ciertos casos. Pero, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad, los vicios de procedimiento no agotan todos los vicios enjuiciables en el control de convencionalidad. No es una alternativa global. No podemos sustituir el margen por el monopolio de cultivo de la revisión del procedimiento, puesto que no sería una garantía suficiente para los derechos fundamentales de los europeos.

Bibliografía

ALKEMA, Evert A., "The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court", en MAHONEY, Paul – MATSCHER, Franz – PETZOLD, Herbert – WILDHABER, Luzius (eds.): *Protecting Human Rights. The european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Colonia/Berlín/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2002.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai, *Semiprocedural judicial review*, “Legisprudence”, año 2012, nº 271.

BJORGE, Erik, *Domestic applications of the ECHR: Courts as faithful trustees*, Oxford Scholarship online, 2015.

BOUDIN, Michael, *Book review*, “Virginia Law Review”, año 1981, nº 67.

CALLEWAERT, Johan, “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, en MAHONEY, Paul – MATSCHER, Franz – PETZOLD, Herbert – WILDHABER, Luzius (eds.): *Protecting Human Rights. The european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Colonia/Berlín/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

DE GOUTTES, Régis, *La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, “Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme”, año 1995, nº 24.

DE SHUTTER, Olivier – TULKENS, François, “Rights in conflict: the ECtHR as a pragmatic institution”, en BREMS, Eva, *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp, Intersentia, 2008.

DÍAZ CREGO, María, *Los derechos fundamentales como límite al proceso de integración europea (un estudio del caso español)*, Madrid, Reus, 2009.

ELY, John H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard U. P., 1980.

GALETTA, Diana-Urania, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, año 1999, nº 3-4.

GARCÍA ROCA, Javier, *La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 2002, nº 65.

GARCÍA ROCA, Javier, “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España” en PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.), *Actas del V Congreso ACE*, Tirant lo Blanch, 2007.

GERARDS, Janeke, *Margin of national appreciation and incrementalism in the case law of the ECtHR*, “Human Rights Law Review”, 18:3.

GERARDS, Janeke - BREMS, Eva, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge U.P., 2017.

GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the ECHR*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2000.

GRIMM, Dieter, “¿Does Europe needs a Constitution”, en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997

GROSS, Oren - NÍ AOLÁIN, Fionnuala, *From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the ECHR*, “Human Rights Quarterly”, nº 23, 2001.

HÄBERLE, Peter, *¿Existe un espacio público europeo?*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo” 1998.

HABERMAS, Jürgen, “La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada”, en *¡Ay, Europa! Pequeños escritos políticos*, Valladolid, Trotta, 2009.

-, “Reply to Grimm”, en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1974.

KLATT, Mathias – MEISTER, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford scholarship online, 2012.

LESTER OF HERNE HILL, “The European Convention on Human Rights in the new architecture of Europe: general report”, en *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 1995.

LETSAS, George, *Two concepts of the margin of appreciation*, “Oxford Journal of Legal Studies”, año 2006, vol. 26, nº 4.

MACDONALD, Ronald St John, “The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Il Diritto Internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in honore di Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987.

MAHORNEY, Paul, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, “Human Rights Law Journal”, año 1998, vol. 19, nº 1.

-, *Judicial activism and self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, “Human Rights Law Journal”, año 1990, vol. 11, nº 1-2.

MCGOLDRIC, Dominic, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*, “International and Comparative Law Quarterly”, año 2016, vol. 65.

POPELIER, Patricia - VAN DE HEYNING, Catherine, *Subsidiarity post Brighton: procedural rationality as answer*, "Leiden Journal of International Law", año 2017, vol. 30, issue 1.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *TEDH y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación*, "Teoría y Realidad Constitucional", año 2018, nº 42.

SCHOEKKBROEK, Jeroen, *The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights*.

SPANO, Robert, *Universality as diversity of human rights. Strasbourg in the age of diversity*, "Human Rights Review", año 2014, 14, nº 3.

SUNSTEIN, Cass R., *Constitutional personae*, Oxford U.P., 2015.

TULKEN, François – DONNAY, Luc, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature*, "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", año 2006, nº1.

VASEL, Johann Justel, *El 'margin of appreciation' como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo*, "Revista de Derecho Constitucional Europeo", año 2009, nº 11.

VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Barcelona, Crítica, Barcelona, 1976.

-, *Cartas filosóficas, tratado sobre la tolerancia, cuentos*, Madrid, Gredos, 2010.

WALDOCK, Humprey, *The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Journal", año 1980, nº 1, 1980.

WEILER, Joseph H., "¿Does Europe needs a Constitution? Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht decision", en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.

-, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

WICKS, Elisabeth, *The evolution of a Constitution. Eight key moments in British constitutional history*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

YOUROV, Howard Ch., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996

Deferencia internacional,
vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

ZANON, Nicolò, *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, “Annuaire International de Justice Constitutionnelle”, año 1989, Vol. V, 1989.

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Especial referencia a los ataques a la independencia judicial en algunos Estados miembros¹

§

Susana Sanz Caballero²

Sumario

I. Introducción. II. El auge del nacionalismo y los populismos. III. El palo y la zanahoria de la UE en la promoción del estado de derecho. IV. La pertinencia de comparar la adhesión de los países de la Europa Central y del Este de los años 2000 con la de los países de la Europa del Sur de los años 80. V. Los ataques a la judicatura en Hungría y Polonia. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El mundo está cambiando y no parece que sea para mejor, al menos por lo que respecta al respeto de principios básicos comunes, dado que algunos valores que dábamos por sentado y considerábamos fundamentales para la sociedad están siendo hoy gravemente atacados en algunos Estados miembros de la Unión Europea. Y si esto sucede en Europa, donde se suponía que estos valores estaban firmemente asentados, entonces no nos debería sorprender las muchas deficiencias que observamos en países de América Latina o el Magreb, por poner algunos ejemplos.

Pero lo cierto es que es especialmente doloroso comprobar en continente europeo que el estado de derecho no sea tan defendido ni con tanta fuerza y convencimiento como lo era antes. Actualmente se usa la expresión "democracias

¹ Este artículo es uno de los resultados de la Cátedra Jean Monnet de la CEU UCH sobre la UE de los valores y los derechos humanos financiada por la EACEA (Jean Monnet Chair CEU UCH. Project 587457-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-CHAIR).

² Cátedra Jean Monnet CEU UCH. Juez ad hoc del T.E.D.H.

iliberales”, que sería una suerte de autoritarismo consensuado, como si este fuera un modelo legítimo y exportable. El auge del populismo y el nacionalismo tiene mucho que ver con esta situación que afecta a valores consagrados en el artículo 2 del TUE y que consideramos indiscutibles como la solidaridad, el pluralismo, la libertad, la igualdad, el estado de derecho o la separación de poderes³.

El estado de derecho no es un concepto teórico. Es una condición previa para garantizar que los responsables de la toma de decisiones sean responsables y que las autoridades públicas no cometan abusos. Es también la única garantía para la protección de los derechos humanos y la igualdad de trato de todos ante la ley. Sin embargo, su contenido no siempre es fácil de entender. Dicho esto, no tenemos que fabricar una definición dado que el Consejo de Europa ha mostrado el camino. Por nombrar solo una de las elaboraciones más recientes de esta Organización, el Rule of Law Checklist de la Comisión Democracia a través del Derecho (conocida como Comisión de Venecia) estableció en 11 de Marzo de 2016 que el estado de derecho requiere un sistema de leyes ciertas y previsibles, donde todos tienen derecho a ser tratados por los decisores públicos con dignidad, igualdad y racionalidad y de conformidad con las leyes, y tienen la oportunidad de impugnar las decisiones ante tribunales independientes e imparciales a través de procedimientos justos⁴. Según este Checklist, los principios que incluye el estado de derecho -respecto de los cuales, además, se evaluará la actividad del Estado-, son los siguientes:

- Legalidad
- Seguridad jurídica
- Prevención del abuso de poder
- Igualdad ante la ley y no discriminación
- Acceso a la justicia (incluidas la independencia del poder judicial, la independencia individual de los jueces, la imparcialidad del poder judicial, la autonomía del ministerio público, la independencia y la imparcialidad del tribunal) y el derecho a un juicio justo (incluidos el acceso a los tribunales, la presunción de inocencia y la efectividad de decisiones judiciales).

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/10/15, demanda n. 11882/10, par. 87: “... pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’».

⁴ https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf

En última instancia, el estado de derecho es un modelo constitucional de organización política y una herramienta sustantiva para garantizar el cumplimiento y el respeto de los derechos humanos. Por eso la Comisión de Venecia advierte contra los riesgos de utilizar un concepto de “estado de derecho” puramente formalista, que exija única y simplemente que cualquier acto llevado a cabo por funcionarios públicos esté autorizado por la ley. De hecho, hay interpretaciones incorrectas y claramente distorsionadas del estado de derecho que, en su versión en inglés traducen el concepto de “rule of law” por “rule by law”, “rule by the law” o “Law by rules”⁵. Desafortunadamente, este tipo de interpretación errónea por la cual el rule of law se convierte en el rule of man, se está extendiendo. Cuando Victor Orban dice “nuestros abogados lo arreglarán”, sabe muy bien de qué está hablando y está siguiendo deliberadamente este camino iliberal⁶. Aunque no siempre es fácil explicar qué es el estado de derecho sin embargo cualquiera es capaz de darse cuenta de cuándo este no existe porque asociamos el estado de derecho con lo opuesto a la arbitrariedad y esta, cuando se produce, sí somos capaces de identificarla bien⁷.

Inspirada por el Consejo de Europa, la Comisión Europea también proporcionó una definición en sus Comunicaciones de Abril y Julio de 2019 sobre la necesidad de reforzar el estado de derecho en Europa⁸. El estado de derecho se considera en la UE como un sistema en el que todos los poderes públicos siempre actúan dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, bajo el control de tribunales independientes e imparciales.

Consejo de Europa y UE incluyen el valor de la justicia como uno de los componentes clave del estado de derecho. Para ambas organizaciones, la

⁵ Cuestión esta analizada, entre otros, por SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, “The University of Chicago Law Review”, 1989, vol. 56, nro. 4, pp. 1175-1188.

⁶ BARD, P., *The Open Society and Its Enemies*, “Policy Insights”, año 2017, nro. 14, p. 6.

⁷ SCHUKKING, J., *Protection of human rights and the rule of law in Europe*, “NQHR”, año 2018, vol. 36, nro .2, pp. 152-158.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas de 3 de Abril de 2019 (COM(2019) 163 final) y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones Refuerzo del estado de derecho en la Unión. Propuesta de actuación de 17 de Julio de 2019 (COM(2019) 343 final).

independencia, la calidad y la eficiencia judicial son los elementos clave de un sistema de justicia efectivo y son cruciales para defender el estado de derecho y los valores sobre los que se basa la UE. La ley sin justicia puede llegar a ser abusiva y, por tanto, puede producir el efecto contrario al deseado. Además, en la UE la independencia judicial también es un requisito derivado del principio de protección judicial efectiva al que se refiere el art. 19 TUE y del derecho a un recurso efectivo ante un tribunal consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que garantiza la equidad, la previsibilidad y la certeza del sistema legal.

Según la Comisión de Venecia la independencia judicial: "... presupone (en particular), que el organismo en cuestión ejerce sus funciones judiciales de manera totalmente autónoma sin estar sujeto a ninguna restricción jerárquica o subordinado a ningún otro organismo y sin recibir órdenes o instrucciones de ninguna fuente, y que por lo tanto está protegido contra intervenciones externas o presiones que puedan perjudicar el juicio independiente de sus miembros e influir en sus decisiones". El Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ confirman que el estado de derecho incluye necesariamente la separación de poderes y el respeto de los tribunales independientes e imparciales.

En sus recientes fallos contra Polonia sobre graves y sistemáticas violaciones de la independencia del poder judicial acaecidas en ese país, el Tribunal de Justicia subraya que el estado de derecho es fundamental para el ordenamiento jurídico de la UE¹⁰. En el párrafo 36 de la sentencia del caso, que trae causa de la reducción del sueldo de los miembros del Tribunal de Cuentas portugués como medida de austeridad presupuestaria impuesta durante la crisis financiera que sufrió Europa en 2008, el Tribunal de Justicia de la UE subrayó que la existencia de una protección judicial efectiva por parte de jueces independientes es la esencia misma del estado de derecho¹¹. No podría ser de otra manera: Cuando el poder ejecutivo sobrepasa sus

⁹ TEDH: Baka/ Hungría, demanda no. 58688/11 de 19 de Enero de 2017, par. 135; Kamenos/ Chipre demanda no. 147/07 de 31 de Octubre de 2017, par. 103.

¹⁰ Sentencia de 24 de junio de 2019 en el asunto C-619/18 Comisión/ Polonia; sentencia de 5 de Noviembre de 2019 C-192/18 Comisión/ Polonia.

¹¹ TJUE: Gran Sala Associação sindical dos juizes portugueses / Tribunal de Contas C-64/16 de 27 Febrero de 2018.

competencias socavando los poderes del cuerpo legislativo, y especialmente los del poder judicial, el estado de derecho se erosiona y ese país se precipita hacia un régimen autoritario.

La independencia judicial es importante porque es el mejor antídoto contra la impunidad de los actos ilegales. Sin ella, no hay libertad real, no hay control entre órganos, no hay separación de poderes, no hay garantía contra la arbitrariedad en la toma de decisiones. Los posibles abusos de poder dentro del proceso democrático deben ser siempre controlados por los tribunales¹². Si los jueces se convierten en una suerte de “delegados” del gobierno, los juicios pierden su autoridad, la separación de poderes se desvanece y el sistema democrático se derrumba. El estado de derecho abarca cómo se aprueban las leyes de manera responsable, cómo se aplican justamente y cómo son de efectivas. En consecuencia, el respeto al estado de derecho es esencial para que los ciudadanos confíen en las instituciones públicas. Sin confianza, los Estados democráticos no pueden funcionar. Asimismo, en la UE, el respeto del estado de derecho por parte de todos los Estados miembros genera confianza mutua entre los distintos socios. Sin esa confianza, tampoco la UE puede funcionar. En otras palabras, el proyecto europeo se basa en el respeto del estado de derecho en todos los Estados miembros, lo cual asegura la aplicación efectiva del Derecho de la UE y la confianza mutua en el seno de la misma. De hecho, las deficiencias en un Estado miembro afectan tanto a los demás miembros como a la UE en su conjunto. La Unión tiene una responsabilidad, compartida con sus Estados miembros, en la resolución de los problemas de estado de derecho dondequiera que aparezcan. Esto es así porque estas amenazas desafían la base legal, política y económica en las que se asienta la UE.

II. El auge del nacionalismo y los populismos

Hoy en día muchos Estados europeos parecen ser menos protectores de su estado de derecho y más receptivos al populismo y al nacionalismo, que aducen supuestos agravios generalizados para tratar de excluir a los demás del juego político y de la toma de decisiones que afectan a la ciudadanía. Los populistas invocan una

¹² SANDERS - VON DANWITZ, *Selecting judges in Poland and Germany*, “German L. J.”, año 2018, vol. 19, pp. 769-815, p. 771.

supuesta voluntad del pueblo para desacreditar a la oposición y dismantelar el sistema de poderes y contrapoderes en los que se basa el estado de derecho, como son la separación de poderes y la consiguiente independencia del poder judicial. Para los populistas y nacionalistas, todas sus acciones estarían justificadas debido a su supuesta autoridad y superioridad moral para representar al pueblo¹³.

En otros países en los que el populismo está menos avanzado, el estado de derecho también está retrocediendo debido a tendencias nacionalistas de línea dura y a la xenofobia, que propagan la intolerancia. Los nacionalistas también invocan el gobierno de la mayoría para dismantelar el estado de derecho, para negar la libertad de reunión y la libertad de expresión, para demonizar a los migrantes. Se ponen por encima de las instituciones democráticas y respetan las decisiones judiciales solo si van a su favor.

III. El palo y la zanahoria de la UE en la promoción del estado de derecho

Cabe preguntarse cuán exitosa (o no) ha sido la UE a la hora de cambiar la cultura jurídica de sus Estados miembros en relación con el estado de derecho y la independencia de la justicia. Se puede hacer mención a dos puntos o momentos de análisis cronológicamente hablando, respecto a los países de reciente incorporación al club europeo:

1) Durante el período de preadhesión y adhesión, la UE tuvo una influencia relativamente positiva en los candidatos en cuanto a que los recién llegados consiguieron demostrar una práctica legal suficiente basada en las normas del estado de derecho. La condicionalidad jugó un papel importante porque había una recompensa, es decir, la membresía. Esa era la zanahoria¹⁴. Sin embargo, en los momentos de pre-adhesión y adhesión la UE estaba demasiado centrada en la cantidad más que en la calidad. Con esto se quiere decir que la UE estaba excesivamente centrada en el número de reformas y el número de nuevas leyes y nuevas prácticas que se suponía que los Estados de acceso debían adoptar. Pero en

¹³ COUNCIL OF EUROPE: State of democracy, human rights and the rule of law. Populism, how strong are Europe's check and balances?, Report of the Secretary General, 2017, p. 6.

¹⁴ MATLAK - SCHIMMELFENNIG (eds.), *Europeanization revisited*, passim; MENDELSKI, *Europeanization and the rule of law: Towards a pathological turn*, "Southeastern Europe", año 2016, vol. 40, pp. 346-384.

cambio, la UE fue algo negligente con respecto tanto a la calidad de estas reformas como a su pretendido mensaje de europeización. Y no está completamente claro si los nuevos valores fueron suficientemente asumidos e interiorizados en todos los nuevos Estados miembros.

2) Después de la adhesión, la UE demostró ser incapaz de enfrentar el declive del estado de derecho que afecta a algunos Estados miembros y contrarrestarlo. Como expresó Dimitry Kocherov: hoy la UE y sus Estados miembros parecen estar haciendo lo menos posible para combatir el retroceso del estado de derecho¹⁵. La UE fue muy ingenua al considerar que una vez que se concediera la condición plena de miembro a un Estado, el estado de derecho estaría garantizado para siempre en él. Pero la condicionalidad es inútil una vez que el Estado ya es miembro. Ya no hay zanahoria. Después de la adhesión, la UE depende de la buena fe y la buena voluntad del nuevo Estado miembro y de la solidez de su compromiso con los nuevos valores y normas. Se supone que los Estados miembros deben respetar el estado de derecho por convicción, no por un incentivo, porque la promesa de adhesión ya no existe. Cuando se violan los valores en un Estado que ya es miembro parece que solo parece aplicarse el palo y el respeto del estado de derecho dependerá de la fuerza de los poderes de ejecución de la Comisión como guardiana de los Tratados. Lo que ocurre es que lamentablemente las sanciones por infracción no son un buen elemento disuasorio, especialmente si el Estado incumplidor percibe que la UE es débil, que las sanciones son leves o que las instituciones de la UE no están de acuerdo sobre cómo enfrentar la violación. Ese es el caso hoy. Y el paso del tiempo refuerza a los socios díscolos porque los retrocesos del estado de derecho finalmente se consolidan cuando los Estados comprueban que su incumplimiento les sale gratis¹⁶.

¹⁵ KOCHEROV, *Rule of law crisis in the new Member States of the EU*, "Reconnect Working Paper", año 2018, nro. 1, p. 4.

¹⁶ Además, comprobar que nada ocurre cuando se incumple y/o que la reacción de la UE es excesivamente leve, envalentona a ese Estado también en sus prácticas y modales políticos y diplomáticos. Esto se ha visto con el incumplimiento por parte del portavoz del gobierno húngaro de la regla, respetada hasta ahora por todos, de discrecionalidad en las sesiones del Consejo, rota últimamente con la transmisión, además sesgada y a golpe de tweet, de las declaraciones y votaciones que se estaban produciendo en el seno de esta institución por parte de Zoltan Kovacs, secretario de

Desafortunadamente, no existe un mecanismo de monitoreo europeo para hacer un seguimiento y vigilancia al Estado después de la adhesión, nunca ha habido una especie de examen post-Copenhague¹⁷. En Julio de 2019, en vista de la gravedad de las decisiones tomadas en algunos Estados miembros de la Europa del Este y de la reiteración de estas conductas, la Comisión propuso un Ciclo de Revisión del Estado de Derecho para todos los Estados miembros¹⁸. Esta es una buena iniciativa que deberá ser implementada por la nueva Comisión. Pero este mecanismo probablemente llegue demasiado tarde para algunos Estados donde la negación de valores se ha estado produciendo constantemente desde hace años y el daño ya está hecho puesto que los principios en los que descansa el estado de derecho ya han sido laminados y en ellos la democracia ya empieza a parecer una sombra del pasado. Hoy estos países, especialmente Hungría y Polonia, pueden ser fácilmente etiquetados como regímenes autoritarios más que como verdaderas democracias. Afortunadamente, la mayoría de los nuevos Estados miembros parecen haber interiorizado mejor los nuevos valores, incluso si algunos de ellos evidencian también problemas para mostrarse como estados de derecho consolidados, como Malta, Rumanía, Bulgaria, Eslovaquia o Austria.

IV. La pertinencia de comparar la adhesión de los países de la Europa Central y del Este de los años 2000 con la de los países de la Europa del Sur de los años 80.

estado del gobierno de Budapest (SUANZES, *Hungría revienta las reglas al retransmitir una reunión de ministros europeos por Twitter*, "El Mundo", 10 de Diciembre de 2019).

¹⁷ Toda solicitud de admisión está sometida al parecer de la Comisión y a una decisión del Consejo Europeo. La Comisión se basa en los Criterios de Copenhague para emitir su dictamen sobre las solicitudes de admisión. Desde 1993, los Criterios exigen que los Estados dispongan de instituciones que preserven un gobierno democrático y los derechos humanos; una economía de mercado viable y que el Estado acepte el acervo comunitario, esto es, las obligaciones, prácticas, normas y compromisos previos adquiridos por la UE.

¹⁸ Esta iniciativa, propuesta durante el semestre de presidencia finlandesa del Consejo, aparece mencionada en la Comunicación de la Comisión de 17 de Julio de 2019 y se asemeja al Examen Periódico Universal al que se someten los Estados miembros de la ONU cada cuatro años.

No se puede dejar de comparar la experiencia de adhesión al Suroeste de Europa con la de Europa central y oriental puesto que unos y otros tuvieron un pasado autoritario o totalitario.

La UE fue bastante lenta a la hora de contemplar en los Tratados las exigencias que un candidato debía cumplir para convertirse en miembro pero era algo implícito que para ser miembro de la UE, aparte de ser una economía liberal, un Estado debía ser también democrático. Lo sabían ya los seis Estados que fundaron la CECA en 1951. Este requisito, ser un estado de derecho, lo daban por hecho también los Estados de la primera ampliación en 1973 (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). Incluso lo tuvieron claro países que entraron más tarde y que eran democracias emergentes como Grecia en 1981, que sufrió una dictadura militar de 1967 a 1974. También Portugal y España en 1986, a pesar de que eran democracias incipientes (Portugal tras la revolución de los claveles de 1974 y España con la muerte de Franco en 1975). En todos estos casos, se sabía implícitamente que había que ser una democracia y una economía de mercado para poder opciones de ingreso¹⁹.

Cuando Grecia ingresó en las Comunidades Europeas en 1981 y España y Portugal lo hicieron cinco años más tarde, los Criterios de Copenhague aún no existían. La condicionalidad no se les aplicó, al menos explícitamente. En ese momento, los tratados constitutivos no decían una palabra sobre valores, estado de derecho, democracia ni cosas por el estilo. Todo eso vino después, con las reformas posteriores a los Tratados a partir de los años 90 en adelante, con el Tratado de Maastricht, y continuando con el de Ámsterdam, Niza y Lisboa.

Y, sin embargo, Grecia, España y Portugal fueron siempre conscientes de que para convertirse en miembros tenían que ser democracias plenas. De hecho, el intento del general Franco de llamar a la puerta de las Comunidades Europeas en los años 60 se saldó en un sonoro fracaso para España, a quien se le recordó que mientras tuviera un régimen dictatorial no sería admitida²⁰. Los Estados del Sur de Europa entendieron que si querían entrar en este exclusivo club que ahora se llama la UE, tendrían que transformar sus leyes, sus prácticas administrativas, su poder judicial,

¹⁹ SANZ CABALLERO (ed.), "El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa", en *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores de la UE*, en prensa.

²⁰ SENANTE, *España ante la Unión Europea, el primer acercamiento*, Alfonso el Magnanim., 2006.

sus fuerzas armadas, en definitiva todo, para mostrar respeto por el estado de derecho.

La integración europea tuvo un impacto muy positivo en los procesos de democratización de estos tres países²¹. Sabían que no se trataba solo de colocar urnas a intervalos regulares. Se trataba de abrazar con convicción y para siempre principios como el pluralismo, la legalidad, la separación de poderes, la independencia judicial, las libertades, los derechos humanos, etc. La palabra "para siempre" es muy importante aquí, ya que habría sido extremadamente hipócrita y fraudulento si España, Grecia o Portugal hubieran adoptado estándares democráticos con el único propósito de ser admitidos en las Comunidades Europeas para volver a la autocracia, en contra del espíritu del derecho europeo, una vez dentro. Esto nunca sucedió. Estos tres estados eran democracias recientes cuando ingresaron en las CCEE, pero aun así respetaron las normas no escritas según las cuales solo los estados democráticos podían calificar para la adhesión y los miembros deberían continuar siendo democracias desde entonces en tanto que miembros de pleno derecho. Grecia, España y Portugal han respetado el estado de derecho hasta ahora con, por supuesto, fallos episódicos que han sido corregidos por poderes judiciales nacionales independientes -las infracciones esporádicas son una característica normal de cualquier orden legal. Sin ir más lejos España, que fue una dictadura durante casi cuarenta años, se ha convertido en una democracia plena que logró su democratización de manera pacífica y ordenada. La razón principal fue la convicción de la población española y de sus élites políticas de la necesidad de "volver a Europa". Para España, Europa significaba democracia, libertad, pluralismo, separación de poderes, legalidad, independencia judicial, derechos humanos. Se creía que estos valores no tenían vuelta atrás, como se demostró en el intento de golpe de estado que tuvo lugar en 1981, que fue rechazado por la inmensa mayoría de la ciudadanía.

Este es también el caso de bastantes de los países que ingresaron a la Unión en las ampliaciones al Este. Como demuestran las estadísticas y la doctrina, salvo algunas graves excepciones, no existe un deterioro general y sostenido del nivel de

²¹ JURJE, "Europeanization in new member States: Effects on domestic political structures", en MATLAK - SCHIMMELFENNIG (eds.), *Europeanization revisited*, p. 55.

democracia en los nuevos Estados miembros²². Por supuesto, todavía hay mucho margen de mejora en términos de lucha contra la corrupción y el crimen organizado, libertad de acción para las ONG o libertad de los medios de comunicación, pero, en general, estos países están funcionando razonablemente bien, aunque algunos de ellos presentan algunas fisuras en cuestiones concretas del estado de derecho (Rumania, Eslovaquia, Malta...). Los Estados que han entrado en la UE después de 1993 no pueden albergar duda al respecto ya que los Criterios de Copenhague existen desde 1993 y ellos fueron admitidos en la UE en 2004, 2007 y 2013. Cuando hablamos de Polonia o de Hungría, o incluso de Eslovaquia, estamos hablando de Estados a los cuales se les aplicaron dichos criterios cuando ingresaron, es decir, eran Estados que respetaban los derechos humanos y los principios democráticos. Siendo miembros es cuando han comenzado a abandonar sus compromisos. Son países que no han tenido una transición a la democracia buscada y pactada entre las distintas facciones, grupos y sectores de la sociedad. Han pasado de ser regímenes totalitarios con una economía dirigida desde el Estado a ser miembros del Consejo de Europa y de la UE sin quizá haber tenido tiempo para, de modo natural, lento, con errores y aciertos pero siempre de modo individual, sin asistencia de organizaciones externas, optar por el multipartidismo, las elecciones democráticas, la transparencia de las instituciones, la libertad de expresión y de los medios de comunicación, la libertad de asociación y de acción de la sociedad civil y de las ONG, la separación de poderes, la independencia judicial, los derechos humanos... Es posible que se les haya dirigido demasiado hacia la democracia, desde fuera, sin que el anhelo haya surgido o madurado desde dentro. Algunos de ellos han demostrado no tener muy interiorizados los criterios que debe cumplir un Estado de derecho.

V. Los ataques a la judicatura en Hungría y Polonia

Donde los ataques al estado de derecho son a día de hoy sistémicos, sistemáticos y, dadas sus terribles consecuencias, sísmicos, es en Hungría y Polonia, países cuyo poder judicial está recibiendo ataques graves, continuados y sostenidos.

En Hungría, el debilitamiento de la judicatura comenzó en 2010. Fidesz introdujo leyes de amplio alcance que afectan el estatuto legal y los salarios de los jueces.

²² SCHIMMELFENNIG, op cit., p. 19, Judicial scoreboard 2019, OPOCE, p. 25.

Alteró la organización y la administración de los tribunales, cambiando el proceso de nominación de los jueces a uno que favorece al partido mayoritario en el parlamento. También redujo la edad de jubilación de los jueces en activo, recortó los poderes del Tribunal Constitucional y aumentó el número de jueces de este órgano, siendo los recién llegados todos partidarios de Fidesz. También por ley se estableció una discriminación por motivos de sexo en relación con la edad de jubilación²³.

Con respecto a Polonia, desde que el partido de Ley y Justicia llegó al poder en 2015, Varsovia se ha embarcado en un proceso de deseuropeización que afecta a la separación de poderes y la independencia del poder judicial que permiten una democracia en funcionamiento²⁴. Se aprobaron no menos de 13 leyes que erosionan la estructura completa del poder judicial: desde el Tribunal Constitucional, pasando tanto por el Tribunal Supremo como por los tribunales ordinarios, continuando con la fiscalía y acabando con el consejo del poder judicial.

Por nombrar solo algunos de estos cambios regresivos, hay auténtica certeza más que simple duda sobre la ilegalidad del nuevo método para nombrar jueces en el Tribunal Constitucional, que ahora depende del poder ejecutivo. También llama la atención que no se publiquen las sentencias contrarias a los intereses del gobierno. A tres jueces de este Tribunal elegidos constitucionalmente se les prohibió prestar juramento, mientras que a otros tres jueces elegidos inconstitucionalmente se les permitió hacerlo. Los severos recortes presupuestarios han convertido a la institución en irrelevante, puramente decorativa. Además, hay decisiones judiciales obligatorias que se han tomado sin el quórum mínimo de miembros requerido por ley.

Con respecto al Tribunal Supremo, ha habido una reducción en la edad de jubilación obligatoria mientras los jueces todavía ocupaban su cargo con mandatos en curso. Al hacerlo, Polonia ha violado el principio de inamovilidad de los jueces. El Presidente polaco tiene poderes discrecionales para ampliar el mandato de jueces de modo individual, sin ningún criterio claro y sin revisión judicial de la decisión final tomada. Las reformas han dado al Presidente el poder de hacer nuevos

²³ BARD, P. - PECH, L: *No checks, no balances*, "Reconnent Project", 28/10/2019.

²⁴ BURAS, *Europe and its discontents. Poland's collision course with the EU*, "European Council on Foreign Relations"; MARODY, *Transformations of Polish society*, "Social Research: An International Quarterly", año 2019, vol. 86, nro. 1, pp. 57-81.

nombramientos. El ejecutivo también está facultado para enmendar el reglamento interno de procedimiento del Tribunal y para decidir sobre las asignaciones de casos.

Una cámara de apelación extraordinaria tiene el poder de revocar las sentencias definitivas dentro de un plazo de 5 años y, en algunos casos, incluso dentro de uno de 20 años²⁵.

Los tribunales ordinarios han sufrido cambios similares que demuestran el abuso del poder ejecutivo respecto a los jueces. El “secuestro” judicial se produce en la justicia ordinaria subordinando todos los presidentes de los tribunales al Ministro de Justicia. Este último tiene el poder de degradarlos o reemplazarlos discrecionalmente. Además, ha habido discriminación por motivos de sexo en relación con la edad de jubilación. Por ende, las oficinas del ministro de justicia y la del fiscal se han fusionado, lo que afecta la imparcialidad de este último.

Polonia ha ido más allá al establecer un régimen disciplinario según el cual los jueces ordinarios podrían ser sancionados si emiten un fallo que desagrade al ejecutivo o si solicitan al Tribunal de Justicia de la UE que se pronuncie en una cuestión prejudicial. Incluso la educación de los futuros jueces está ahora bajo el estricto control del partido gobernante²⁶. Esto constituye un claro control político sobre el poder judicial²⁷.

Todo lo anterior ha hecho que la Comisión concluya que la separación de poderes y la independencia del poder judicial están en grave riesgo en Polonia²⁸. En la misma línea, el Representante Especial de la ONU sobre independencia judicial expresó preocupación después de su visita a Polonia²⁹. La Comisión de Venecia llegó a decir que ya no podía garantizarse la constitucionalidad de las leyes polacas³⁰.

²⁵ LAVELLE, *Europe's rule of law crisis*, “Trinity C. L. Rev.”, año 2019, vol. 22, pp. 35-49, p. 38.

²⁶ SANDERS, *op cit.*, p. 782.

²⁷ OHRHC, “Poland judicial Independence under threat, UN expert finds”, 27/10/2017.

²⁸ Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia [COM(2017) 835 final de 20 de Diciembre de 2017].

²⁹ <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22321&LangID=E>

³⁰ CDL-AD(2017)031 11/12/2017 Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017) ; CDL -AD(2017)028 11/12/2017 -Poland -

Y todavía hay sentencias pendientes relacionadas con cuestiones prejudiciales presentadas en asuntos que afectan a Polonia, porque el Tribunal de Luxemburgo ha sido consultado por más de diez tribunales polacos en busca de aclaraciones sobre los requisitos exigidos por la UE en materia de independencia judicial³¹.

Sin embargo, la UE ha sido criticada respecto al alcance de las demandas presentadas por la Comisión y también por las sentencias finales del Tribunal. La razón es que en las demandas presentadas y en las sentencias a esas demandas ni la Comisión primero ni el Tribunal de Justicia después han llegado a abordar el meollo del asunto, es decir, la cuestión central y real, que no es otra que el ataque sistemático que está sufriendo el poder judicial tanto en Polonia como en Hungría. No es solo la cuestión técnica de la discriminación por motivos de sexo o edad. No es tampoco la cuestión técnica del régimen disciplinario de los jueces, ni la inesperada ampliación de la composición de los tribunales por motivos políticos. Es todo eso al mismo tiempo, pero también es más que eso. El problema es que cada uno de estos casos aborda un aspecto técnico específico del problema pero no se ocupan del tema como el ataque deliberado que es, esto es, como un plan generalizado para socavar la independencia judicial, como un plan diseñado de debilitamiento del poder judicial en beneficio del poder ejecutivo.

Efectivamente, las reformas judiciales en Polonia y Hungría no son específicas ni esporádicas. Persiguen una estrategia global de control del poder judicial por parte del ejecutivo (en el caso de Polonia) y del ejecutivo y el legislativo (en el caso de Hungría). Estos casos muestran una crisis de valores europea verdaderamente existencial, ya que un ataque al poder judicial en un solo Estado miembro constituye

Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office, as amended, adopted by the Venice Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017).; CDL-AD(2016)026 14/10/2016 Poland - Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session, (Venice, 14-15 October 2016); CDL-AD(2016)012 13/06/2016 - Poland - Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016) ; CDL-AD(2016)001 11/03/2016 - Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016).

³¹ Cases C-522/18; C-537-18; C-585/18; C-624/18; C-625/18; C-668/18; C-824/18; C-558/18; C-563/18; C-623/18.

un ataque a la propia UE y en estos casos estamos hablando de ataques continuados, sostenidos en el tiempo y de profundo calado que socavan el funcionamiento imparcial de los tribunales. Además, la falta de limitaciones en las prácticas iliberales puede alentar a otros gobiernos a seguir su ejemplo y abusar de los derechos de sus ciudadanos. De hecho, la herramienta de información judicial comparada diseñada por la Comisión (el Judicial Scoreboard), que tiene como objetivo ayudar a la UE y a sus Estados miembros a mejorar la eficacia de sus sistemas judiciales nacionales proporcionando datos objetivos y confiables sobre su sistema judicial, indica en su edición de 2019 que otros cinco Estados miembros han recibido recomendaciones relacionadas con su sistema de justicia. Estos cinco estados son Croacia, Italia, Chipre, Portugal y Eslovaquia³².

La institución europea más activa en la lucha contra los ataques a los jueces nacionales ha sido el TJUE. El Tribunal de Luxemburgo ya ha condenado tanto a Polonia como a Hungría por todos los motivos anteriores. Diferentes sentencias sobre procedimientos de infracción (art. 258 TFUE) han dictaminado que estas reformas eran contrarias a la legislación de la UE y que estos dos estados deben restaurar los tribunales a la situación ex ante.

El mayor apoyo que se da a los gobiernos populistas no es un fenómeno limitado a Polonia y Hungría³³. Desafortunadamente, el populismo está en aumento y será un desafío para las democracias en el futuro próximo. La lucha contra el populismo y el nacionalismo demostrará la fortaleza y robustez (o no) del sistema democrático. No es exclusivo de los recién llegados. Podríamos ver en el futuro el imperio de la ley

³² COMISIÓN EUROPEA, The EU Justice Scoreboard, Mayo de 2019, OPOCE, Luxemburgo, p. 14: Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Croatia and delivering a Council opinion on the 2018 Convergence Programme of Croatia (2018/C 320/10); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Italy, (2018/C 320/11); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Cyprus and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Cyprus, (2018/C 320/12); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Portugal and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Portugal, (2018/C 320/21); Council Recommendation of 13 July 2018 on the 2018 National Reform Programme of Slovakia and delivering a Council opinion on the 2018 Stability Programme of Slovakia, (2018/C 320/24).

³³ MARODY, op. cit., pp. 57-81, p. 65.

desafiado en democracias más antiguas y sólidas como Francia, Países Bajos, Alemania, etc., donde el populismo también está creciendo. Sin mencionar Italia, donde los movimientos populistas ya son parte del gobierno.

Vuelvo a mencionar a España, pero esta vez con pesar, ya que la nueva polarización y fragmentación del parlamento está degradando progresivamente la política nacional y potenciando el populismo de extrema izquierda y extrema derecha, así como los movimientos nacionalistas y secesionistas, todo al mismo tiempo. La situación es explosiva y podría terminar fácilmente provocando infracciones del estado de derecho. La situación también está poniendo al poder judicial en una posición muy delicada debido a la solicitud de varias órdenes de arresto europeas de líderes secesionistas que han encontrado contestación en los estados de ejecución (en Bélgica, Alemania y Reino Unido). También por el revés que para la judicatura española ha supuesto que el Tribunal de Justicia de la UE haya indicado al Tribunal Supremo español que debía haber liberado a un líder secesionista catalán -que estaba siendo procesado por un referéndum ilegal- para que acudiera a Bruselas a recoger su acta como nuevo eurodiputado electo -en claro fraude de ley³⁴.

VI. Conclusiones

En tiempos de crisis de valores, en tiempos de populismo, en tiempos de democracias iliberales, hay que seguir manteniendo que la UE ha sido capaz de producir cambios positivos en los nuevos Estados miembros para que adopten las reglas, códigos y principios del estado de derecho. Y por su mera existencia, la UE también ha tenido éxito en disuadir a los Estados miembros fundadores de las CCEE de retroceder también hacia regímenes antidemocráticos. Los casos de Hungría y Polonia, hoy por hoy hay que tratarlos como excepciones a la regla general, en este caso, como excepciones al estado de derecho. Pero lo cierto es que si ambos solicitaran la membresía hoy, no ingresarían a este club exclusivo al que ya pertenecen. La deriva antidemocrática de Hungría y Polonia es un ataque total contra todos los valores europeos consagrados en el art. 2 TUE. La velocidad a la que se produce la destrucción del estado de derecho en estos dos países evidencia la importancia de una cultura jurídica fuerte y convincente más allá de las meras normas

³⁴ TJUE: c-502/19 de 19 de Diciembre de 2019, Oriol Junqueras Vies / Fiscalía.

escritas. La separación de poderes y la independencia judicial son el núcleo del ataque, ya que los partidos gobernantes Law & Justice y Fidesz son conscientes de que un poder judicial independiente robusto frena cualquier plan para eludir el orden constitucional. Los líderes populistas saben bien que necesitan un poder judicial domesticado y controlado para implementar sus planes iliberales. Sin embargo, el surgimiento del populismo y el nacionalismo en muchos otros estados europeos no ayuda, ya que están cuestionando el consenso existente sobre el papel esencial que desempeña el estado de derecho en nuestras sociedades. Como evidencia de esto, Croacia y España se ubican en primer y cuarto lugar como los Estados miembros donde el público en general percibe la falta de independencia del poder judicial, según el Cuadro de indicadores judiciales. Estas no son buenas noticias³⁵.

¿Podría la raíz del problema ser la falta de convicción suficiente y la interiorización del papel desempeñado por el estado de derecho y los valores dentro de la UE? Deberíamos pensarlo, especialmente porque el riesgo de un efecto contagio es evidente. No hay que ser agorero pero Ursula von der Leyen necesitó los votos de la Ley y la Justicia de Polonia para ser elegida como Presidenta de la Comisión. Habrá que plantearse si la nueva Comisión será capaz de aplicar medidas más fuertes y efectivas contra los Estados incumplidores en estas condiciones.

³⁵ Judicial Scoreboard, cit., p. 45.

Bibliografía

BARD, P., *The Open Society and Its Enemies: An attack against CEU, academic freedom and the rule of law*, "Policy Insights", año 2017, nro. 14.

BARD, P. - PECH, L., *No checks, no balances: The reality of Orban's autocratic constitutional revolution*, "Reconnect Project", 28/10/2019.

BURAS, P., *Europe and its discontents. Poland's collision course with the EU*, "European Council on Foreign Relations".

JURJE, F., "Europeanization in new member States: Effects on domestic political structures", en MATLAK, M. - SCHIMMELFENNIG, F. (eds.), *Europeanization revisited: Central and Eastern Europe in the EU*, Florencia, EUI, 2018.

KOCHEROV, D., *Rule of law crisis in the new Member States of the EU*, "Reconnect Working Paper", año 2018, nro. 1.

LAVELLE, P., *Europe's rule of law crisis: An assessment of the EU's capacity to address systemic breaches of its foundational values in Member States*, "Trinity C. L. Rev.", año 2019, vol. 22.

MARODY, M., *Transformations of Polish society*, "Social Research: An International Quarterly", año 2019, vol. 86, nro. 1.

MATLAK, M. - SCHIMMELFENNIG, F. (eds.), *Europeanization revisited: Central and Eastern Europe in the EU*, Florencia, EUI, 2018.

MENDELSKI, M., *Europeanization and the rule of law: Towards a pathological turn*, "Southeastern Europe", año 2016, vol. 40, pp. 346-384.

SANDERS, A. - VON DANWITZ, L., *Selecting judges in Poland and Germany: Challenges to the rule of law in Europe and propositions for a new approach to judicial legitimacy*, "German L. J.", año 2018, vol. 19.

SANZ CABALLERO, S. (ed.), "El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa", en *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores de la UE*, en prensa.

SCALIA, A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, “The University of Chicago Law Review”, 1989, vol. 56, nro. 4.

SCHUKKING, J., *Protection of human rights and the rule of law in Europe: A shared responsibility*, “NQHR”, año 2018, vol. 36, nro. 2.

SENANTE, H., *España ante la Unión Europea, el primer acercamiento*, Alfonso el Magnanim., 2006.

SUANZES, P., *Hungría revienta las reglas al retransmitir una reunión de ministros europeos por Twitter*, “El Mundo”, 10 de Diciembre de 2019.

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización¹

§

José María Serna²

Sumario

I. Introducción: ‘lo Constitucional’ en la era de la globalización. II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”. III. Segunda línea: globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos. IV. Tercera línea: la “constitucionalización del Derecho Internacional”. V. Cuarta línea: la globalización del Derecho Constitucional como “convergencia”. VI. Reflexión final.

I. Introducción: ‘lo Constitucional’ en la era de la globalización. II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”.

El reconocimiento de que “algo” está pasando con el “poder” y con el “Estado” en el contexto de la globalización (expresado, por ejemplo, en lo que Picciotto denomina la transición del “gobierno” a la “gobernanza”),³ ha abierto debates diversos desde la perspectiva del derecho constitucional. Y esto es totalmente lógico por las siguientes razones: el derecho constitucional *moderno* tiene como objeto primordial el control del poder político (localizado en el Estado). Toda la teoría y la dogmática constitucionales de la *modernidad* se han construido alrededor de este supuesto. Ahora bien, si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante en el marco de procesos que tienen que ver con la globalización y la gobernanza

¹ El presente texto fue publicado como el Capítulo V de mi libro *titulado Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

² Doctor en Derecho (UNAM).

³ PICCIOTTO, *Constitutionalising Multi-Level Governance*, “Cardozo School of Law and NYU School of Law”, año 2007, November 4-5, p. 1.

global, entonces es lógico y natural que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional.

Parafraseando a Held, podríamos afirmar que el significado de las constituciones, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estados-nación de la actualidad, debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja, formada por organizaciones internacionales y regionales, por actores no-estatales de carácter transnacional, y por actores, procesos, intercambios y flujos nacionales e internacionales de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación.⁴

En las siguientes páginas se esbozará de manera sucinta las diversas líneas de debate detectadas en la literatura académica preocupada por el tema. Será un resumen muy apretado y esquemático, cuyo propósito consiste en identificar los cambios posibles que ha experimentado la forma de entender 'lo constitucional', en la era de la llamada globalización y ante los retos que plantea la 'gobernanza global'.⁵

II. Primera línea: la “confrontación de paradigmas”.

Existe un sector de la literatura que sugiere la necesidad de un cambio de paradigma para explicar el impacto de la globalización en el derecho constitucional.

⁴ Me refiero aquí a la explicación que da Held sobre cómo el Estado-nación está cada vez más inmerso en redes de interconexión mundial, permeadas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, lo cual ha abierto otro debate relevante: el de la soberanía del Estado en el contexto de un mundo “post-westfaliano”. Por ello es que Held sostiene que “...el significado de las instituciones políticas actuales debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja y de un amplio espectro de organizaciones internacionales y regionales, existentes y emergentes, que trascienden y median las fronteras nacionales.” HELD, *La Democracia y el Orden Global*, p. 43.

⁵ Cuando se antepone el artículo neutro a un adjetivo, éste se sustantiviza y en ocasiones puede llegar a tener un valor colectivo. Así, hablar de “lo constitucional” implica identificar qué normas tienen una naturaleza constitucional, sea por versar sobre la protección de derechos humanos de las personas, o por regular procesos de gobierno clave. Esto nos lleva a una de las preguntas centrales de la presente investigación: ¿Sólo la Constitución del Estado nacional protege derechos humanos y regula procesos de gobierno clave? O, en otras palabras: ¿”Lo constitucional” solamente se encuentra en la Constitución del Estado nacional?

En esta línea se encuentran trabajos como el de Anderson, cuyas ideas principales pueden resumirse en el siguiente párrafo:

“Uno de los temas centrales en estos debates [sobre la globalización], tiene que ver con el grado en que el poder político ha dejado de residir exclusiva o primordialmente, en las instituciones de gobierno del estado nacional. Se argumenta que somos testigos del surgimiento de formas relevantes de autoridad política por fuera del foco tradicional en las instituciones públicas del estado, y que los actores e instituciones de la economía global están estableciendo cada vez más los patrones de conducta de la vida social.”⁶

El argumento central de Anderson es el siguiente: necesitamos reconfigurar nuestra comprensión del derecho constitucional y de los derechos constitucionales de acuerdo al paradigma del pluralismo jurídico. Es este paradigma el que nos permite entender mejor, y responder a los retos actuales del constitucionalismo en la era de la globalización. El pluralismo jurídico nos proporciona las herramientas para aprehender la realidad contemporánea consistente en la existencia de múltiples sitios de gobernanza. El pluralismo jurídico permite introducir en el análisis categorías excluidas del discurso tradicional del constitucionalismo, centradas en el Estado, ante el poder creciente de actores privados; la idea es lograr la rendición de cuentas de todas las formas de poder que hay en la actualidad. Se requiere, por tanto, un cambio de paradigma, pues el anterior ha perdido contacto con los patrones contemporáneos de poder.⁷

Nos llevaría mucho tiempo y espacio explicar aquí la idea que Anderson tiene del pluralismo jurídico. Simplemente diremos que en su esquema el constitucionalismo en la actualidad debe abarcar tanto cuestiones de poder público, como de poder privado. Y de ello deriva un argumento en favor de la existencia de múltiples fuentes de derecho constitucional. Asimismo, el pluralismo jurídico de Anderson también se opone a la idea de que el Estado es el único sitio del discurso constitucional, y resalta la necesidad de ir más allá de la constitución explícita para explicar los fenómenos constitucionales contemporáneos. Según Anderson, como el

⁶ ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, p. 3.

⁷ *Ibid.*, pp. 3-4.

Estado no tiene el monopolio de crear derecho constitucional, entonces es necesario desarrollar un enfoque de análisis que tome en cuenta otros sitios de producción.⁸

En una línea similar, Neil Walker habla del surgimiento de un “pluralismo constitucional”,⁹ es decir, de lo que califica como una “proliferación de sitios constitucionales”, teniendo en mente principalmente la experiencia de la Unión Europea, pero también las de entidades como el esquema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Para Walker la proliferación de sitios constitucionales *post-estatales* y el surgimiento de nuevos procesos de relación entre los distintos sitios, cada uno con su propio marco metaconstitucional de justificación, es una característica central de la era *post-Westfaliana*.¹⁰

La pregunta clave que Walker se hace, en la cual se puede apreciar el nivel paradigmático en el que se mueve su análisis, es la siguiente: ¿La forma del pensamiento constitucional, es adecuada para “capturar” las tendencias post-nacionales? Algunos autores contestan que no: el constitucionalismo ‘tradicional’ o ‘clásico’ (centrado en instituciones públicas estatales) no es útil para explicar y para desarrollar razonamiento práctico, en la configuración y limitación de la autoridad en un contexto post-estatal.¹¹ Sin embargo, Walker afirma lo contrario. Es decir, defiende la idea de que la forma del pensamiento constitucional sí puede adecuarse y ser normativamente útil ante lo que llama las ‘tendencias post-nacionales’. Y su explicación gira en torno a la idea ya mencionada de ‘pluralismo constitucional’.

En otro ensayo, y vinculado también con la idea de ‘pluralismo constitucional’, Walker desafía el constitucionalismo centrado en el Estado, así como la noción de que los *modos de gobierno constitucional* son exclusivos de los Estados. De esta manera, examina el desarrollo, más allá del Estado, de ciertos niveles e instancias con capacidad de toma de decisiones, así como de ciertos tipos de instituciones y prácticas transnacionales con capacidad regulatoria, que están normalmente

⁸ *Ibid.*, pp. 145-151.

⁹ WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, “Modern Law Review”, año 2002, vol. 65, pp. 318-319.

¹⁰ *Ibid.*, p. 357.

¹¹ *Ibid.*, p. 324.

asociados a la oferta de “gobernanza constitucional”.¹² Con ello, se refiere a organizaciones regionales como la Unión Europea o el TLCAN; o bien a organizaciones funcionales como la OMC y la *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN), así como a instituciones globales dentro del marco de las Naciones Unidas.¹³

Asimismo, estudia Walker la tendencia creciente de estas instancias post-estatales con capacidad de generar políticas, y de las instituciones y prácticas de regulación vinculadas a ellas, a ser conceptualizadas en términos constitucionales explícitos, así como el crecimiento en la ‘imaginación’ constitucional de instituciones regulatorias post-estatales.¹⁴

En suma, en esta primera línea (en la que se ubican autores como Anderson, Walker y otros más, como Teubner¹⁵), se puede identificar un común denominador: los procesos identificados con la globalización y la gobernanza (doméstica y global) imponen un cambio de paradigma en la teoría constitucional, en aras de lograr los fines del constitucionalismo (control del poder y protección de los derechos humanos), en un nuevo contexto en el cual el poder y las amenazas a los derechos humanos no provienen exclusivamente de órganos estatales.

III. Segunda línea: globalización y su impacto (positivo o negativo) en normas y principios constitucionales básicos.

Dentro de esta línea podemos encontrar diversas sub-líneas de análisis, tales como la manera en que las instituciones de la gobernanza global pueden llegar a influir en las constituciones de los Estados nacionales; la relativa a la llamada Internacionalización del Derecho Constitucional; y la que se preocupa por examinar los patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional.

¹² Las capacidades de estas instituciones van desde el surgimiento de cartas de derechos y regímenes fuertes de revisión judicial, a la elaboración de ‘checks and balances’ inter-institucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. WALKER, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, “Political Studies”, año 2008, vol. 56, p. 519.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, pp. 519-520.

¹⁵ TEUBNER, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, en JEORGES - SAND - TEUBNER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*.

1. La influencia de las instituciones de la gobernanza global en las constituciones de los Estados nacionales. Para explicar esta sub-línea, recurrimos a Stephen Zamora, quien ha observado lo que denomina ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el (Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades supranacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA encontrarían completamente inapropiada.¹⁶ La pregunta sería: ¿qué implicaciones constitucionales tiene este fenómeno?

2. La **Internacionalización del Derecho Constitucional**, alude al fenómeno por el cual el derecho constitucional de los estados-nacionales se ve influido en sus contenidos y en sus estructuras, por el derecho internacional, de diversas maneras.

En esta sub-línea se ubican autoras como Anne Peters quien sostiene que la globalización y la gobernanza global pueden afectar positiva o negativamente, principios constitucionales básicos de los Estados nacionales. Así, esta autora examina cómo es que ello sucede en relación con 4 principios constitucionales básicos de los Estados nacionales: *rule of law*, democracia, seguridad social y organización del territorio.¹⁷

Por otro lado, en los EUA ha surgido una escuela particularmente crítica de la influencia del derecho internacional sobre el derecho constitucional, encabezada por profesores como Ernest Young quien argumenta que lo que denomina el “constitucionalismo global”, tiene el potencial de alterar profundamente equilibrios

¹⁶ ZAMORA, *Allocating Legislative competence in the Americas*, “Houston Journal of International Law”, año 1997, vol. 19, nro. 3, pp. 640-641.

¹⁷ PETERS, “The Globalization of State Constitutions”, en NIJMAN - NOLLKAEMPER (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 270

constitucionales domésticos, que regulan la creación y la aplicación del derecho en los EUA.¹⁸ Esto venía sucediendo desde hace tiempo-afirma-en el área de derechos humanos, pero recientemente el derecho internacional se ha venido empalmando con la parte de la constitución que se refiere a las estructuras relativas a la legislación, la interpretación y la aplicación del derecho.¹⁹

Por sólo mencionar un fragmento de su esquema, Young sostiene que el “constitucionalismo global” afecta dos presupuestos básicos del Estado constitucional (Young piensa nada más en EUA, pero el argumento puede extenderse a otros Estados):

A. el derecho es creado por medio de un intrincado y cuidadosamente equilibrado proceso que deliberadamente ha sido diseñado para ser difícil de transitar; y

B. los actores en dicho proceso son en última instancia responsables entre ellos y ante el electorado.

Sin embargo, para Young, la globalización tiene la capacidad de cambiar estos dos presupuestos, pues existen fuentes del derecho supranacionales que operan fuera de ese sistema de *checks-and-balances* y de responsabilidad (*piensa en el derecho creado en el marco de la OMC o del TLCAN*),²⁰ y crea el riesgo de debilitar

¹⁸ Por “constitucionalismo global” entiende el fenómeno por el cual las normas internacionales cada vez más están llamadas a jugar el papel que juegan los principios constitucionales en el orden jurídico interno. YOUNG, *The Trouble with Global Constitutionalism*, “Texas International Law Journal”, año 2003, vol. 38, p. 528.

¹⁹ El acuerdo de la OMC, por ejemplo, no sólo establece reglas para regular el comercio internacional; sino que también establece procedimientos quasi-legislativos e instituciones de resolución de conflictos para la interpretación y la aplicación de dichas reglas. *Ibid.*, p. 528.

²⁰ Se pregunta Young: ¿Ante quién responden los paneles de la OMC o de TLCAN? ¿Se puede responsabilizar al Congreso si **tuvo** que cambiar una ley por hacerla coherente con normas de la OMC? Aparte, señala Young que ni la OMC ni el TLCAN fueron producto de un tratado, sino de un acuerdo ejecutivo, que transfiere poderes al ejecutivo, y disminuye los de los estados (via el Senado), bajo la idea de que el procedimiento del *fast track* debilita los llamados “political safeguards of federalism”, entre los que se encuentra el poder del Senado de EUA para dar su “consejo y consentimiento” dentro del procedimiento de aprobación de tratados internacionales (y no de acuerdos ejecutivos). Pero también afecta la democracia: tanto la OMC como el TLCAN establecen un esquema en que leyes aprobadas por legislativos nacional o estatales democráticamente elegidos, pueden ser declarados inválidos por tribunales supranacionales. *Ibid.*, pp. 534-536.

la estrategia institucional de la Constitución: dando la vuelta a la estructura de creación del derecho (por ejemplo, el caso del derecho consuetudinario internacional).²¹

La preocupación de Young va por el lado de su visión de la soberanía. Sugiere que en el derecho de EUA, la soberanía está vinculada íntimamente con la naturaleza básicamente procedimental del arreglo constitucional: “El pueblo americano espera que ciertas decisiones que les afectan habrán de ser tomadas a través de específicos procesos constitucionales, por personas que son responsables ante él”. Procesos que además –señala Young- están diseñados para preservar la libertad, responsabilidad y la separación de poderes. Burlar estos procesos significa hacerlos ineficaces en su papel para proteger la libertad.²²

En Europa, y desde otra perspectiva pero dentro de la misma sub-línea, autores como Armin von Bogdandy han analizado el impacto de la globalización sobre el principio democrático consagrado por las constituciones de los Estados-nacionales. Así, este autor explica la globalización en términos de una transformación profunda del Estado nación, provocada por el incremento masivo de interacción entre las mismas esferas de diferentes naciones, que ha llevado a la fusión parcial de ámbitos que antes eran exclusivamente nacionales. Asimismo, la globalización significa la proliferación de organizaciones internacionales y la expansión del derecho internacional, así como la creciente autonomía de ambos respecto de las preferencias de estados individuales.²³

Sin embargo, afirma von Bogdandy, estos procesos pueden afectar la simbiosis históricamente formada entre el Estado-nación y la democracia, en el entendido de que esta simbiosis implica que la legitimidad del Estado y del derecho (estatal), proviene precisamente del principio democrático. En efecto, en su explicación hay una

²¹ Young afirma que el derecho consuetudinario internacional, conforma un código de derechos humanos, que se convierten en una “constitución paralela” para cualquier nación dispuesta a aplicarlo. Y resulta que en EUA, la Corte ha determinado en *Paquete Habana* (175 U.S. 677, 700, 1990) que “el derecho internacional es parte de nuestro derecho” y de ahí algunos han afirmado que el derecho consuetudinario internacional está incluido, y tiene efecto directo, y es federal para los propósitos de supremacía sobre el derecho estatal. Aunque esta posición es debatida. *Ibid.*, p. 533.

²² *Ibid.*, p. 542.

²³ BOGDANDY, *Globalization and Europe*, “European Journal of International Law”, año 2004, vol. 15, no. 5, p. 885.

conexión entre el derecho y el principio democrático, en el sentido de que éste último (cuya base legal es el concepto tradicional de soberanía popular), dota de legitimidad al primero, a través de los procesos *democráticos* previstos en la constitución nacional. De esta manera, afirma:

“El derecho nacional, antes considerado como la expresión de la voluntad del pueblo, cada vez implementa más reglas internacionales que resultan de un proceso internacional que es necesariamente diferente de los procesos que ocurren bajo las constituciones domésticas. El derecho nacional es así des-nacionalizado. En resumen, la política nacional se encuentra ahora atada a una multiplicidad de límites jurídicos y fácticos que se originan desde fuera del estado nación. En la medida en que la política nacional refleja procesos democráticos, la globalización y la democracia entran en colisión.”²⁴

Sobre la base de estas premisas, pasa von Bogdandy a examinar las diferentes posturas relativas al impacto de la globalización sobre el principio democrático. En primer lugar, se refiere a las posturas que ven en la globalización una amenaza a la auto-determinación nacional. A su vez, y en el marco de esta primera postura general, encuentra varias versiones, a saber: A. Globalización como Americanización (promovida e impulsada por instituciones como el Banco Mundial y la OMC), ante lo cual los procesos democráticos no son ya capaces de dar forma a la vida nacional. B. Globalización como una estrategia capitalista, que busca reducir las instituciones del Estado de Bienestar para incrementar las ganancias y conquistar mercados (afectando el equilibrio democrático entre intereses de clase opuestos). C. Globalización como el debilitamiento de las instituciones del Estado, postura que se centra en la debilidad progresiva del Estado frente a grupos, individuos y organizaciones transnacionales, capaces de emanciparse de la supremacía política de las instituciones estatales.²⁵

Una segunda postura general descrita por von Bogdandy, es la que ve a la globalización como un instrumento para la democratización. Igualmente, dentro de esta postura general identifica varias perspectivas, a saber: A. Globalización como promotora de la democracia liberal, en una visión que enfatiza menos el tema de la

²⁴ *Ibid.*, p. 889.

²⁵ *Ibid.*, pp. 891-892.

democracia como auto-determinación política, resaltando en cambio la democracia como un conjunto de instituciones que aseguran el control y la responsabilidad de políticos y burócratas.²⁶ B. La Constitucionalización del Derecho Internacional, visión que se enfoca en la creciente importancia de reglas internacionales que obligan y limitan a los gobiernos nacionales, y que enfatiza aspectos como la profundización de la dimensión ética del derecho internacional; su expansión y aplicación más eficaz; y la emancipación parcial de la voluntad de los estados individuales.²⁷

Finalmente, von Bogdandy se refiere a la postura general según la cual la globalización no está teniendo ningún impacto en las instituciones nacionales ni sobre la efectividad de la democracia. Visión asociada, según dice el autor, a algunos círculos sindicalistas.²⁸

3. Patrones de interacción entre el sistema jurídico internacional y el nacional

Una segunda sub-línea se centra en el examen de las fórmulas, instrumentos normativos, mecanismos o doctrinas jurídicas por medio de las cuales se da la interacción entre los ámbitos normativos nacional e internacional. Así, esta línea se preocupa por temas sistémicos y estructurales: fórmulas de recepción; cláusulas de jerarquía; doctrinas judiciales de aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico. Todos ellos son temas constitucionales, por las siguientes razones. En primer lugar, las fórmulas de recepción son decisiones que se definen en las Constituciones nacionales. En segundo lugar, las cláusulas que determinan cuál es la jerarquía del derecho internacional dentro de los sistemas jurídicos domésticos, son disposiciones típicamente constitucionales. Y en tercer lugar, las doctrinas judiciales que definen la aplicación (o de no-aplicación) del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico, también son de carácter y de relevancia constitucional, ya sea porque su sustancia o materia afecta temas típicamente constitucionales (derechos humanos, separación de poderes, distribución

²⁶ La postura supone que los procesos asociados a la globalización ponen límites al espectro de decisiones no-razonables de los políticos que dañan los intereses de la mayoría de los consumidores. Además, la democracia y los derechos fundamentales se suponen estabilizados por esta visión, a través de la publicidad global y los medios de comunicación globales, que debilitan a los gobiernos autoritarios. *Ibid.*, pp- 893-894.

²⁷ *Ibid.*, pp. 894-895.

²⁸ *Ibid.*, p. 895.

vertical de competencias entre niveles de gobierno), o bien porque provienen del juez constitucional.

En esta sub-línea se ubican autores como Cassese, quien después de reconocer la relevancia de estudiar las interacciones entre derecho internacional y derecho doméstico, así como de la importancia que el derecho interno tiene para la eficacia del derecho internacional, se hace la siguiente pregunta: ¿en qué medida los Estados establecen la maquinaria doméstica para implementar el derecho internacional?²⁹

Esta pregunta lleva a Cassese a definir el propósito de su trabajo en los siguientes términos: estudiar la actitud de los estados modernos hacia la comunidad internacional, en la medida en que esta actitud está sancionada y cristalizada en los textos constitucionales. A este autor le preocupa observar si los estados están dispuestos o no a aceptar y avalar los estándares jurídicos de conducta de la comunidad internacional y de garantizar su observancia dentro de su sistema jurídico nacional, o si sospechan o son indiferentes a esos estándares, tal y como se puede ver en sus constituciones.³⁰

De esta manera, Cassese elabora una clasificación de las distintas fórmulas empleadas por las constituciones para definir la recepción y la jerarquía no solamente del derecho internacional de los tratados, sino también del derecho internacional consuetudinario.

Entre sus conclusiones, Cassese señala que los países tienden a ser muy precavidos en cuanto a su aceptación de estándares internacionales en su derecho nacional. Hay preocupación-dice- por salvaguardar valores nacionales básicos, por lo que incluso países occidentales muy orientados hacia afuera dudan en proclamar una lealtad irrestricta y no calificada al derecho internacional en sus constituciones. Se prefiere entonces una aproximación de caso-por-caso a las reglas internacionales, es decir, no cristalizar de una vez y para siempre en sus constituciones un firme e irrevocable compromiso de cumplimiento no cualificado a todas las reglas internacionales. Asimismo, ve un desfase entre la suscripción de tratados, y la aceptación de escrutinio internacional o la adopción de mecanismos internos para

²⁹ CASSESE, *Modern Constitutions and International Law*, "Recueil des Tours, Académie de Droit International", año 1985, III, p. 342,

³⁰ *Ibid.*, p. 343.

asegurar que los tratados sean cumplidos y respetados por las autoridades nacionales, incluyendo a los legisladores.³¹

Por su parte, Cottier y Hertig, en su intento por dar orden y coherencia al fenómeno de la 'gobernanza multi-nivel' (la coexistencia de diversos niveles de gobernanza, todos ellos con su propia pretensión de ejercicio de autoridad legítima),³² examinan las posibilidades y límites que para estos propósitos tiene el principio de supremacía o de jerarquía. Así, por un lado, estos autores encuentran buenas razones para apoyar el principio de supremacía de los niveles "más altos" de gobernanza en caso de conflicto.³³

Pero por otro lado, identifican límites y excepciones al propio principio de supremacía. Es decir, ven en el principio de supremacía un principio ordenador, pero que no se ha de aplicar de manera absoluta. Por ello, es importante diseñar criterios bajo los cuales los niveles más bajos de la gobernanza puedan prevalecer sobre los más altos. De hecho, señalan estos autores, esta es la pretensión de muchas constituciones en la actualidad. Por ejemplo, en los EUA la Corte no reconoce que el derecho internacional sea superior a la Constitución de ese país. Y en el caso de

³¹ *Ibid.*, pp. 442-444.

³² COTTIER - HERTIG, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", en BOGDANDY - WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, año 2003, vol. 7.

³³ Primero. Una razón fáctica: incluso bajo preceptos tradicionales, la lógica de la supremacía de los niveles más altos de gobernanza se reconoce generalmente, dado sus importantes papeles de coordinación y coherencia. Por ejemplo, el principio de supremacía del derecho federal *vis a vis* el estatal, provincial o cantonal es aceptado. De manera similar, al derecho internacional se le reconoce como un orden más alto, como se expresa en el principio de *pacta sunt servanda*, que se aplica con toda su fuerza a las relaciones internacionales y produce, si es violado, responsabilidad estatal. En segundo lugar, hay una razón funcionalista: una jerarquía básica entre diferentes niveles constitucionales es necesaria para asegurar el funcionamiento de los niveles más altos de gobernanza. Sin una jerarquía básica los diferentes niveles no pueden asumir sus funciones de coordinación. Tercero: la supremacía de los niveles más altos se deriva también de la participación y el consentimiento y la naturaleza obligatoria del consentimiento, expresada en *pacta sunt servanda*. "...indeed, supremacy viewed as a system of chains of command, of simple taking orders from above, would be illegitimate. The five storey house does not, however, represent such a system, since higher floors of the building are essentially constituted by lower levels and defined by their input. The way a 'lower' level participates in the 'higher' level therefore is of key importance in order to define as to whether that level and its claim to supremacy is legitimate." COTTIER - HERTIG, *Ibid.*, pp. 307-309.

Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha dicho que el derecho de los niveles superiores de gobernanza no puede prevalecer en casos en que infrinja derechos inalienables de los ciudadanos. Igualmente, y pensando en las instituciones de democracia directa típicas del sistema suizo, señalan estos autores que el efecto directo del derecho de los niveles de gobernanza más altos no debe reconocerse en la medida que no corresponde con los procesos que permiten la participación democrática y legitimidad comparable del derecho nacional.³⁴

En suma, proponen Cottier y Hertig, que los niveles más altos deben mostrar sensibilidad hacia los valores principales de los niveles más bajos de gobernanza (como forma de lograr mayor aceptación de los de arriba por parte de los de abajo). Por ello es que su concepción del “five storey house”³⁵ conlleva la idea de comunicación entre los diferentes niveles. En suma, la propuesta comienza con la presunción de jerarquía, pero puede permitir derogaciones en la medida en que se requiera para la protección de derechos o de otros valores de la democracia constitucional en cuestión.³⁶

Finalmente, encontramos también estudios referidos a la recepción del derecho internacional y más en específico, de las decisiones de los tribunales internacionales por los tribunales nacionales.³⁷ En esta línea, destacan los estudios relativos a una

³⁴ *Ibid.*, pp, 311-312.

³⁵ Este concepto describe el fenómeno de la gobernanza multinivel, a manera de cinco niveles que se empalman e interactúan: municipal-local-nacional-regional-global.

³⁶ “La idea de proceso, comunicación e interacción, más que precedencia mecánica de los niveles de gobernanza “más altos” sobre los “más bajos”, es importante para entender cómo el sistema constitucional está evolucionando hacia una mayor coherencia, asegurando que las salvaguardas adecuadas se establezcan en el nivel de gobernanza apropiado y que el sistema como un todo responda a los preceptos del constitucionalismo tradicional. Es importante proteger la vida, la libertad y propiedad, y perseguir los fines del bienestar humano y el desarrollo con un derecho económico no discriminatorio. Pero estas garantía y fines no necesitan estar presentes en todos los niveles de gobernanza de igual manera.” *Ibid*, pp. 313-314.

³⁷ Por ejemplo, ver BEDJAOUI, *The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals* o DAWN JARMUL, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, ambos “International Law and Politics”, años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2; o bien SLYZ, “International Law in National Courts”, en FRANCK - FOX, (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

serie de doctrinas que regulan o modulan la recepción del derecho internacional en el derecho interno, que tienen un interés para los estudios constitucionales en razón de que han sido elaboradas por los jueces constitucionales de los diversos Estados, en interpretación de cláusulas constitucionales sobre recepción de derecho internacional en el derecho interno. Me refiero a la temática y los debates relativos a doctrinas como del carácter auto-ejecutable o no-auto-ejecutable del derecho internacional; su “efecto directo” (o falta de); la doctrina del margen de apreciación; el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*. Incluso, en este apartado podría incluirse la discusión sobre la justiciabilidad o no (en términos de control constitucional) de los actos de los organismos internacionales.³⁸

IV. Tercera línea: la “constitucionalización del Derecho Internacional”.

En general, este se refiere a la posibilidad de que el derecho internacional adquiera dimensiones constitucionales o desempeñe ‘funciones’ constitucionales. Por ejemplo, Cottier y Hertig notan un uso cada vez más frecuente de terminología constitucional en el ámbito del derecho internacional público. Y se preguntan: ¿Estamos ante una “inflación” del término?, ¿Es esto inadecuado?, ¿es dicha terminología exclusiva del estado nación?

Y en efecto, algunas organizaciones internacionales denominan “constituciones” a sus cartas constitutivas (FAO, UNESCO). En la doctrina hay autores que hablan de una ‘emergente constitución global’, de una ‘constitución de la humanidad’ o de una ‘constitución universal de derecho internacional público al referirse a la Carta de la ONU o de una ‘constitución económica mundial’ al referirse a la OMC.³⁹ Y ante esto,

³⁸ Recuérdense la decisión de la Corte Constitucional de Bosnia/Herzegovina, Nov., 3, 2000 en el Caso U9/00, sobre la revisión de ciertas decisiones de la Oficina del Alto Representante de las Naciones Unidas en Bosnia. O bien el debate sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, referidas al combate al terrorismo y su posible inconstitucionalidad. *Vid supra*, nota 9.

³⁹ Como explica Kumm, hay una tendencia a afirmar que el derecho internacional tiene una constitución. La idea de constitución es empleada en varias formas. Algunos sugieren que la Carta de la ONU puede ser vista como la constitución mundial (FASSBENDER, *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*) o que la OMC se ha convertido en la constitución económica del mundo (PETERSMAN, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, “37 *Loyola of LA Law Review*”, 2003), o que hay una constitución global no escrita (CASS, *The*

surge la pregunta obligada: ¿no se corre el riesgo de diluir el significado de Constitución?⁴⁰

El tema es abordado por Biaggini, quien se pregunta si este nuevo “anhelo constitucional” (internacional) manifiesta una nueva orientación de la idea de Constitución. Para este autor, la expansión del concepto de Constitución no es casualidad: es un testimonio totalmente elocuente del proceso de cambio en las estructuras jurídicas internacionales con una dimensión plenamente constitucional.⁴¹

Al referirnos a esta línea analítica, debemos señalar que nos encontramos ante el tema de lo que se ha dado en llamar la “Constitucionalización del Derecho Internacional”, concepto que para Cottier y Hertig, puede hacer referencia a dos significados:

A. es una herramienta analítica para describir cambios estructurales en el sistema jurídico internacional; y

B. una estrategia sobre cómo hacer avanzar la eficiencia, coherencia y legitimidad del derecho internacional por la vía de aplicar teorías del derecho constitucional al sistema internacional como un todo o a organizaciones internacionales.⁴²

En este sentido, autores como Tomuschat han propuesto que algunas reglas del derecho internacional desempeñan funciones constitucionales con respecto a los ámbitos internacional y nacional (función que es velar por la paz internacional, la seguridad y justicia en las relaciones entre Estados, los derechos humanos y el Estado de Derecho dentro de los Estados para el beneficio de los seres humanos). La esencia del argumento constitucional de esta postura -añade Bogdandy- es que los principios centrales del derecho internacional se refieren y limitan a todas las formas del poder político.⁴³

'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade, “EJIL”, año 2001, vol. 12).

⁴⁰ COTTIER - HERTIG, *op. cit.*, pp. 279-281.

⁴¹ BIAGGINI, *La Idea de Constitución*, “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, año 2003, 2003, pp. 49-51.

⁴² *Ibid.*, pp. 272 y 275.

⁴³ BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany*, “Harvard International Law Journal”, año 2006, vol. 47, p. 226. Nuestra referencia a Tomuschat se basa en el

Una de las innovaciones conceptuales de Tomuschat es que el derecho internacional tiene funciones constitucionales, idea que radicaliza después y lleva al extremo de afirmar que también cumple un papel fundacional para el Estado y su constitución. Sin embargo, no concibe este papel fundacional en términos formales como una relación de competencias delegadas, sino que basa su construcción en una cuestión de sustancia, en particular bajo la forma de los derechos humanos: la comunidad internacional se mueve progresivamente de un sistema centrado en la soberanía a un sistema orientado por valores o por los individuos. Asimismo, en su visión el estado sigue siendo el actor más importante en el campo internacional, sin embargo, asume un *papel* en una *obra* escrita y dirigida por la comunidad internacional. Y se trata de una obra escrita y dirigida sin o contra la voluntad de los Estados.⁴⁴

En el orden institucional, Tomuschat ve un sistema multinivel, en que el Estado debe aprender a vivir en relación simbiótica con instituciones de la comunidad internacional en los niveles regional y universal. Ese sistema tiene elementos integrativos: primero, el carácter constitucional del sistema internacional se da alrededor de valores jurídicos fundamentales (art. 2 Carta ONU y derechos humanos internacionales). Segundo, Tomuschat propone un sistema político internacional con un considerable grado de autonomía vis-a-vis los Estados.⁴⁵

Finalmente, en cuanto al sustrato de legitimidad, que el Estado tiene en el “pueblo”, Tomuschat lo ve en el concepto de “comunidad internacional”. El derecho y la política internacionales se refieren a un grupo social llamado “comunidad internacional” al que pertenecen los estados. A su vez, esa comunidad internacional la presenta sobre todo como una comunidad de valores, insertos sobre todo en las obligaciones internacionales *erga omnes* y de *jus cogens*. En esta visión, los estados tienen legitimidad solamente en la medida en que respetan e implementan estas obligaciones fundamentales. Esta es una fuente de legitimidad, mas no de legitimidad

análisis crítico que Armin von Bogdandy hace de la propuesta de aquél, desarrollado en el artículo aquí citado.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 228. Ver también de Tomuschat su ensayo titulado: ‘Obligations Arising for States Without or Against their Will’, *Recueil des Cours*, La Haya, 993, pp. 195-374.

⁴⁵ *Ibid.*, p 231.

democrática, que para Tomuschat sólo puede venir a partir de los procesos democráticos dentro de los Estados.⁴⁶

De manera similar, Erika de Wet sostiene que está emergiendo un orden constitucional internacional que consiste en una comunidad internacional, un sistema de valores internacional y estructuras rudimentarias para su aplicación.⁴⁷ Para esta autora, el debate en Europa sobre la constitucionalización de la UE ha ilustrado la utilidad de trasponer al nivel post-nacional nociones abstractas del constitucionalismo, para así adquirir control sobre la toma de decisiones que ocurre fuera de las fronteras nacionales.⁴⁸ En este debate, se ha visto lo relevante del constitucionalismo como marco de referencia para el marco regulatorio que aspire a ser viable y legítimo de cualquier comunidad política, incluyendo las de nivel post-nacional: “órdenes constitucionales” que se forman más allá del Estado, y que pueden ser regionales, internacionales o supranacionales.⁴⁹

Por su parte, y contrario a la idea del surgimiento de un orden constitucional internacional como una totalidad, Walter y Peters han propuesto la idea del surgimiento de ‘constituciones parciales’. Así, Christian Walter argumenta que la simple transferencia de la noción de ‘constitución’ del contexto nacional al nivel internacional es insuficiente para atender los retos actuales. Por ello está contra la idea de una especie de ‘república mundial’ con su constitución mundial. Lo cual no significa que ‘estado’ y ‘constitución’ estén necesariamente ligados. Considera que ambos conceptos pueden separarse y que es posible llevar la noción de constitución a contextos no-estatales. El punto es que el concepto de constitución cambia de significado cuando se le transfiere y ese cambio es reforzado por los cambios estructurales a nivel internacional que están ocurriendo: la desagregación del Estado

⁴⁶ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁷ WET, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, “Leiden Journal of International Law”, año 2006, vol. 19, p. 611-632.

⁴⁸ WET, *The International Constitutional Order*, “International Comparative Law Quarterly”, año 2006, vol. 55, part 1, p. 51-52.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

y el proceso de sectorialización que vive el derecho internacional.⁵⁰ Con esto afirma Walter- en lugar de ir hacia una ‘constitución mundial’, estamos ante un orden consistente en ‘constituciones parciales’ (al nivel internacional y nacional), pues el surgimiento de un sistema de ‘gobernanza internacional’ también reduce a las constituciones nacionales a constituciones parciales y de ‘elementos constitucionales’ que pueden ser encontrados en diversos contextos. Sin embargo, como un todo, el sistema no tiene una constitución total. En opinión de Walter, la sectorialización del derecho internacional implica necesariamente moverse de una orientación centrada en el actor, a una centrada en la materia. Y ese es su principal observación analítica.⁵¹

Por otro lado, la sectorialización del derecho internacional lleva al tema de la coordinación entre regímenes (es decir, entre las ‘constituciones parciales’). En algunos casos, no hay gran discusión pues cada régimen es autónomo, con sus propios estándares y soluciones y principios, y así se acepta, cada uno siguiendo su propia lógica. Pero en otros casos, como el relativo a los derechos humanos, estamos ante un tema transversal que puede cortar o atravesar los otros regímenes. Los derechos humanos, apunta Walter, deben ser respetados independientemente del régimen. Por ello el régimen de derechos humanos no puede ser visto como cualquier otro régimen. En opinión de este autor, a la larga será necesario tener una solución jerárquica para el tema de derechos humanos y el Derecho internacional de los derechos humanos ofrece un núcleo para el desarrollo de esa solución jerárquica. Pero ni los mecanismos procesales ni los estándares sustantivos han sido alcanzados para transitar del nivel nacional al internacional de protección de los derechos humanos. Se puede decir que los estados tienen la obligación de establecer tales regímenes específicos de protección. Pero en la ausencia de ellos, toca a los tribunales nacionales asegurar un adecuado nivel de protección y-de ser necesario- no aplicar la decisión internacional en cuestión. Este desarrollo afirma Walter- arroja luz sobre los cambios en el papel del Estado anteriormente considerado como soberano: la perspectiva de funciones constitucionales resalta su nuevo papel como

⁵⁰ El fenómeno de la ‘sectorialización’ del derecho internacional se refiere a la tendencia a la multiplicación de jurisdicciones internacionales por ámbitos espaciales o geográficos (sectorialización regional) o por materias específicas (sectorialización especializada).

⁵¹ WALTER, “International Law in a Process of Constitutionalization”, en NIJMAN - NOLLKAEMPER (eds.), *op. cit.*, p. 191-192.

transmisor de obligaciones internacionales de tratados de derechos humanos en regímenes internacionales institucionalizados.”⁵²

Por su parte, Anne Peters sostiene la siguiente tesis: la “desconstitucionalización” doméstica debido a la globalización debería y podría ser compensada con la constitucionalización del derecho internacional. Así, afirma que la globalización ha llevado a que funciones de gobierno típicamente estatales, como garantizar seguridad humana, libertad, igualdad, están siendo parcialmente transferidas hacia niveles “superiores” e incluso, a actores no-estatales. El resultado es que la ‘gobernanza’ (entendida como el proceso de regulación y ordenación de temas de interés público) es ejercida más allá de los confines constitucionales de los estados. Esto significa que las constituciones estatales no pueden ya regular la totalidad de la gobernanza de una manera comprehensiva, y que la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo está siendo derrotado. Ante esto, el hueco en las constituciones nacionales afecta no solamente el principio constitucional de democracia, sino también el ‘rule of law’ y el de seguridad social. Sobre todo, las constituciones estatales no son más ‘constituciones totales’. En consecuencia, debemos pugnar-dice Peters- por una constitucionalización compensatoria en el plano internacional (*compensatory constitutionalization*). Solamente los varios niveles de gobernanza, tomados en conjunto, pueden proporcionar protección constitucional completa.⁵³

Peters observa el mismo fenómeno que Walter denomina ‘sectorialización’ y le llama “fragmentación” del derecho internacional, es decir, el surgimiento de regímenes sectoriales en derecho internacional, y la proliferación de tribunales internacionales especializados. Ante esto, afirma esta autora, una visión constitucionalista internacional debe reaccionar. Asimismo, Peters sugiere primero, que la fragmentación no es un problema en sí mismo. Lo importante es que haya formas y reglas para resolver los conflictos. Además, en realidad más que fragmentado, el derecho internacional ofrece una imagen de ‘unidad en la diversidad’ o ‘diversidad flexible’. Así, las ‘constituciones sectoriales’ pueden ser concebidas como

⁵² *Ibid.*, p. 209.

⁵³ PETERS, *Compensatory Constitutionalism*, “Leiden Journal of International Law”, año 2006, nro. 19, p. 580.

‘constituciones parciales’, lo cual va contra la idea de la constitución como totalidad, sin embargo -apunta Peters- ni siquiera las Constituciones nacionales son ya “totales”, no pueden regular la totalidad de la actividad política. Por tanto, las ‘constituciones parciales’ ya no son una cosa anómala. Entonces, la visión de derecho constitucional internacional debe desarrollar reglas de conflicto entre los varios sistemas y subsistemas. Y esto es lo que se necesita en términos prácticos.⁵⁴

Con otro enfoque, la propia Erika de Wet explica que otro dominio post-nacional en el que se usa el lenguaje constitucional son los tratados fundacionales de organizaciones internacionales. Y explica:

“Cuando se usa en este contexto, el término constitución se refiere al hecho de que el documento constitutivo de una organización internacional es un tratado internacional de una naturaleza especial. Su objeto es crear un nuevo sujeto de derecho internacional con cierta autonomía (de creación normativa), a la que los estados parte le confían la tarea de alcanzar fines comunes. La aproximación constitucional al derecho de las organizaciones internacionales es también indicativa del hecho de que los poderes que las organizaciones internacionales tienen debe ser ejercido de acuerdo con ciertos límites jurídicos, de manera especial los del documento constitutivo. La constitución de una organización internacional encarna así el marco jurídico dentro del cual una comunidad autónoma de naturaleza funcional (sectorial) realice su objetivo funcional respectivo, por ejemplo, liberalización comercial, protección de derechos humanos, o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.”⁵⁵

De Wet extiende el uso del término constitución más allá del uso arriba indicado “...para describir un sistema en que los diferentes regímenes constitucionales nacional, regional y funcional (sectorial) forman bloques de construcción de una comunidad internacional (‘international polity’) que es apuntalada por un sistema de valores esencial común a todas las comunidades e incrustado en una variedad de estructuras jurídicas para su aplicación. Esta visión de un modelo constitucional internacional está inspirado por la intensificación de la transferencia de toma de decisiones pública fuera del Estado nación hacia actores internacionales de

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 602-603.

⁵⁵ WET, *op. cit.*, “The International Constitutional Order”, p. 53.

naturaleza regional y funcional (sectorial), y su impacto en cuanto a la erosión del concepto de un orden constitucional total o exclusivo en el que las funciones constitucionales son atadas dentro del Estado nación por un solo documento. Asume un orden jurídico internacional cada vez más integrado en el que el ejercicio del control sobre el proceso de toma de decisiones políticas sería posible solamente en un sistema en que los órdenes constitucionales nacional y post-nacional (ej. regional y funcional) se complementan unos a otros en lo que equivale a “*Verfassungskonglomerat*.”⁵⁶

Finalmente, estudios como el de Deborah Cass, explican la transformación actual del régimen jurídico del comercio internacional en términos de su “constitucionalización”.⁵⁷ Esta autora sugiere que una forma posible de interpretar la llamada ‘constitucionalización’ del derecho del comercio internacional, se refiere a la generación de un conjunto de normas y estructuras de tipo constitucional por parte de las decisiones de carácter judicial del Organo de Apelación de la OMC. En este sentido, Cass identifica en dichas decisiones la estructura subyacente del debate constitucional y los principios del razonamiento constitucional, tales como: democracia y gobernanza, diseño constitucional, justicia y distribución de responsabilidades por las políticas públicas.⁵⁸

Por su parte, y en una línea parecida a la de Cass, Afilalo argumenta que el TLCAN, y en particular el Capítulo 11 sobre inversión, equivale a una ‘constitucionalización por la puerta de atrás’,⁵⁹ en el siguiente sentido: la aplicación de las reglas del derecho comercial internacional, tanto en el marco de la OMC como del TLCAN, implica con frecuencia el escrutinio de medidas domésticas que son sensibles a los intereses nacionales, en temas como protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y salud pública. Ahora bien, el método analítico seguido por el Organo de Solución de Disputas de la OMC o los paneles de arbitraje en el marco del TLCAN (órganos cuyos laudos pueden afectar la potestad regulatoria

⁵⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁵⁷ CASS, *The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law*, “European Journal of International Law”, año 2001, vol. 12, no. 1.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁹ AFILALO, *Constitutionalization through the Back Door*, “New York University Journal of International Law and Politics”, año 2001, vol. 34, no. 1.

de los Estados miembro), evoca el escrutinio constitucional, en el sentido de que el tribunal revisor determina en cada caso si la carga o afectación del comercio internacional causada por una medida doméstica está justificada por un interés nacional reconocido y, si es el caso, si tal medida es 'el medio menos restrictivo del comercio' para alcanzar dicho objetivo doméstico. Esto significa que el derecho comercial internacional se ha incorporado en el ápice de la jerarquía del sistema jurídico doméstico.⁶⁰ Sin embargo – apunta Afilalo- el TLCAN va todavía más allá, pues incluye un Capítulo 11 (sobre inversión), que otorga a agentes privados el derecho de acción por daños a sus inversiones, causados por medidas domésticas que violen las reglas del referido capítulo.

En el mismo sentido, Harten ha observado que el efecto general del Capítulo 11, como es el caso con todos los tratados bilaterales de inversiones, es regular el ejercicio de la autoridad pública por los estados anfitriones en relación con los inversionistas extranjeros. Y apunta:

“Desde esta perspectiva, los estándares del TLCAN podrían ser vistos como análogos a las reglas de derecho público doméstico que protegen a los individuos al limitar la autoridad del estado, pero en la esfera internacional.”⁶¹

Como apuntan Cottier y Hertig, en el debate sobre esta forma de ver a las constituciones y al constitucionalismo en la era de la globalización, todavía no hay un acuerdo conceptual ni teórico; sin embargo, es una señal de que la separación estricta entre derecho doméstico y derecho internacional está siendo puesta en cuestionamiento, y abre el debate sobre los prospectos del constitucionalismo en el siglo 21.⁶²

⁶⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁶¹ Por otro lado, el Capítulo 11 importa reglas y estructuras de arbitraje comercial internacional en la resolución de disputas inversionista-estado. Como tal, el arbitraje de una disputa bajo el Capítulo 11 se asemeja de manera muy cercana el arbitraje comercial clásico entre partes privadas. Esta contradicción en los aspectos de derecho público y privado del Capítulo 11 revela una tensión básica en el arbitraje inversionista-estado bajo los modernos tratados sobre inversiones. ¿Es el arbitraje inversionista-estado más como adjudicación de derecho público o arbitraje comercial?, ¿O es un híbrido, y si eso es así, debieran los principios de derecho público o de derecho privado tener preferencia en una circunstancia particular?” HARTEN, *Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?*, “Arbitration International”, año 2005, vol. 2, nro. 4, pp. 493-494.

⁶² *Ibid.*, pp. 272 y 275.

V. Cuarta línea: la globalización del Derecho Constitucional como “convergencia”.

Algunos autores sugieren una forma de entender la globalización y su impacto en el derecho constitucional, en términos de la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales, en sus estructuras y en sus mecanismos de protección a los derechos fundamentales. Tal es el caso de Mark Tushnet, quien identifica procesos de ‘arriba-abajo’ y de ‘abajo-arriba’ que contribuyen a dicha convergencia. De esta manera, entre los primeros, identifica el desarrollo de redes mundiales de jueces constitucionales, el incremento en las interacciones entre ellos y el ‘diálogo transjudicial’⁶³ para la adopción de soluciones a problemas que son comunes a gran parte de los sistemas constitucionales.⁶⁴

Por otra parte, nota Tushnet la influencia de ONGs de carácter transnacional como otra ‘ubicación institucional’ para explicar la globalización del derecho constitucional entendida como convergencia. Específicamente, afirma que por medio de su intervención en disputas constitucionales a lo largo y ancho del mundo, impulsan una concepción universalista de los derechos humanos, y a través de su labor de asesoría en los litigios influyen en las decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales en los distintos estados.⁶⁵ Asimismo, menciona también este autor la influencia de los tratados internacionales de derechos humanos, los órganos de aplicación de los mismos y sus implicaciones en los sistemas constitucionales domésticos. Todo ello, sugiere, tiende a impulsar una cierta convergencia tanto en estructura institucional como en la interpretación de los derechos humanos.⁶⁶

En cuanto a las presiones de ‘abajo-arriba’, Tushnet se refiere a aquellos estudios que conectan la globalización y el derecho constitucional por medio de

⁶³ Como ya vimos, Slaughter aplica su concepto de “transgubernamentalidad” a los poderes judiciales. Vid supra, notas 182-184. Ver también, de la misma autora, su ensayo “Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, núm. 99, 1994.

⁶⁴ TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, “Virginia Journal of International Law”, año 2009, vol. 49, no. 4, p. 985-991.

⁶⁵ Ibid., p. 989.

⁶⁶ Ibid., p. 990.

procesos de mercado. David Law, por ejemplo, afirma que la globalización económica incluye la competencia entre países por la inversión y el capital humano. Bajo esta perspectiva, los países compiten por ofrecer a los inversionistas y al capital humano (especialmente al más calificado), paquetes de beneficios que sean atractivos. En esos paquetes, argumenta Law, se encuentran niveles adecuados de protección constitucional.⁶⁷ Sobre esta base, Tushnet argumenta que tal convergencia puede ocurrir tanto respecto de derechos de propiedad, como de estructuras constitucionales. Sin embargo, acepta también que es razonable pensar que la convergencia ha de ocurrir con mayor celeridad respecto de los derechos, “en gran parte porque las estructuras constitucionales condicionan de manera más fuerte la forma en que la política es conducida al nivel nacional y así produce respuestas más fuertes, a través de aquellos que están involucrados en la política doméstica.”⁶⁸

Por otro lado, y también en la línea de la convergencia pero con un enfoque crítico, encontramos estudios como el de Hirschl, quien da una explicación política de la expansión global de un modelo constitucional basado en una carta de derechos fundamentales combinado con una revisión judicial activa. El argumento de su ensayo consiste básicamente en que la expansión global de dicho modelo es producto de la interacción estratégica entre élites políticas, élites económicas y ‘líderes judiciales’, que en sus respectivas sociedades son grupos hegemónicos pero que a la vez se sienten amenazados por impulsos provenientes de los procesos democráticos. Ante esta percepción, argumenta Hirschl, dichos grupos forman coaliciones de ‘innovación jurídica’ para determinar el tiempo (*timing*), la medida y la naturaleza de las reformas

⁶⁷ LAW, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, “Northwest University Law Review”, año 2008, vol. 102, p. 1277. En un sentido parecido, OGUS, *Competition Between National Legal Systems*, “International and Comparative Law Quarterly”, año 1999, vol. 48, Part 2. Ogus propone emplear un modelo de competitividad económica para explicar cómo es que los sistemas jurídicos nacionales compiten entre sí, lo cual en ocasiones lleva a la convergencia en relación con ciertas áreas del derecho. Para este autor, las interacciones entre sistemas jurídicos pueden crear una competencia externa por la oferta de derecho (*supply of law*).

⁶⁸ TUSHNET, *op. cit.*, p. 1002.

constitucionales. En esta visión, el objetivo último es el aislamiento de la formulación de políticas públicas de las vicisitudes del proceso político democrático.⁶⁹

Por último, hemos de mencionar que la idea de la ‘convergencia’, del ‘diálogo transjudicial’ entre jueces constitucionales, una ‘comunidad global’ de jueces constitucionales en comunicación constante, ha impulsado un renovado interés por el derecho constitucional comparado, como lo demuestran estudios sobre teoría de la interpretación constitucional comparada;⁷⁰ el uso del derecho constitucional comparado,⁷¹ la recepción y transplante de modelos constitucionales,⁷² o la ‘migración’ de las ideas constitucionales.⁷³ De hecho, una de los modos de interpretación que han sido identificados en la práctica de la jurisprudencia constitucional comparada, refleja una tendencia a la convergencia basada en la interpretación y aplicación de principios jurídicos universales.⁷⁴

⁶⁹ HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, “Indiana Journal of Global Studies”, año 2004, vol. 11, nro. 1, pp. 72-73.

⁷⁰ CHOUDHRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, “Indiana Law Review”, año 1999, vol. 74. Y ANNUS, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, “Duke Journal of Comparative and International Law”, año 2004, vol. 14.

⁷¹ SAUNDERS, *The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law*, Indiana Journal of Global Studies, año 2006, vol. 13, nro. 1.

⁷² KOKKOT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law”, en STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*.

⁷³ CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.

⁷⁴ Para Choudhry el modo de interpretación universalista, sostiene que las garantías constitucionales son tomadas de un manto universal y que, por ello, todos los tribunales constitucionales están inmersos en la identificación, interpretación y aplicación del mismo conjunto de normas. Estas se entienden como principios jurídicos trascendentes que son lógicamente previos a las reglas de derecho positivo y a doctrinas jurídicas. En lugar de diversidad (como verían los del particularismo legal), el universalismo ve unidad. Los tribunales que recurren a este modo, se ven a sí mismos como dando significado a libertades que trascienden las fronteras nacionales. A su vez, este modo se vincula con una corriente importante del derecho comparado, que sostiene que los diferentes sistemas jurídicos, en el fondo, llegan a soluciones similares para resolver los problemas y conflictos sociales. Esta postura tiene una vertiente descriptiva y otra prescriptiva (los sistemas jurídicos deben ser similares), y se identifica con las teorías de la convergencia. Esta idea de las similitudes funcionales ante problemas enfrentados y las soluciones propuestas en los diferentes sistemas jurídicos, puede ser dirigida hacia la posibilidad

VI. Reflexión final.

La línea antes pretendidamente clara entre derecho nacional y derecho internacional tiende a hacerse borrosa o difusa; y lo mismo puede decirse en la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. A su vez, esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿cómo garantizar la protección de valores del constitucionalismo en una estructura tan compleja que abarca desde lo municipal y local, hasta lo nacional y supranacional?, ¿cómo lograr en este esquema la mejor protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas, en última instancia, de la dignidad humana? La respuesta parece estar no solamente en el Estado nacional y sus instituciones. Las nuevas realidades nos obligan a hallar la respuesta en una perspectiva multi-nivel, que sirva para aproximarnos de una manera adecuada a temas que son añejos en el bagaje histórico del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y su garantía, así como la distribución de poderes (entre los distintos niveles); el establecimiento entre ellos de frenos y contrapesos; y la definición de las relaciones e interacciones entre los distintos niveles. Ese es uno de los retos del constitucionalismo en el siglo XXI.⁷⁵

de fundar una gramática y conceptos teóricos de un lenguaje jurídico universal, tal y como lo propone David Beatty al analizar interpretación constitucional en el mundo, quien dice “los principios básicos de derecho constitucional son esencialmente los mismos alrededor del mundo, a pesar de que existe considerable variación en lo que las garantías constitucionales contienen y en el lenguaje que emplean.” BEATTY, DAVID, *Constitutional Law in Theory and Practice*, University of Toronto Press, 1995. Citado por CHOUDHRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, “Indiana Law Review”, año 1999, vol. 74, pp. 830-850.

⁷⁵ COTTIER - HERTIG, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, “Max Planck Yearbook of United Nations Law”, año 2003, vol. 7, pp. 262-264.

Bibliografía

AFILALO, ARI, *Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter*, "New York University Journal of International Law and Politics", año 2001. vol. 34, no. 1.

ANDERSON, GAVIN, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

ANNUS, TAAVI, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments*, "Duke Journal of Comparative and International Law", año 2004, vol. 14.

BEDJAOU, MOHAMMED, *The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals*, "International Law and Politics", años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2.

BIAGGINI, GIOVANNI, *La Idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la Epoca de la Globalización?*, "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", año 2003, nro. 7.

BOGDANDY, ARMIN VON, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, "European Journal of International Law", año 2004, vol. 15, no. 5.

-, *Constitutionalism in International Law Comment on a Proposal from Germany*, "Harvard International Law Journal", año 2006, vol. 47.

CASS, S., *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, "EJIL", año 2001, vol. 12.

CASS, DEBORAH Z., *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, "European Journal of International Law", año 2001, vol. 12, nro. 1.

CASSESE, ANTONIO, *Modern Constitutions and International Law*, "Recueil des Tours, Académie de Droit International", año 1985, III.

CHOUHRY, SUJI, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, "Indiana Law Review", año 1999, vol. 74.

- (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006.

-, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, "Indiana Law Review", año 1999, vol. 74.

COTTIER, THOMAS - HERTIG, MAYA, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", en A. VON BOGDANDY - R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, año 2003, vol. 7.

DAWN JARMUL, HOLLY, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, "International Law and Politics", años 1995-1996, vol. 28, nos. 1-2.

FASSBENDER, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998.

HARTEN, GUS VAN, *Judicial Supervisión of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?*, "Arbitration International", año 2005, vol. 2, nro. 4.

HELD, DAVID, *La Democracia y el Orden Global*, Barcelona, Paidós, 1997.

HIRSCHL, RAN, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, "Indiana Journal of Global Studies", año 2004, vol. 11, no. 1.

KOKKOTT, JULIANE, "From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization- with Special Reference to the German Basic Law", en STARCK, CHRISTIAN (ed.), *Constitutionalism, Universalism, and Democracy- A Comparative Analysis*, Alemania, 1999.

LAW, DAVID D., *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, "Northwest University Law Review", año 2008, vol. 102.

OGUS, ANTHONY, *Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, "International and Comparative Law Quarterly", año 1999, vol. 48, Part 2.

PETERS, ANNE, "The Globalization of State Constitutions", en NIJMAN, JANNE - NOLLKAEMPER, ANDRÉ (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

-, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, "Leiden Journal of International Law", año 2006, nro. 19.

PETERSMAN, *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, "37 Loyola of LA Law Review", 2003.

PICCIOTTO, SOL, *Constitutionalising Multi-Level Governance Conference on Rethinking Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization*, "Cardozo School of Law and NYU School of Law", año 2007, November 4-5.

SAUNDERS, CHERYL, *The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law*, "Indiana Journal of Global Studies", año 2006, vol. 13, nro. 1.

SLYZ, GEORGE, "International Law in National Courts", en FRANCK, THOMAS - FOX, GREGORY (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., 1996.

TEUBNER, GUNTHER, "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?", en JEORGES, CHRISTIAN - SAND INGER-JOHANNE - TEUBNER, GUNTHER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.

TUSHNET, MARK, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, "Virginia Journal of International Law", año 2009, vol. 49, nro. 4.

WALTER, CHRISTIAN, "International Law in a Process of Constitutionalization", en NIJMAN, JANNE - NOLLKAEMPER, ANDRÉ (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.

WALKER, NEIL, *The Idea of Constitutional Pluralism*, "Modern Law Review", año 2002, vol. 65.

-, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, "Political Studies", año 2008, vol. 56, p. 519.

WET, ERIKA DE, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, "Leiden Journal of International Law", año 2006, vol. 19.

-, *The International Constitutional Order*, "International Comparative Law Quarterly", año 2006, vol. 55, part 1.

YOUNG, ERNEST, *The Trouble with Global Constitutionalism*, "Texas International Law Journal", año 2003, vol. 38.

ZAMORA, STEPHEN, *Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration*, "Houston Journal of International Law", año 1997, vol. 19, nro. 3.

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo¹

§

Laurence Burgorgue-Larsen²

Sumario

I. La nostalgia feliz. II. ¿Y si la existencia y el desarrollo del Derecho Constitucional europeo pasaran por el diálogo entre los jueces? III. Establecer la separación de poderes. IV. Garantizar la protección de los Derechos fundamentales.

I. La nostalgia feliz

Este es el oxímoron —tomado de la excéntrica novelista Amelie Nothomb³— que me viene a la cabeza en el momento en que se me concede el honor de rendir homenaje al profesor Vlad Constantinesco. Siento, en efecto, un inmenso orgullo mezclado con una pizca de nostalgia feliz.

Orgullo puesto que los trabajos del profesor Constantinesco —además de haber iluminado mis lecturas durante toda mi formación de jurista atraída por las cuestiones europeas— han marcado indiscutiblemente el estudio del derecho de las difuntas comunidades europeas- como se denominaba a las manifestaciones institucionales del derecho de la integración europea. Partiendo de su vanguardista y magistral tesis sobre el modelo de distribución competencial, sus curiosidad doctrinal abordó nuevos campos como el de las relaciones las Unión Europea con los sistemas nacionales — mejor dicho, con los derechos constitucionales nacionales⁴— o las cuestiones

¹Traducido del francés por Enrique Guillén López

²Catedrática de Derecho público. Universidad de París I. Panteón-Sorbona (Francia).

³NOTHOMB, *La nostalgie heureuse*.

⁴Esta vocación por las relaciones entre ordenamientos tiene una particular concreción en la escritura a cuatro manos de un manual muy original: V. CONSTANTINESCO - S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, París, 2011.

relativas a la naturaleza de la Unión y las tendencias “federalizantes” que sobre ella gravitan. Constantinesco ha logrado conjugar la depurada técnica de los análisis con la belleza literaria de sus fórmulas. Del sorprendente “Hay un *small is beautifull* en la subsidiariedad⁵”, al famoso “*Je ‘aime, moi non plus o la sociedad europea a la búsqueda de affectio societatis*”⁶, Vlad Constantinesco siempre ha sabido dejar su huella en los lectores con análisis finos y originales.

Y también nostalgia, puesto que esta incursión en la vida doctrinal y académica del dedicatario de este homenaje me lleva a una vertiginosa vuelta al pasado; a 20 años atrás, concretamente. Especialista en la integración europea, aficionado a hacer incursiones en el campo constitucional, hispanófono, formó parte de mi tribunal de tesis doctoral, acto del que aun guardo un grato recuerdo —más allá de la tensión inherente a estos momentos iniciáticos—. La nostalgia aquí, pues, no es una fuente de tristeza, sino de alegría; por eso es una nostalgia feliz.

Siendo la transmisión de pasiones el oficio del profesor, espero que las líneas que siguen, relativas a una temática que Vlad Constantinesco tuvo la ocasión de explorar en numerosas ocasiones⁷, puedan ser la ocasión de demostrarle hasta qué punto fue importante en mi formación universitaria, así como en la de toda la comunidad de juristas apasionados por la aventura europea. Fue, sin duda, un maravilloso e inspirador “porteador” de la pasión europea.

⁵CONSTANTINESCO, *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?*, p. 35 a 45, especialmente p. 38.

⁶ *Je t’aime, moi non plus’ ou la société européenne en quête d’affectio societatis*, *Mélanges en l’honneur de François Borella*, PUN, Nancy, 1999, p. 115 a 149.

⁷ Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho interno así como las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de la Unión han llevado habitualmente a V. CONSTANTINESCO a cuestionar la existencia, directa o indirectamente, de un Derecho constitucional europeo. Cfr, v.gr. R. DEHOUSSE (dir.), “*Europe Fédéral ou Fédération d’Etats nations*”, *Une Constitution pour l’Europe*, p. 115 a 149.

II. ¿Y si la existencia y el desarrollo del Derecho Constitucional europeo pasaran por el diálogo de los jueces?

La iconoclasta pregunta obliga a dar algunas explicaciones. Si hubiera que esquematizar⁸ las etapas del estudio del discurso sobre el Derecho constitucional europeo podríamos mantener que son las tres siguientes.

El primer acto del estudio del discurso constitucional sobre Europa estuvo marcado por el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de justicia [TJUE]. La razón fue simple: es la jurisprudencia la que mantiene la “postura nominalista”⁹ utilizando el lenguaje para, sin duda, intentar crear el objeto. La sentencia *Los Verdes*¹⁰ fue el buque insignia en este sentido, si bien fue anunciada por otros referentes jurisprudenciales importantes o, mejor dicho, fundacionales¹¹. El corolario lógico en términos académicos fue el acaparamiento el discurso constitucional europeo por los “comunitaristas”¹², lo que provocó, por otro lado, memorables disputas

⁸ En este caso, la precisión es fundamental. Nos encontramos —además de con una parte evidente de subjetividad— con una extraordinaria simplificación de la multitud de corrientes que han acompañado desde el principio el desarrollo del proyecto de integración europeo.

⁹ Tomo esta expresión del profesor Alexandre VIALA que la utilizó con ocasión del Congreso celebrado en Montpellier durante los días 12 y 13 de diciembre de 2013 en su ponencia titulada: “*Le droit constitutionnel européen: hypothèse épistémologique ou nouvelle branche du droit?*”. Las actas del Congreso “*Le droit constitutionnel européen à l’épreuve de la crise économique et démocratique de l’Europe/El Derecho constitucional europeo ante la crisis económica y democrática de Europa* —co-organizado por las Universidades de Granada y Montpellier— han sido publicados por el Institut Varenne (2015) bajo la dirección de F. BALAGUER CALLEJON, S. PINON y A. VIALA.

¹⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 23/04/1986, “Parti écologiste «Les Verts» c/ Parlement européen”, affaire 294-83, Rec., 1986, p. 1339.

¹¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 05/02/1963, “Van Gend en Loos”, affaire 26-62, Rec., 1963, p. 3. ; 15/07/1964, “Costa c. Enel”, affaire. 6-64, Rec. 1964, p.1159.

¹² GERKRATH, *L’émergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe. Modes de formation et sources d’inspiration de la constitution des Communautés et de l’Union européenne*. La tesis fue dirigida por V. CONSTANTINESCO. Hay que reparar igualmente en una de las primeras tesis que sobre esta cuestión se dirigieron en Francia bajo la dirección del profesor M-F. LABOUZ, cfr. T. DAUPS, *L’idée de Constitution européenne*. En la línea de estos precursores trabajos, las siguientes generaciones de comunitaristas han continuado reflexionando sobre el desacoplamiento entre la Constitución y el Estado; citaremos a título de expresivo ejemplo la tesis de G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruselas, 2011. (Col. Droit de l’Union européenne, n°20), dirigida por D. RITLENG.

con los internacionalistas. Allí donde los primeros encontraban en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los rasgos de la especificidad del orden jurídico comunitario limitado a la creación de un orden constitucional europeo, los segundos, en general, no veían sino una formidable banalidad¹³.

El segundo acto en el estudio del discurso constitucional europeo estuvo marcado por la multiplicación de análisis centrados en las cláusulas europeas de las constituciones nacionales¹⁴ que vieron la luz en el contexto del proceso de ratificación del Tratado sobre la Unión Europea, tal y como fue adoptado en Maastricht en 1992¹⁵. Las consecuencias científicas fueron también en este caso bastante claras: los constitucionalistas hicieron su aparición y se apropiaron de este nuevo objeto de estudio, si bien al precio, según constan en los anales doctrinales, de memorables confrontaciones doctrinales, por lo menos en nuestro hexágono¹⁶. El proceso salta a

¹³ Esta disputa fue particularmente viva en Francia. El curso de A. PELLET en la *Académie européenne* quedará como un “clásico” de la corriente internacionalista crítica. Cfr. “*Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*”, “Recueil des Cours de l’Académie de droit européen”, V, nº5, Livre 2, p.193 y ss. La controversia con los «comunitaristas» tiene como punto álgido el “Congreso de Burdeos” de la Sociedad francesa de Derecho Internacional, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, París, 2000. Es preciso destacar que no todos los internacionalistas tuvieron esa postura de desconfianza frente a la generalidad del “particularismo” comunitario. Basta con reparar para convencerse de ello en el artículo clásico e insoslayable de Eric Stein, internacionalista norteamericano, E. STEIN, “*Lawyers, judges and the making of a transnational constitution*”, *AJIL*, 1981, 75-1, p. 1 a 27.

¹⁴ Podemos convenir en que el análisis de las “cláusulas europeas” de las constituciones nacionales se inscribe en una antigua tradición iniciada por Boris MIRKINE-GUETZEVITCH quien fue el primero que, en el período entreguerras, estudió el “Derecho constitucional internacional”, esto es, las cláusulas consagradas al Derecho internacional en el seno de las Constituciones. Cfr. *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933.

¹⁵ T. DE BARRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d’approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l’intégration européenne*; DIEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión europea*; MABAKA, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l’intégration européenne. Aspects nationaux et européens*; ZILLER (dir.) *L’eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l’Europe*. Sobre la “europeización” de las Constituciones de los países del Este, cfr. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern*.

¹⁶ Tras el Congreso de Burdeos que concitó el diálogo entre los internacionalistas y los constitucionalistas, el Congreso de La Rochelle – deberíamos mejor decir la “controversia de La

un nuevo estadio con la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que impulsó una intensa actividad científica en Europa¹⁷. Es más, esta entrada en escena de los especialistas de Derecho constitucional y/o de derecho comparado género nuevas pistas epistemológicas, ya sea para desarrollar análisis innovadores centrados en el constitucionalismo multinivel (la constitución compuesta)¹⁸ o en la Constitución-red¹⁹; bien para proponer una nueva categoría jurídica sobre la base de una relectura del federalismo²⁰; ya sea para reforzar las aproximaciones clásicas que consisten en valorar la constitución, toda la constitución, y nada más que la constitución²¹- lo que nuestro juicio es una visión cada vez más minoritaria, si se considera el panorama doctrinal fuera de Francia²².

El tercer acto del estudio del Derecho constitucional europeo es testigo del éxito de las teorías pluralistas. En presencia de posiciones aparentemente inconciliables — basadas en posturas clásicas y lógicamente absolutistas: primacía absoluta de la Unión *versus* primacía absoluta de las constituciones nacionales— los autores de la

Rochelle”- resultó ser la ocasión para la expresión de las diferencias entre comunitaristas y constitucionalistas, metódicamente anotada por el “escéptico” Louis FAVOREU, “*L’eurosepticisme du droit constitutionnel*”, en H. GAUDIN, *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*, p. 379 a 390.

¹⁷ Un trabajo colectivo que ha contado con muchos investigadores europeos se puede encontrar en CARTABIA, B. DE WITTE, PEREZ TREMPES (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*.

¹⁸ PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, p. 94; PERNICE, MAYER, *De la constitution composée de l’Europe*, p. 623 a 647.

¹⁹ BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*.

²⁰ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*.

²¹ Y de plantear la validez del Derecho de la Unión a partir, únicamente, de la Constitución, y cuando el autor es francés, deberíamos añadir de la «constitución francesa solo y exclusivamente», se trataría de la postura positivista retomando la expresión de A. VIALA (cfr. supra). Para una aproximación ortodoxa cfr. J-P. DEROSIER, “*Constitutionnalisation? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l’Union européenne*”, *Mélanges en l’honneur de Philippe Manin. L’Union européenne; Union de droit, Union des droits*, p. 95 a 107.

²² Los constitucionalistas españoles, por ejemplo, no tienen ningún problema en hablar de “Derecho constitucional europeo” desligando el binomio “Constitución/Estado”. Así lo acredita sobradamente la lectura de las Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España que tuvo lugar en San Sebastián (durante los días 4 y 5 de febrero de 2010). Cfr, *Derecho constitucional europeo*, J-I. UGARTEMENDIA, G. Jauregui (coord.).

complejidad hicieron su aparición desarrollando una multitud de variantes analíticas del pluralismo, posturas que comparten la propuesta de desvincularse del principio jerárquico como principio de comprensión de las relaciones entre ordenamientos²³. El desarrollo de este nuevo paradigma ha de verse en relación con el fracaso en 2005 de la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Este importante revés fue, sin duda, un elemento catalizador pero realmente no estuvo en el origen de la corriente pluralista; en cualquier caso la inscripción de la identidad nacional con su importante variante “constitucional” en el seno del Tratado sobre la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa- el famoso artículo 4.2- originó una ebullición doctrinal en todas las direcciones con la que cabe relacionar la proliferación de análisis pluralistas. Tras los teóricos americanos, que trataron el concepto al margen del caso específico de la Unión Europea²⁴, los constitucionalistas europeos se apropiaron de la fórmula que pasó a ser un objeto de estudio “de moda”, en la medida en que reforzó su incursión en el Derecho de la Unión junto con los “europeístas”²⁵ e incluso los internacionalistas.²⁶ La fórmula les permitió reflexionar

²³Un panorama en francés de las diferentes corrientes pluralistas (esencialmente anglosajonas) y una crítica de sus planteamientos en. J-V LOUIS, “*La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé?*”, *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué*, p. 443 a 461.

²⁴ ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional subject*, “*Cardozo Law Review*”, p. 1049 a 1109; ROSENFELD (eds.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*. Tiene interés el artículo del mismo autor titulado *Constitutional Identity* en la obra monumental que dirigió con A. Sajó (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 757 a 775; G. J. JACOBSON, *Constitutional Identity*.

²⁵ Es interesante, por ejemplo, señalar que en Francia la cuestión ha sido acogida con entusiasmo por investigadores —europeístas, administrativistas y constitucionalistas— que propusieron a sus doctorandos la identidad constitucional tema de investigación. Algunos concluyeron sus estudios —F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013, tome 142,— en tanto que otros están todavía llevándolo a cabo. Lo que es indudable es que en cualquier caso son contribuciones que acercarán las diferentes ramas de la ciencia jurídica. Con contemplar los Homenajes en honor a los profesores MANIN o JACQUE tenemos suficiente para considerar hasta qué punto los análisis sobre la identidad acercan a los diferentes representantes del derecho constitucional, comparado, europeo e internacional.

²⁶ Estoy pensando en el Congreso de Evry de 25 noviembre de 2013 sobre *L'identité constitutionnelle de la France et la protection internationale des droits de l'homme* organizado conjuntamente por F. COULEE, A. ROBLOT-TROIZIER y J. BONNET bajo los auspicios de la AFDC y de la SFDI.

conjuntamente, y no ya unos contra otros²⁷, sobre el significado y la funcionalidad de esta fórmula, que nos permite pensar que el concepto de soberanía ha perdido incontestablemente su superioridad²⁸.

Estos distintos actos doctrinales sucesivos —que evidentemente no están exentos de solapamientos— están, en realidad, marcados por un elemento común, deberíamos decir; por una figura insoslayable, inevitable, indispensable: la del juez. En cada una de estas grandes etapas todos los jueces competentes en el continente europeo se han expresado sobre el hecho europeo a través de sentencias entrecruzadas: desde el Tribunal de la Unión (TJUE) al Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] pasando por los Tribunales supremos y/o constitucionales nacionales. En este contexto no parece absurdo avanzar la idea de que el Derecho constitucional europeo se ha gestado, se desarrolla y avanza sobre la base del diálogo judicial. No cabe, no obstante, lanzar una afirmación como la precedente sin afrontar dos obstáculos de importancia. El primero se refiere a la noción de “diálogo de jueces” que es objeto tanto de análisis benevolentes²⁹, como de críticas preñadas de desconfianza³⁰, cuando no de desprecio. El segundo obstáculo se refiere al Derecho constitucional europeo en sí mismo. Rechazado por unos, reconocido por otros,

²⁷ Como ejemplos de obras que reúnen a teóricos del derecho, constitucionalistas y comunitaristas Cfr. SAIZ ARNAIZ, c. ALCOBERRO ILIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*.

²⁸ “La souveraineté est morte, vive l'identité constitutionnelle” estaríamos tentados de afirmar siguiendo a A. PETERS, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, “Vienna Journal on International Constitutional Law”, V. 3/2009, p. 170 a 198; o también a R. TONIATTI, “Supremacy Lost, constitutional identity regained”, SAIZ ARNAIZ, c. ALCOBERRO ILIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, p. 17 a 36.

²⁹ SLAUGHTER, *A New World Order*; MARTINICO, POLLICINO, *The interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the Creation of Supranational Law*; TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*; J. GARCIA ROCA, *El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, “Teoría y realidad constitucional”, 2012, n°30, p. 183 a 224; BUSTOS GIBERT XV *proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2012, n°95, p. 13 a 63.

³⁰ DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*; Law, Chang, *The limits of global judicial dialogue*, “Washington Law Review”, 2011, n° 86, p. 523 a 577.

hemos visto que está en el corazón de confrontaciones académicas tras las cuales hay, muy a menudo, fuertes fracturas ideológicas. Es necesario entrar sucintamente a considerar estos dos elementos.

A la pregunta de qué es el diálogo de jueces, podemos convenir en que se trata de que dos o más jueces expresen en sus sentencias un acuerdo o un desacuerdo sobre una cuestión concreta. El diálogo no supone automáticamente la concordia: puede expresar el desacuerdo. Este elemento es fundamental ya en él descansan los fundamentos de la aproximación dialógica³¹. Analizado en el contexto tan particular de la integración europea el diálogo de jueces revela procesos que recelan de toda conclusión: mientras la integración se mantenga, también se mantiene el diálogo; en la medida en que la integración evolucione, el diálogo hará lo propio. Sobre la cuestión de saber cómo abordar el análisis del Derecho constitucional europeo, es importante considerar aquí —como muy tempranamente hizo el profesor Rousseau— el insoslayable artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de constitución”. Si bien los juristas —por no decir los constitucionalistas— han leído “toda sociedad” como si se dijera “todo estado”, es conveniente volver al sentido primero de las palabras; la sociedad no es el estado, es la sociedad: en otras palabras, toda aquella organización política que regule las relaciones sociales³². Es, por tanto, posible desligar la constitución del estado.

A partir de estos dos presupuestos metodológicos, es posible convenir que tanto la cuestión de la separación de poderes como la del respeto de los derechos fundamentales han estado en el corazón de las discusiones judiciales en Europa desde el mismo inicio de la aventura de la integración. Este punto es particularmente

³¹ Se me permitirá la licencia de remitirme al análisis elaborado con ocasión del homenaje en honor de B. GENEVOIS, en el que desarrollo con más amplitud las diferentes manifestaciones del diálogo, “L’internationalisation du dialogue des juges”, *Mélanges en l’honneur de B. Genevois*, Dalloz, París, 2009, p. 95 a 130. Los tipos de diálogo que he logrado identificar —del diálogo orquestado/armonioso al diálogo desbocado; del diálogo horizontal al diálogo vertical— pueden examinarse en este análisis sobre la construcción del Derecho constitucional europeo.

³² ROUSSEAU, “Prolégomènes à l’étude de l’identité constitutionnelle”, *Le droit constitutionnel normatif*, BEN ACHOUR (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009, p. 27

importante. En efecto, en los éxitos o fracasos del proceso de integración; tras los avances o retrocesos, siempre ha estado el diálogo de jueces marcando el rumbo de su desarrollo. Está, pues, en el fundamento —junto con los Tratados constitutivos y las constituciones nacionales revisadas en numerosas ocasiones— de la construcción de un Derecho constitucional europeo que integra en su seno todos los niveles de poderes (nacional/europeo) y que permite pensar en vivir colectivamente³³. Esta forma de pensar el Derecho constitucional europeo no está exenta de la complejidad que constituye seguramente la seña de identidad del derecho contemporáneo. El consenso judicial tranquiliza; el desacuerdo perturba y crea incertidumbre, si bien no deja de ser la seña de identidad de la existencia de varios sistemas jurídicos que, aunque mantengan estrechas relaciones, han de afirmar en un momento dado, bien su especificidad, bien, simplemente, su existencia, su realidad. Esta aproximación permite “cambiar la óptica” y dejar de analizar una sentencia de los tribunales de justicia nacionales (expresando un desacuerdo) como la sola manifestación de una rebelión que ponga en tela de juicio los principios fundadores de derecho de la integración: la resistencia (por la violación o la mera insinuación de violación de un principio estructurador del derecho de la Unión) puede en ciertos casos no solamente aparecer como legítima, sino, sobre todo, ser el acto de apertura de un diálogo que al final puede desembocar en una posición común de todos los actores judiciales determinando el equilibrio constitucional en un momento concreto. El Derecho constitucional europeo analizado a través del prisma del diálogo de los jueces se presenta, entonces, en todas sus dimensiones —pacíficas de un lado (concordia judicial) y conflictuales de otra (desacuerdo judicial)—, dimensiones complejas e

³³ El alcance comprehensivo de la noción de “Derecho constitucional europeo” es de por si evidente. En primer término, porque los Estados miembros son una parte constitutiva de la Unión como tal, lo que ha provocado una imbricación fuera de lo común de sistemas sometidos a una interacción constante; la Unión Europea está constituida a la vez por estructuras europeas pero también nacionales. Igualmente porque en esta lógica el diálogo actúa tanto verticalmente (entre jueces nacionales y jueces europeos) como horizontalmente (entre jueces europeos, TJUE y TEDH, de un lado, y jueces nacionales, Tribunales supremos y constitucionales, de otro. “Orquestados” (esto es, regulado por procedimientos ad hoc, como la cuestión prejudicial o activado por obligaciones vinculadas a la responsabilidad del Estado en el ámbito del cumplimiento de los tratados) o “espontáneos”, los intercambios judiciales no han dejado de irrigar las corrientes que nutren la integración europea.

inestables qué revelan lo que la Unión es: una “organización política compuesta” en perpetuo movimiento. Así las cosas, el Derecho constitucional europeo es evolutivo, fruto de un proceso regularmente discutido, abierto. Recuerda en este sentido a lo que algunos estados compuestos viven sobre la base de principios que descansan en el evolucionismo estructural de las relaciones entre los diferentes niveles de poderes territoriales coexistentes en el seno de un mismo espacio territorial, como es el caso del principio dispositivo en España.

Sobre la base de estas decisiones metodológicas, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano será el eje de nuestra aproximación. Tendremos ocasión de visitar la historia del proceso de integración a través del prisma dialógico que revelará toda su riqueza constitucional ya que está centrado, desde sus inicios, en los elementos que estructuran la vida en sociedad: establecer la separación de poderes y asegurar la protección de los derechos fundamentales.

III. Establecer la separación de poderes.

Sabemos que la separación de poderes es el modo de ejercicio democrático del poder con el objeto de que no se convierta en autoritario; su objeto es impedir el abuso de poder. En el marco de la integración europea, y más particularmente en el marco de análisis del Derecho constitucional europeo, el ejercicio del poder se reparte entre las dos orillas de la Unión europea: las orillas nacionales y la orilla europea. Así las cosas, la cuestión consiste en examinar la manera de evitar el autoritarismo proveniente de las instituciones europeas: ¿Como conjurar la tendencia a actuar de manera abusiva -en la medida en que podrían tener la tentación de operar una centralización excesiva en detrimento de los niveles nacionales de poder-?³⁴ Surge de aquí, inmediatamente, el principio de atribución de competencias (art. 5.1 TUE) que tiene, como sabemos, el objeto de limitar el ámbito de intervención de las instituciones europeas. Estas no deben actuar sino dentro de los límites de las competencias que les ha sido expresamente transferidas por los Señores de los

³⁴ En consecuencia, no se trata de concentrarnos únicamente sobre el nivel europeo de poder, sino de examinar la cuestión de manera global en la medida en la que el derecho constitucional europeo se elabora y se desarrolla en el “intrincado” marco de los niveles de poder nacionales y europeo.

Tratados, es decir por los Estados miembros. Estamos así en el corazón del equilibrio democrático del Derecho constitucional europeo. Dispuestos de esta forma los términos de la problemática, veremos que el diálogo judicial ha permitido la erección de contra-límites para obligar a las instituciones europeas a atenerse al principio de atribución de competencias. En el corazón de las discusiones judiciales en Europa han estado simultáneamente el equilibrio democrático del ejercicio del poder político (A) y del poder judicial (B) de manera que ambos han participado en la determinación del equilibrio democrático en Europa.

III.1. Determinar el ejercicio del poder político.

Dos cuestiones democráticas por excelencia —vinculadas al ejercicio del poder político— han estado en el centro del diálogo de jueces. La primera se refiere al respeto del principio de atribución de competencias, mientras que la segunda se refiere a la cuestión de saber dónde se encuentra el lugar de expresión democrática del poder en Europa. En cada procedimiento constitucional de control a priori de la ratificación de los Tratados de Reforma, las conversaciones judiciales acreditan la presencia de constantes ajustes en las cuestiones neurálgicas constitutivas del Derecho constitucional europeo.

III.1.a. Las controversias judiciales sobre el principio de atribución de competencias.

Es bien conocida la historia de la relecturas judiciales de los Tratados por el Tribunal de Justicia a través de una interpretación teológica llevada hasta el extremo de sus confines y de sus potencialidades. El Tribunal de Justicia —asistido por otra parte de buenas razones que tienen que ver con el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones (efecto directo de las directivas) y con el ajuste de los equilibrios institucionales internos (legitimación activa y pasiva del Parlamento europeo)³⁵, no ha dudado en superar la letra de los Tratados; muy a menudo el Tribunal ha despreciado el respeto del principio de atribución de competencias. En este contexto, en el marco del proceso de ratificación del Tratado de la Unión tal y como se adoptó en Maastricht,

³⁵ Se hace mención tan solo a algunos ejemplos referidos al marco normativo e institucional. También el derecho material abunda en ellos.

en el que se inscribió formalmente por primera vez el principio de atribución en la letra del derecho primario —al tiempo, por otra parte, que el principio de subsidiariedad, que tuvo un estreno sonoro—, no es en absoluto sorprendente ver al Tribunal constitucional de *Karlsruhe* en su célebre sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993³⁶ rebelarse contra los *ultra vires* del Tribunal de Justicia. La respuesta fue inmediata: el Tribunal de Justicia comprendió la señal y entró, a partir de su sentencia del de 28 de marzo de 1996, en una fase de *judicial self-restraint*³⁷.

La sentencia del Tribunal constitucional presentó una construcción que modificaba las reglas del juego en lo que se refiere al control de legalidad del derecho de la Unión: afirmando que controlaría todo acto *ultra vires* que proviniera de las instituciones europeas (llegado el caso, del Tribunal de Justicia), cuestionaba la distribución de competencias entre los jueces nacionales y el Tribunal de justicia. Así planteó la doctrina los términos del debate, indignándose por la actitud del guardián alemán de la Constitución. Ahora bien, la aproximación dialógica permite comprender —e incluso legitimar— esta actitud puesto que atribuye la mayor importancia a las dos orillas que bañan el estudio del Derecho constitucional europeo. Fundado sobre una doble legitimidad (nacional y europea) el Derecho constitucional europeo supone tener en cuenta sistemáticamente los dos niveles de poder que intervienen en el desarrollo de la integración europea. Estudiar su desarrollo en general y el del Derecho constitucional europeo, en particular, tomando exclusivamente en consideración el punto de vista de uno solo de los dos niveles de poder y, por consiguiente, el punto de vista de sólo uno de los dos actores (políticos o judiciales) que se “enfrentan”, no es, sin más, procedente. Lo que ha permitido revelar la discusión judicial relativa al respeto del principio de atribución de competencias fue la importancia del contrapoder (judicial) nacional frente a un abuso del poder (judicial) europeo.

En el contexto de un sistema constitucional integrado —en el que el diálogo horizontal es tan importante como el vertical— no resulta sorprendente que otros actores judiciales nacionales hayan importado la posición alemana en su *ratio*

³⁶ Tribunal constitucional alemán, 12/10/1993, *Maastricht* (conocida también como sentencia *Brunner*).

³⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 28/03/1996, sentencia n°2/94, Rec., I-1794. Los párrafos 23 y 30 de la sentencia demuestran la seriedad con la que se asume el principio de atribución de competencias.

decidendi, considerándola legítima. Del *Højesteret* danés³⁸ al Tribunal constitucional checo³⁹, otros jueces nacionales han participado en el debate que es intensamente democrático ya que trata de la cuestión de los límites al ejercicio de todo tipo de poder. De esta manera una cuestión como ésta es, y será habitualmente, una cuestión de diálogo, en la medida en la que el Tribunal de justicia —en función de la evolución de la integración europea— reconsidere constantemente su política jurisprudencial y vuelva a coquetear con ella (pese a su respuesta apaciguadora y estratégica de 1996) con ocasión de las revisiones judiciales de los tratados⁴⁰. En este contexto de evolución incesante, el Tribunal constitucional alemán confirmaba y precisaba su posición en la sentencia Lisboa⁴¹. Tras recordar que las competencias transferidas a la Unión deberían ejercerse respetando el principio de atribución —de manera que todo *ultra vires* podía suponer que ejerciera el control (*ultra vires kontrolle*) (par. 240)—

³⁸ *Højesteret*, 06/04/1998, Cfr. DYRBERG, “La Constitución danesa y la Unión europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998”, “Revista de derecho comunitario europeo”, 1998, p. 573 a 591.

³⁹ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 08/03/2006, n° I PL US 50/04; Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08. El párrafo 111 de la sentencia afirma que para contrastar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, el Tribunal considerará tanto su propia jurisprudencia como la jurisprudencia alemana. El párrafo 118 hace realidad esta afirmación y el Tribunal cita expresamente la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencias *Solange II* de 1986 y *Maastricht* de 1993).

⁴⁰ Es interesante constatar que los actores políticos se han mostrado particularmente sensibles a este estado de cosas. Puede verse, en este sentido, el *Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l’arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne au sujet de la loi d’approbation du traité de Lisbonne* (26/11/2009, n° 119) que menciona dos sentencias del TJUE expresivas de una jurisprudencia que coqueteó con la revisión judicial de los tratados. La primera sentencia citada es la relativa al tamaño mínimo de los pescados de 12/07/2005 de la que resultó la condena de Francia simultáneamente a una multa coercitiva y al pago de una suma a tanto alzado por inejecución de sentencia, si bien el artículo 228 TCEE contemplaba estas sanciones como alternativas y no acumulativas (p.15). Igualmente cita las célebres sentencias *Comisión c. Consejo* (13/09/2005) y *Mangold* (22/11/2005). El informe fue elaborado por Hubert Haenel —desde entonces en el Consejo Constitucional—. Sus conclusiones fundamentales pueden leerse en un artículo publicado con el provocador título de *La Cour de Karlsruhe: une leçon de démocratie, Commentaire*, verano 2010, n° 130, p. 411 a 417.

⁴¹ Tribunal constitucional alemán, 30/06/2009, Lisboa, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09.

superaba este estadio de la argumentación y pasaba a ser muy preciso. Donde la sentencia Maastricht se mostraba ambigua acerca de los límites que no debían ser superados, la sentencia Lisboa es muy explícita al considerar que “es particularmente oportuno trazar el límite cuando la coordinación de situaciones transfronterizas es objetivamente necesaria” (par. 251). Sin duda el Tribunal constitucional consideró que pese a las advertencias lanzadas en 1993 en su sentencia Maastricht, el Tribunal de justicia continuó con una jurisprudencia activista que despreciaba el principio de atribución de competencias⁴².

Durante mucho tiempo, la amenaza de un control fue la propia de una retórica dialógica que llevaba a algunos a comenzar a preguntarse si tal amenaza no sería puramente simbólica⁴³. Las cosas cambiaron cuando el Tribunal constitucional checo decidió dar un golpe concreto y efectivo a la amenaza de control; la retórica se radicalizó. El asunto de las “pensiones eslovacas” fue el fin anunciado de un diálogo

⁴² Los jueces del Tribunal constitucional de Karlsruhe debieron considerar llegado el momento —sobre la base del principio de que el Tratado de Lisboa no sería objeto de una reforma inmediata— de marcar muy estrictamente los límites que no se debían superar; así como de determinar *expressis verbis* los “ámbitos especialmente sensibles de autodeterminación democrática de un Estado constitucional” (§ 252) en los que, por consiguiente, la capacidad de acción discrecional de los Estados será considerable (§ 256). Igualmente, “el derecho penal material y formal, el ejercicio del monopolio de la fuerza — fuerzas y cuerpos de seguridad en el interior, fuerzas armadas en el exterior— las decisiones fiscales fundamentales relativas a los ingresos y a los gastos públicos- especialmente las relacionadas con la política social- la regulación de las condiciones de vida por el Estado social, así como las decisiones singularmente importantes desde el punto de vista cultural, como, por ejemplo, las relativas al derecho de familia, al sistema educativo, e incluso al tratamiento jurídico de las confesiones religiosas” (§ 252) son los ámbitos en los que el Estado debe conservar la competencia para adoptar las “decisiones esenciales” (§ 259).

⁴³ Las sagas judiciales —siempre entre Alemania y el Tribunal de Justicia— relativas al principio de no discriminación por razón de edad y al alcance del principio de protección de datos personales demostraron que el Tribunal constitucional alemán tenía buena disposición: TJCE, 22/11/2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981; Tribunal constitucional alemán, 06/07/2010, 2 BvR 2661/06, *Mangold-Urteil* EuGH, *Honeywell*; Tribunal constitucional alemán, 02/03/2010, *Rétention des données*, cfr. D. HANF, *Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L’apport de l’arrêt “rétention des données et de la décision “Honeywell” du BVerfG*, “Research Paper in Law” V. 2010/3, p. 30; M. PAYANDEH, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice*, “Common Market Law Review”, 2011, p. 9 a 38.

de sordos en el que el desacuerdo era un desacuerdo de principio que, aunque provocara efectos (*self restraint* del Tribunal de justicia) no transformaba radicalmente las relaciones de fuerza (los *ultra vires* se producían regularmente)⁴⁴. En todo caso, no cierra la puerta a continuar con la discusión, incluso en caso de que ello no supusiera encontrar directamente un terreno de conciliación⁴⁵.

III.1.b. Las discusiones judiciales sobre el lugar de ejercicio democrático del poder.

¿Dónde está el lugar por excelencia de ejercicio democrático del poder en Europa? Esta pregunta nos lleva a la conocida cuestión del déficit democrático que también ha estado en el centro del diálogo judicial en Europa.

Pese a las penurias por las que pasa la democracia representativa en los Estados miembros, pese a que el lugar y el papel de los parlamentos nacionales en la gestación del Derecho de la Unión pase difícilmente por el tamiz de la crítica el Tribunal constitucional de Karlsruhe estima desde 1993 (sentencia Maastricht) — argumento que ha precisado en 2009 (Sentencia Lisboa)— que el lugar de expresión democrática por excelencia en Europa era y seguía siendo el Parlamento nacional — en su caso el *Bundestag* y el *Bundesrat*. Mientras en 1993 el Tribunal dejaba abierta la puerta a una posible evolución de la democracia a escala europea postulando un reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo, nada de esto encontramos en 2009. Parecería que el tribunal “expulsara para siempre a la Unión del paraíso de la democracia verdadera” (*true democracy*) que queda confinada en los Estados-nación⁴⁶. El Parlamento europeo no representa al pueblo europeo, “continúa siendo

⁴⁴ Tribunal constitucional checo, 31/01/2012, Caso Pensiones eslovacas, Pl. US 5/12. LICKOVA, *Quand la Cour constitutionnelle tchèque défie la CJUE sur les pensions de vieillesse*, “Constitutions Revue de droit constitutionnel appliqué”, 2012, n° 2, p. 304 a 306; Komarek, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires*, “European Constitutional Law Review”, 2012, p. 323 a 330.

⁴⁵ El Tribunal respondió indirectamente al Tribunal constitucional checo sosteniendo una posición bastante firme al destacar el hecho de que, incluso un Tribunal constitucional, se ve sometido a obligaciones normativas y procedimentales derivados de la primacía. TJUE, 15 de enero de 2013, *Jozef Križan y autres*, C-416-10, §§70-73

⁴⁶ BAQUERO CRUZ, *A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court, Karlsruhe's Europe, Notre Europe*, Studies & Research n°78, 2010, p. 8.

en el fondo un órgano de representación de los pueblos de los estados miembros”⁴⁷. Se trata de una afirmación solemne que obliga a tomar en consideración la posición de las dos cámaras en el marco de cualquier procedimiento de reforma ⁴⁸. Y aunque las sentencias que siguieron al rescate de Grecia (7 de septiembre de 2011)⁴⁹ y al procedimiento de ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (12 de septiembre de 2012)⁵⁰, hayan soslayado en alguna medida las críticas relativas al déficit democrático, no deja de ser cierto que el Tribunal constitucional alemán se mantiene firme en lo que se refiere al derecho de sufragio, que no puede ser vaciado en su contenido por una limitación de las competencias del *Bundestag*⁵¹.

Esta argumentación supone un desacuerdo de fondo, de un lado, con lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su sentencia *Matthews* desde 1999⁵²; y, de otro, con lo que el Tribunal constitucional checo mantuvo en 2009. Allí donde el Tribunal de Karlsruhe analiza la democracia de manera extremadamente formal —desconociendo deliberadamente la metamorfosis del sistema político

⁴⁷ Tribunal constitucional alemán, 30/06/2009, *Lisboa*, § 284.

⁴⁸ En efecto, el Tribunal alemán considera indispensable la participación de las instituciones parlamentarias alemanas (*Bundestag* y *Bundesrat*) en toda modificación de los Tratados, incluso cuando las revisiones se llevan a cabo a través de técnicas específicas. Así, los conocidos como procedimientos simplificados de reforma (artículo 48§6 TUE), las cláusulas pasarelas (artículo 48§7 TUE et 81§3, al.2 TFUE) así como la disposición del artículo 352 TFUE no podrán ser activados por el gobierno alemán sin obtener el aval del Parlamento. En otras palabras, no es suficiente con la posibilidad de ejercer un veto; lo que se exige es la participación activa de los representantes del Pueblo y de los Länder en el proceso de integración, sobre todo cuando lo que esté en juego sea un sea un impulso profundo del proceso de integración.

⁴⁹ Tribunal constitucional alemán, 7/09/2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 et 2 BvR 1099/10, *ordonnance* du 27.10.11, 2 BvE 8/11.

⁵⁰ Tribunal constitucional alemán, 12/09/2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

⁵¹ Esa es la razón por la que el *Bundestag* deberá ser obligatoriamente consultado en caso de que se supere el importe de los préstamos y garantías inicialmente previstos (en torno a 190 mil millones de euros). Se trata de asegurar, fundamentalmente, “que el vínculo de legitimación entre el Parlamento y el Mecanismo Europeo de estabilidad no se rompa” (§ 270 de la sentencia de 12 de septiembre de 2012)

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18/02/1999, *Matthews c. Reino Unido*.

europeo (un sistema interconectado) y el incremento que desde el inicio de la integración cabe advertir en las competencias y en la legitimidad del Parlamento europeo—, el *Ústavní Soud*, sin embargo, estima que el artículo 10.1 TUE – según el cual el funcionamiento de la Unión se funda sobre la democracia representativa— contempla los dos niveles de ejercicio del poder (europeo y nacional)⁵³. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 años antes, afirmaba sin ambages en su sentencia *Matthews* que el Parlamento europeo era: “*el instrumento principal del control democrático y de la responsabilidad política en el sistema comunitario. Legitimado por su elección por sufragio universal directo, el Parlamento Europeo debe ser considerado, sean cuales sean sus límites, como la parte de la estructura de la Comunidad Europea que mejor refleja la preocupación de asegurar en el seno de ésta un “régimen político verdaderamente democrático”*”⁵⁴.

¿Qué podemos decir sobre esta temática, pues, sino que es poco probable alcanzar un acuerdo?

III.2. Determinar el ejercicio del poder judicial.

Identificar el lugar en que se administra justicia es indispensable en el estudio del Derecho constitucional europeo: el poder judicial es parte del equilibrio democrático de toda la organización política. De esta manera, la interconexión de sistemas en Europa obliga una vez más a una aproximación global que ponga al descubierto un doble fenómeno en el centro del cual se encuentra la cuestión prejudicial, arquetipo del diálogo. De un lado, observamos que la obligación de plantear la cuestión no deriva exclusivamente del Derecho de la Unión: también se ha convertido en una obligación constitucional e internacional. De otro, la obligación de plantear la cuestión ha alcanzado, además de a los Tribunales supremos, a los Tribunales constitucionales. Por consiguiente, el poder judicial europeo no es único: no se encarna exclusivamente en el Tribunal de justicia. Es múltiple, encarnado en los jueces nacionales (supremos y constitucionales) y los dos tribunales europeos (TEDH y TJUE). La complementariedad de sus competencias y el diálogo que han entablado

⁵³ Tribunal constitucional checo (*Ústavní Soud*), 03/11/2009, PI ÚS 29/09, § 43.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18/02/1999, “*Matthews c. Reino Unido*”, § 48.

sobre éstas encarnan una vez más, el punto de equilibrio del Derecho constitucional europeo.

III.2.a. Los múltiples fundamentos de la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

Una perspectiva clásica —aislada y desconectada, esto es, basada únicamente en el sistema jurídico de la Unión— presenta el artículo 267.3 del TFUE como la fuente que obliga al planteamiento por parte del juez de la cuestión prejudicial en caso de dudas relativas a la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. Por consiguiente, el incumplimiento de una obligación de esta clase sólo supondría a priori la activación de un único mecanismo de control. La Comisión, a través del recurso de incumplimiento así como el Tribunal de Justicia con la ayuda de su jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado-juez (supremo)⁵⁵, serían las únicas instancias que, en el marco de sus competencias, estarían en disposición de sancionar el rechazo manifiestamente infundado de activar el mecanismo prejudicial. Limitarse a este aspecto de la cuestión —a su análisis desde el solo punto de vista del Derecho de la Unión— ya no es posible en un sistema político compuesto en el que la imbricación de los modelos —que supone una imbricación de las obligaciones- está en su apogeo. Es por ello necesario cambiar la óptica hacia una perspectiva global que tome en cuenta el punto de vista de todos los actores.

En aquellos estados que cuentan con una justicia constitucional fuerte —que cuentan con recursos directos de protección de derechos fundamentales— se admite que la negativa a plantear la cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 267.3 TFUE supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se recoge en el seno de la constitución nacional. Así, el Tribunal constitucional alemán inició la dinámica considerando que tal negativa suponía una lesión al derecho al juez predeterminado por la ley tal y como se establece en el artículo 101.1.b) de la Ley fundamental alemana⁵⁶; continúa esta senda el tribunal austríaco⁵⁷ que estima por su

⁵⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30/09/2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. I-10239.

⁵⁶ Tribunal constitucional alemán, 23/05/1986, *Solange II*; Tribunal constitucional alemán, 08/04/1987, *Kloppenborg*.

⁵⁷ Tribunal constitucional austríaco, 11 de diciembre de 1995, B-2300/95; Tribunal constitucional austríaco, sentencia de 26 de junio de 1997, B-3486/96. Hay que señalar, en cualquier caso, que esta

parte que el derecho al juez natural consagrado en su constitución⁵⁸ puede resultar lesionado en caso de que se rechace plantear la cuestión prejudicial de manera manifiestamente arbitraria. El diálogo horizontal se ha hecho también presente en la medida en que España, que se mantuvo al margen de esta perspectiva durante varios años⁵⁹, procedió finalmente a asumirlo. La sentencia del Tribunal constitucional español de 19 de abril de 2004 supuso un cambio de rumbo⁶⁰. Por primera vez, la jurisdicción constitucional admitía a examen un recurso de amparo sobre la base de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española como consecuencia de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶¹ se negara a plantear la cuestión prejudicial. Este cambio en su jurisprudencia fue confirmado posteriormente⁶². En 2009, el Tribunal constitucional checo se sumó al club de los tribunales alemán, austríaco y español estimando que el derecho al juez natural garantizado por el artículo 38.1 de la Carta checa fue lesionado a resultas del rechazo a plantear la cuestión por parte del juez supremo administrativo⁶³.

La historia no se detiene aquí, por cuanto un tercer actor viene a confirmar la multiplicidad de los fundamentos que obligan al planteamiento de la cuestión prejudicial. En este caso es la Comisión Europea de Derechos del Hombre⁶⁴, la que

jurisprudencia tiene un efecto limitado a Austria. Efectivamente, los demandantes no pueden utilizar el recurso específico para la garantía de los derechos fundamentales para alegar ante el VfGH una violación al “derecho al juez natural” por un órgano jurisdiccional que no quisiera activar la cuestión prejudicial en tanto que este recurso no cabe sino frente a las decisiones de las autoridades administrativas (artículo 144 de la Constitución). Sobre la jurisprudencia austríaca en materia comunitaria cfr. URLESBERGER, “Revista de Derecho Comunitario europeo”, 1999-1, n° 5, p. 27 a 65.

⁵⁸ Artículo 83. 2 de la Constitución austríaca.

⁵⁹ Tribunal constitucional español, STC 180/1993, de 31/05/1993 y STC 203/1996 de 9/12/1996.

⁶⁰ Tribunal Constitucional español, STC, 19/04/2004, n°58/2004. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Note sous 19 avril 2004*, “Common Market Law Review”, 2005, n° 42, p. 535 a 548; J-M. BAÑO LEÓN, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, 2004, n°18, p. 465 a 481.

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 05/10/1999, n° 769/1999.

⁶² Tribunal Constitucional español, STC, 19/06/2006, n°194/2006.

⁶³ Tribunal constitucional checo, 08/01/2009, II, ÚS 1009/08.

⁶⁴ Que inaugura esta línea jurisprudencial antes de desaparecer, suprimida por la reestructuración operada como consecuencia del Protocolo n° 11 de la CEDH.

da paso a una jurisprudencia que apenas varía en el tiempo: el 12 de mayo de 1993, en su sentencia *Société Divagsa c. España*⁶⁵, reconocía la competencia de los órganos de Estrasburgo para considerar la demanda de una sociedad que alegaba una violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1) provocado por el rechazo de los tribunales ordinarios españoles, y más tarde del Tribunal constitucional, de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal europeo confirmó esta línea jurisprudencial afirmando igualmente su competencia para examinar las negativas arbitrarias al planteamiento de las cuestiones⁶⁶. En cualquier caso nunca ha habido lugar para que se active ninguna sanción: las pretensiones de los demandantes ha sido siempre objeto de rechazo, bien por considerarse manifiestamente infundadas⁶⁷ —sobre todo porque en la jurisdicción nacional debería haber motivado debidamente su rechazo⁶⁸— bien por ser incompatibles *ratione materiae* con las disposiciones de la Convención⁶⁹. La sentencia *Michaud*⁷⁰ modificó este panorama viniendo a demostrar una vez más los inextricables lazos que mantienen los sistemas nacionales y europeos, reveladores de la existencia y del desarrollo de un derecho común. El Tribunal europeo llama, a su manera, al orden al Consejo de Estado y a las jurisdicciones supremas de los estados miembros de la Unión, explicándoles con toda claridad que la efectividad de la defensa de los derechos fundamentales en el seno de la Unión descansa, en gran medida, en su

⁶⁵ Comisión EDH, 12/05/1993, *Société Divagsa c. España*, DR 74, pp. 274-277; Comisión EDH, 28/06/1993, *Fritz et Nana c. Francia*, DR 75, p. 39

⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20/09/2011, “Ullens de Shooten y Rezabek c. Bélgica”, par. 60: “Así, el artículo 6.1 supone que las jurisdicciones internas deben correr con la carga que supone la obligación de motivar según el derecho aplicable las decisiones por las que rehúsan plantear una cuestión prejudicial, sobre todo en la medida en que el derecho aplicable solo admite excepcionalmente una negativa de este tipo”. (Trad. a cargo del traductor).

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 23/03/1999, “Desmots c. Francia”; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 07/09/1999, “Dotta c. Italia”; Tribunal Europeo de Derechos Humanos DR, 04/10/2001, “Nicolás Canela Santiago c. España”.

⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 04/09/2012, “Ferreira Santos Pardal c. Portugal”.

⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DR, 14/03/2002, “Nikolaos Martakis c. Grecia”.

⁷⁰ Tribunal Europeo Derechos Humanos, 06/12/2012, “Michaud c/ Francia”.

colaboración con el Tribunal de Justicia⁷¹. Resulta así incontestable que el sistema convencional de garantía coopera con la consagración del derecho al juez, como parte integrante de la tutela judicial, que es a su vez un elemento capital de todo sistema político que pretenda garantizar los derechos de los justiciables.

Junto con estas manifestaciones de la multiplicación de los fundamentos de plantear la cuestión prejudicial, cabe observar la multitud de titulares sometidos a esta obligación. Este fenómeno no sólo ha dado lugar a incentivar (en términos cuantitativos) el diálogo, sino que ha contribuido sobre todo a aportarle una densidad constitucional de primer orden a partir del momento en el que los tribunales constitucionales se han sumado a la fiesta.

III.2.b. Los múltiples titulares obligados a plantear la cuestión prejudicial.

Así las cosas, la perspectiva analítica debe ser global con el objeto de poder medir la extraordinaria relación de los sistemas jurídicos de la organización política que es la Sociedad europea tomada como un Todo. Durante mucho tiempo toda la doctrina relativa a la cuestión prejudicial se ha centrado en la historia —actualmente prehistoria— de la teoría del acto claro y en la cuestión de saber como las jurisdicciones supremas ordinarias deberían abordar su obligación de plantear la cuestión. A la rebelión del Consejo de Estado (desacuerdo)⁷², contestó el Tribunal de justicia, apaciguando y conciliando (acuerdo)⁷³. A partir de aquí las relaciones fueron mucho más armoniosas. El debate pasó a otra dimensión cuando los tribunales constitucionales intervinieron en el diálogo orquestado con el Tribunal de Justicia: sea

⁷¹ El par. 115 de la sentencia *Michaud c/ Francia* es importante y merece ser reproducido aquí: “El Tribunal se encuentra, por lo tanto, en la obligación de señalar que, debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión pre-judicial ante el Tribunal de Justicia, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del Convenio en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales - en principio equivalente a la establecida por el Convenio. A la luz de esa decisión y la importancia de las cuestiones que están en juego, la presunción de protección equivalente no puede aplicarse”. Cfr. “Actualité de la Convention européenne (juin-juillet 2012)”, *AJDA*, 28/01/2013, p. 173 a174.

⁷² Consejo de Estado, 19/06/1964, *Sté des Pétroles Shell-Berre, Lebon 344*, Conclusiones. N. Questiaux.

⁷³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 06/10/1982, *Cilfit*, 283/8, Rec. I-4673.

interviniendo sobre la conciliación de los controles de convencionalidad y de constitucionalidad, sea planteando directamente la cuestión prejudicial. El poder judicial europeo desvelaba, así, toda su envergadura constitucional.

Es bien conocido uno de los principales aspectos de la sentencia *Simmenthal*⁷⁴. En el caso de concurrencia entre la obligación de reenvío prejudicial en materia constitucional y la de reenvío prejudicial convencional, el juez nacional debe dar preferencia a la segunda. Desde 1978, los términos están, pues, claros. No obstante, y pese a todo, el paisaje europeo no deja de presentar contrastes. De un lado, encontramos a jueces constitucionales que dictan sentencias respetuosas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (Tribunal constitucional checo)⁷⁵; pero también encontramos a la inversa sentencias que expresan su desconfianza (Tribunal constitucional alemán)⁷⁶. Cuando no son los jueces los que actúan *motu proprio* estableciendo ellos mismos las reglas de conciliación de los reenvíos (conciliación pretoriana), son los legisladores los que deciden plantear las nuevas reglas de juego (conciliación legislativa). Las leyes belga⁷⁷ y francesa⁷⁸ suponen una reescritura completa de la solución indicada en la sentencia *Simmenthal*, al imponer a los jueces nacionales activar de manera prioritaria la prejudicialidad constitucional. Es bien sabido que esto ha dado lugar en Francia a una saga judicial, en forma de psicodrama

⁷⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 09/03/1978, “*Simmenthal*”, 106/77, Rec., 629.

⁷⁵ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 21/02/2006, n° PL ÚS 19/04. El Tribunal estima que hay que interpretar el control concreto de constitucionalidad, tal y como se prevé en el artículo 95.2 de la Constitución, a la luz del nuevo estatuto que como estado integrado asume la República checa.

⁷⁶ Tribunal constitucional alemán, 16/07/2006, BvL 4/00. A su juicio, no pueden admitirse relaciones “jerárquicas” entre el procedimiento del artículo 267 TFUE (ex-234 TCEE) y el del artículo 100 de la Ley Fundamental que se inscribe en el marco del control concreto de normas en virtud del cual un juez nacional puede aplazar su decisión con el objeto de que el Tribunal constitucional pueda verificar la conformidad de una ley interna con la ley fundamental. Además de que plantear la problemática en términos de “jerarquía” en vez de a través de la “prioridad aplicativa” es inapropiado, es que se desnaturaliza todo el espíritu de la jurisprudencia *Simmenthal*. El Alto Tribunal considera que corresponde al juez competente apreciar la utilidad y la pertinencia de uno u otro procedimiento en el caso concreto. El contraste con la jurisprudencia checa es sorprendente.

⁷⁷ Ley especial de 12 de julio 2009 por la que se modifica el artículo 26 de la ley especial de 6 de enero de 1989 sobre el Tribunal de Arbitraje, *Moniteur Belge*, 31 de julio de 2009, p.51617

⁷⁸ Ley orgánica n°2009-1523 de 10 de diciembre de 2009.

hexagonal, que solo volvió a su cauce cuando una vez más el Tribunal de justicia aclaró los términos de la concordia judicial —tras haber echado leña al fuego el legislador nacional⁷⁹—.

Una vez que algunas cortes constitucionales hubieran entrado en el diálogo a través del reenvío prejudicial⁸⁰ —los tribunales alemán, austríaco, belga, español, francés, italiano y lituano— y que otras hubieran dado a entender que estarían dispuestas a sumarse (los tribunales portugués y polaco), la densidad constitucional de la perspectiva dialógica alcanza su mayor popularidad: no solamente en términos orgánicos (los actores son tribunales constitucionales), sino, igualmente y sobre todo, en los aspectos materiales (los temas del diálogo son constitutivos del Derecho constitucional europeo ya que se refieren de forma casi exclusiva a los derechos fundamentales). Son múltiples las razones que justifican la entrada de los tribunales constitucionales en la era del diálogo con el Tribunal de Justicia. La primera razón tiene un alcance general. Viene referida al espíritu de la época; en concreto a la globalización, que lleva a disminuir más si cabe la soberanía de los estados. En este contexto, resulta obligatorio que cada actor del sistema judicial europeo tome la palabra, que se haga oír con el objeto de recordar su existencia al otro, al tiempo que reclama una parte de autoridad⁸¹. Resulta perentoria la adaptación a la nueva configuración de las relaciones jurisdiccionales si no se quiere correr el riesgo de periclitarse. Así de pronto, algunos tribunales abandonaron la jurisprudencia refractaria

⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22/06/2010, “Melki et Abdeli”, C-188/10 et C-189/10.

⁸⁰ La doctrina a este respecto comienza a ser consecuente: L. BURGORGUE-LARSEN, “Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue”, *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, p. 273 a 285; E. CLOOTS, “Germs of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court”, p. 645 a 672 ; D. RITLENG, “Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel”, *Mélanges en l’honneur du professeur Molinier*, p. 585 a 604; M. VERDUSSEN, *La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l’Union européenne*, “Revue Belge de droit constitutionnel”, 2011, p. 81 a 109 ; del mismo autor, *Le droit de l’Union européenne jouit-il en Belgique d’une singularité constitutionnelle par rapport au droit international?, Les interactions normatives. Droit de l’Union européenne et droit international*, p. 87 a 105.

⁸¹ Se remite aquí a la muy estimulante tesis de D. SARMIENTO que revisa toda la jurisprudencia relativa a la cuestión prejudicial al amparo del concepto habermasiano de “acción comunicativa”, *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, p. 379.

a la utilización del mecanismo prejudicial. El caso español es paradigmático⁸². El segundo factor es más específico ya que viene ligado a consideraciones de tipo técnico. En otras palabras, tiene que ver con la especificidad de la justicia constitucional en cada estado miembro. El contexto constitucional interno propio de cada país permite explicar que en Bélgica⁸³, Italia⁸⁴ y Francia⁸⁵, la regulación de las competencias de los tribunales, en el marco de un orden constitucional modificado, haya propiciado una utilización del reenvío prejudicial. Por su parte, el histórico reenvío de 14 de enero de 2014 del Tribunal de Karlsruhe⁸⁶, obedece a la aplicación de su propia jurisprudencia en los términos de la sentencia *Honeywell*⁸⁷.

Los temas del diálogo trabado entre los tribunales constitucionales europeos y el Tribunal de Justicia son esenciales para armonizar los sistemas jurídicos. Van desde la protección de los derechos a la defensa en el marco de la orden europea de

⁸² ARROYO JIMENEZ, *Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, "Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration", WP IDEIR, 2011, n° 8, p. 18. Cfr. Igualmente nuestro análisis en *RTDE*, 2012, enero-marzo de 2012, n°1, p. 271 a 275. Durante mucho tiempo, el Tribunal constitucional español justificó su rechazo considerando que la interpretación o la validez del Derecho de la Unión no tenían un alcance constitucional. El 9 de junio de 2011 el Tribunal constitucional español puso fin a esta jurisprudencia ingresando en el club aun cerrado de los Tribunales constitucionales que han decidido entrar directamente en contacto con el Tribunal de Justicia. No dudó, en un tema particularmente sensible (como la aplicación de la orden europea de detención y entrega), en plantear tres cuestiones prejudiciales al TJ referentes a la interpretación y a la validez del Derecho de la Unión (cfr. *Supra*, la respuesta del Tribunal de Justicia en el caso *Melloni*)

⁸³ VANDAMME, *Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court*, "EuConst.", 2008, V. 4, p.127 a 148.

⁸⁴ Tribunal constitucional italiano, 12/02/2008, n°102/2008 y n°103/2008, Cfr. El comentario de L. S. ROSSI sobre las sentencias n°348 y 349/2007 de 22/10/2007 y n°102 y 103 de 12/02/2008, *CMLR*, vol.n°46-n°1, 2009, p.319 a 331.

⁸⁵ La valoración del artículo 88.2 en el asunto *Jeremy F.* deja adivinar que, a priori, no serán legión las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo constitucional francés, cfr. *Jeremy F.*, 4 de abril de 2013, DC n° 2013-314P QPC. Se remite a la web del Consejo Constitucional para los muy numerosos comentarios doctrinales.

⁸⁶ Tribunal constitucional alemán, 14/01/2014, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

⁸⁷ Tribunal constitucional alemán, 06/07/2010, 2 BvR 2661/06.

detención y entrega⁸⁸, a la cuestión de la protección de la confidencialidad de las relaciones entre abogados y clientes en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales⁸⁹, a la calidad de los servicios sociales⁹⁰, pasando por la protección de datos personales⁹¹, o por el principio de no discriminación por razón de sexo⁹²; son el testimonio de la importancia cardinal de asegurar la protección de derechos fundamentales, el otro elemento que constituye el Derecho constitucional europeo, además de los aspectos de tipo económico y financiero⁹³.

IV. Garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El diálogo judicial —marcado por una sucesión de acuerdos y desacuerdos entre jueces— ha permitido rápidamente a las Comunidades europeas y a la Unión Europea, después, convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales tras haber sido concebida dentro de una lógica de mercado en la que la teoría funcionalista brillaba con todo su esplendor y el marchamo “humanista” no aparecía por ningún lado. Así pues, esta lógica originaria fue rápidamente superada. La creación de un catálogo pretoriano de protección de los derechos fundamentales fue el fruto de un diálogo vertical constructivo entre algunos tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia, y la intensificación de las garantías es testimonio

⁸⁸ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 29/07/2005; respuesta, TJCE, 03/05/2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05; Tribunal constitucional belga, 31/07/2009; contestación, TJUE, 31/10/2010, I.B ; Tribunal constitucional español, 09/06/2011, n°ATC 86/2011 ; contestación, TJUE, 26/02/2013, *Melloni*, C-399/11; Consejo constitucional francés, Jeremy F., 04/04/2013, DC n° 2013-314P QPC; respuesta, TJUE, 30/05/2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU.

⁸⁹ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13/07/2005; respuesta, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 26/06/2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05

⁹⁰ Tribunal constitucional belga, 25/01/2012, n°10/212 (*Etablissements personnes âgées (Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL / Commission communautaire commune*)

⁹¹ Tribunal constitucional belga, 10/10/2012, n°116/2012, asunto *Détectives privés (Institut professionnel des agents immobiliers (IPI)/Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte)*.

⁹² Tribunal constitucional belga, cuestión de 29/06/2009; contestación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 01/03/2011, ASBL. C-236/09.

⁹³ Tribunal constitucional alemán, 14/01/2014, 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13 ; 2 BvR 2730/13 ; 2 BvR 2731/13 ; 2 BvR 13/13. Lo que está en el seno de la discusión es el sometimiento del Banco Central europeo a las condiciones soberanas impuestas por los Estados miembros.

de un cambio de paradigma. El reino exclusivo del todopoderoso mercado es completado por la lógica de la protección hasta el punto en que el discurso jurisprudencial en materia de derechos fundamentales ha superado hoy el estadio de la creación y de la proclamación para llegar al de su consolidación efectiva.

IV.1. El tiempo de la creación.

La historia de la creación pretoriana de un catálogo de Derechos fundamentales es sobradamente conocida, de modo que no es procedente revisarla aquí de manera exhaustiva. Será suficiente con recordar que las sentencias de los tribunales constitucionales italiano⁹⁴ y alemán⁹⁵ abrieron un espacio de diálogo con el Tribunal de Justicia, un espacio de diálogo donde no hubiera debido haber otra relación que la de autoridad y, en consecuencia, el cumplimiento incondicionado del Derecho de la Unión por los jueces nacionales. Es importante a este respecto poner de relieve las consecuencias particularmente positivas de lo que fue presentado, y aún se presenta hoy en ocasiones, por una gran parte de la doctrina, como actos de rebelión destinados a golpear al principio de primacía absoluta del Derecho comunitario, tal y como es planteado por el Tribunal de Justicia. Estas “reservas de constitucionalidad” han tenido su parte positiva. Se nos permitirá la licencia de recordar una incisiva pregunta —planteada por Robert Lecourt en el homenaje al Decano Boulouis⁹⁶ con el objeto de plantear los términos del debate bajo un ángulo diferente: “¿qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán?” Deberían los defensores de la Constitución aceptar sin rechistar un sistema que —en la medida en que no atribuía ninguna posición a los Derechos fundamentales⁹⁷— pudiera un día rebajar el estándar de protección constitucional

⁹⁴ Tribunal constitucional italiano, 27/12/1965, “San Michele”; 27/12/1973, “Frontini Pozzani”.

⁹⁵ Tribunal constitucional de Karlsruhe, 18/10/1967; 29/05/1974, “Solange I”.

⁹⁶ LECOURT, “*Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*”, *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, p. 349 a 361.

⁹⁷ Por razones históricas referidas a la lógica económica de la teoría funcionalista basada en la filosofía del “paso a paso” y en la existencia de un sistema europeo de protección de derechos que, establecido poco tiempo antes que los Tratados constitutivos de 1951 y 1957, tenía como vocación exclusiva la protección de los derechos humanos

nacional? La rebelión (esto es, la violación del principio de primacía absoluta) se ha revelado como legítima en la medida en que ha permitido transferir la plusvalía de los órdenes constitucionales nacionales al ordenamiento jurídico de la Unión, siempre respetando “la estructura y los objetivos” del Derecho comunitario. La consecuencia fue inmediata: el diálogo se activó. A los desacuerdos planteados por los jueces italianos, primero, y alemanes, después, siguió la respuesta del Tribunal de Justicia que construyó, en cuatro tiempos, un argumento que permitió retomar el camino de la concordia. Éste fue el de acudir a todos los resortes de la técnica de los principios generales del derecho para colmar la laguna originaria de los tratados constitutivos. El desacuerdo (*ultra vires* nacionales) originó la concordia (construcción a través de los principios generales del derecho de un catálogo pretoriano de derechos).

Tras el momento de la creación, llegó el de la consagración textual a través de la elaboración y de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora “Carta”) que finalmente fue elevada al rango de Derecho primario por el Tratado de la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa (art. 6.1 TUE). Si los principios generales del derecho sirvieron para identificar un imponente catálogo de derechos fundamentales en el seno del ordenamiento de la Unión –inspirándose no solamente en las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros, sino también en la Convención Europea, considerada en este sentido como un “instrumento privilegiado”- la Carta de derechos fundamentales recién adoptada (el siete de diciembre de 2000), se convertía en parámetro interpretativo prioritario de la Convención europea. El Tribunal de Estrasburgo [TEDH] la utilizaba sin complejos con el objeto de interpretar su texto de referencia “a la luz de las condiciones actuales”; la Carta, junto con otras fuentes externas, permitió así a la Corte de Estrasburgo garantizar la coherencia de los sistemas de protección de derechos en Europa, sin impedir que se pudiera acordar una protección mayor por uno de los sistemas⁹⁸. Asimismo este método de interpretación supuso poner de manifiesto el diálogo horizontal entre las dos Cortes europeas: toda discordia fue

⁹⁸ Como se deduce del asunto *Elgafaji* en materia de protección subsidiaria, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 17/02/2009, “Epoux Elgafaj”i, C-465-07, Rec., 2009, I-921, LENAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, “International and Comparative Law Quarterly”, 2010, n° 59, p. 255 a 351.

erradicada ya que, por el contrario, se hizo cuanto fue posible para lograr que la coherencia interpretativa de los derechos fundamentales llegara a buen puerto. De pronto, los acuerdos judiciales marcaron el ritmo del diálogo horizontal. Así, junto con el diálogo vertical entre los jueces constitucionales y el Tribunal de justicia se desarrolló igualmente un diálogo horizontal entre las dos cortes europeas, que condujo a un nivel armonioso (pero no uniforme) de protección de los derechos en el continente europeo.

La perspectiva dialógica tiene de particular que nada queda fijado de una vez para siempre, ya que la integración europea es sobre todo un proceso; es, por definición, evolutiva. Así las cosas, a una posición común establecida en un momento “x”, viene a suceder otra polémica que toma como punto de apoyo las nuevas evoluciones propias del sistema de integración europea. Ve la luz así un nuevo ciclo de discordia/concordia.

El “transformismo” interminable del sistema de integración ha generado dos tipos de consecuencias en términos dialógicos. La primera consecuencia ya no es solamente el mantenimiento del principio de “reservas de constitucionalidad” por los dos tribunales líderes en la materia⁹⁹, sino, y sobre todo, su importación por otros tribunales constitucionales de los Estados Miembros de la Unión. Aquí, el diálogo horizontal funciona a toda marcha. Cada tribunal ha marcado con su impronta la construcción del derecho constitucional europeo haciendo suya —a veces adaptándola a las especificidades constitucionales propias de su ordenamiento— la jurisprudencia de los contralímites —como fue rápidamente denominada por la influencia de los juristas italianos—. De España (2004)¹⁰⁰, pasando por Francia

⁹⁹ Tribunal constitucional italiano, 08/06/1984, “Granital”; 21 abril 1989, *Fragd* (n°232/89); Tribunal constitucional alemán, 22/10/1986, “Solange II”; 12/05/1989, “Soweit”; 12/06/1993, “Maastricht”; 07/06/2000, “Solange III”; 30/06/2009, “Lisboa”.

¹⁰⁰ Tribunal constitucional español, 13/12/2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DTC n°1/2004, 05/01/2005. Esta Declaración ha atraído, lógicamente, la atención de la doctrina española más autorizada. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2005, n°73; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea*, “Revista de derecho comunitario europeo”, enero-abril 2005, p.5 a 17. En lengua francesa, MODERNE, *Rfdadm.*, 2005; véase igualmente nuestra contribución, *La déclaration du*

(2004)¹⁰¹, Hungría (2006)¹⁰², o la República Checa (2008)¹⁰³, se plantearon reservas de constitucionalidad sobre la cuestión de los derechos fundamentales. Nos encontramos, pues, ante una forma de mantenerse alerta frente a los avances en la construcción de la Unión Europea (colocando a la Unión “bajo la presión” de garantizar un estándar elevado de protección), en lo que supone también un momento para la reafirmación de una parte de su autoridad. Tal reafirmación es mayormente simbólica, ya que los tribunales no pueden ignorar las obligaciones que derivan de que sus Estados estén integrados en la Unión. Si por un lado los tribunales constitucionales afirman con fuerza la primacía de su constitución (garantizando la existencia de un núcleo duro “intocable” que deriva por otra parte de la “identidad constitucional” de cada estado, una parte de la cual la integran de forma muy significativa los derechos fundamentales), por otro, mantienen un espíritu conciliador basado en la necesidad de una interpretación conforme del derecho constitucional con el Derecho de la Unión. Los tribunales constitucionales no pueden negar la fuente de la que deriva su posición (la Constitución), la que constituye la esencia de su función (la protección de la constitución). Por tanto, no pueden, formalmente al menos, compartir un análisis de las relaciones entre ordenamientos en términos de jerarquía, pero tampoco pueden negar la existencia de la Unión y su integración en el seno de los ordenamientos constitucionales nacionales (sobre todo por el hecho de la existencia de cláusulas europeas en su seno). La existencia y el desarrollo del Derecho constitucional europeo pasa por ese diálogo constitucionalizador en el que cada actor judicial (TJUE y tribunales constitucionales) mantienen su posición de principio, la primacía de su orden natural de legitimidad, en la certeza de que los ordenamientos respectivos se

13 décembre 2004 (DTC n°1/2004), ‘Un Solange II à l’espagnol’, “Les Cahiers du Conseil constitutionnel”, 2005-18, p. 154 a 161.

¹⁰¹ Consejo constitucional, 19/11/2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, 2004-505 DC. Los análisis han sido innumerables por lo que se remite a la página web del Consejo para su consulta.

¹⁰² Tribunal constitucional de Hungría, 16/06/2006, n°1053/E/2005 AB, Cfr. VARNAY, TATHAM, *A new step on the Long Way – How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order?*, “Miskolc Journal of International Law”, 2006, V. n° 3, p.76 a 84; Tribunal constitucional de Hungría, 12/12/2006, 72/2006 (XII.15).

¹⁰³ Tribunal constitucional checo, 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08.

fundan en valores y principios comunes¹⁰⁴, lo que les conduce lógicamente a afirmar la necesidad de una conciliación. En este concierto judicial, algunos tribunales nacionales ponderaron la preservación del núcleo duro identitario; otros, por el contrario, apostaron (tras recordar la existencia de una reserva y por tanto implícitamente de la perspectiva jerárquica) por la existencia de un “fondo común de valores” —retomando la famosa expresión de Guy Baibant— que supone la conciliación y la cooperación¹⁰⁵.

Podemos decir hoy que el resultado del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales ha sido doble: de una parte, ha propulsado a la Unión a la era de la modernidad constitucional proporcionándole un catálogo escrito de derechos fundamentales (encarnado en la Carta); por otro, la codificación de los contralímites por el artículo 4.2 TUE —en los que entretanto se ha visto un desplazamiento subrepticio de los derechos fundamentales hacia la identidad constitucional (estando

¹⁰⁴ En efecto, ya que las “tradiciones constitucionales comunes” han formado parte de la elaboración de los principios generales del Derecho comunitario, que a su vez han contribuido (con la CEDH) a la determinación del contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, que, por su parte, es partícipe de la actualización de la interpretación de la Convención Europea. La ósmosis interpretativa, fuente de coherencia y de valores comunes, a su máximo nivel.

¹⁰⁵ Los ejemplos son muy numerosos. Pondremos de manifiesto este pasaje particularmente significativo de una sentencia importante del Tribunal constitucional checo. 26/11/2008, Tratado de Lisboa, PI ÚS 19/08, par. 197: *“In any case, we can also agree with the government’s opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other’s activities, not compete with each other”*.

los primeros incluidos a menudo en el contenido de la segunda)—¹⁰⁶ es consustancial al código genético del Derecho constitucional europeo¹⁰⁷.

La segunda consecuencia del evolucionismo incesante de la integración es la apertura de otro frente de diálogo centrado en los efectos en los ordenamientos internos de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰⁸. Los problemas relativos a su ámbito de aplicación (art. 51.1) y a su articulación con el resto de los sistemas jurídicos de protección (constitucionales y convencional) (artículo 53), se sitúan en el centro de nuevas “discusiones judiciales”. Fue el mecanismo prejudicial —revelador

¹⁰⁶ En el marco de este trabajo, no es posible entrar a valorar todos los matices de este fenómeno. Cada tribunal constitucional, en función de su historia y del ordenamiento en el que se integra, establece unos concretos vínculos entre identidad constitucional y derechos fundamentales. Éstos, en general, se insertan en el concepto global pero no lo agotan. El concepto de “identidad constitucional”, que en la arena del diálogo entró de la mano de Francia (Consejo constitucional, 30/03/2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC ; Consejo constitucional, 27/07/2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC ; Consejo constitucional, 30/11/2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC), fue asumido por el Tribunal constitucional alemán hasta el punto de crear un nuevo tipo de control (*Identitätskontrolle*, §§228, 230, 240 Sentencia Lisboa de 2009).

¹⁰⁷ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de asumir seriamente algunos elementos relevantes de la identidad constitucional de los Estados miembros, antes incluso de que se inscribiera formalmente en el artículo 4.2 del TUE, tal y como fue adoptado en Lisboa. Se trata de algo explicable, por otra parte, puesto que su antecesor (el artículo F 2 del TUE en la formulación de Maastricht) ya había subrayado la importancia de la identidad. V. CONSTANTINESCO se pronunció sobre este aspecto en *L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité: l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d'Amsterdam*, “Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque”, p. 299 a 311. Para un análisis iconoclasta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión, nos tomamos la licencia de remitirnos a nuestro trabajo: *“Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne”*. (*Dés)ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders*, LEVRAT, BESSON (dir.), p.185 a 220.

¹⁰⁸ El Tratado de Lisboa abre una nueva página en la historia de las relaciones con los Estados miembros, marcada en lo que se refiere a los derechos fundamentales, por la elevación de la Carta al rango del derecho primario. Los nuevos desafíos que se inician a partir de aquí suponen la reactivación lógica del diálogo de jueces, tanto con las jurisdicciones internas como con el TEDH. COUTRON, PICHERAL (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, 2012.

del “diálogo integrado”— activado en uno de los dos casos por el Tribunal constitucional español¹⁰⁹, el que propició que el Tribunal de Justicia dictara dos sentencias de la mayor importancia el 26 de febrero de 2013 (las sentencias *Arkerberg Fransson y Melloni*)¹¹⁰. Éstas sentaron las bases de la protección de los Derechos fundamentales en un contexto renovado por la entrada en vigor de la Carta y la anunciada previsión de la adhesión de la Unión a la Convención (art. 6.3). Al optar por una concepción amplia de la noción de “aplicación del derecho de la Unión” por los Estados miembros la sentencia *Arkerberg Fransson* convocaba de inmediato la reacción del Tribunal constitucional de Karlsruhe. Éste, en sentencia de 24 de abril de 2013¹¹¹ consideró que la ley sobre los ficheros antiterroristas no era una ley “de aplicación” del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta tal y como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson*. El Tribunal consideró que la ley alemana perseguía objetivos nacionales que no afectaban, salvo de manera indirecta, el orden jurídico de la Unión. En consecuencia,

¹⁰⁹ Tribunal constitucional español, cuestión de 09/06/2011 ATC 86/2011; contestación TJUE, 26/02/2013, *Melloni*, C-399/11 (Cfr. supra notas 79 y 83).

¹¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/01/2013, “Arkerberg Fransson”, C-617/10; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26/02/2013, “Melloni”, C-399/11. Los análisis doctrinales, de inmediato, reconocieron la importancia de estas sentencias. La lista que figura en estas líneas no es exhaustiva pero pretende ser representativa de las reacciones de la doctrina europea: DUBOUT, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l’arrêt Melloni*, “Cahiers de droit européen”, 2013, n°2, p. 293 a 317 ; HANCOX, *The meaning of ‘implementing’ EU law under Article 51 (1) of the Charter : Akerberg Fransson*, “Common Market Law Review”, 2013, n°50; KRONENBERG, *Quand ‘mise en oeuvre’ rime avec ‘champ d’application’ : la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans le contexte de l’application du ne bis in idem*, “Revue des affaires européennes”, 2013, n°1, p. 147 a 159 ; RITLENG, *De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union. Les enseignements des arrêts Arkerberg Fransson et Melloni*, “Revue Trimestrielle de droit européen”, 2013, p. 267 a 292; SARMIENTO, *Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, “Common Market Law Review”, 2013, n°50, p. 1267 a 1304; SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2013, n°2; VECCHIO, *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, “Quaderni costituzionali”, 2013, n°33, p. 454 a 456.

¹¹¹ Tribunal constitucional alemán, 24/04/2013, *Counter-Terrorism Database decision*, 1 BvR 1215/07.

no aprecia ninguna necesidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia ya que este no es en rigor el juez “legal”, en el sentido del artículo 100.1. 2) de la Ley fundamental, para resolver una cuestión que no se sitúa en el ámbito europeo de los Derechos fundamentales. Para el Tribunal constitucional alemán lo que está en juego es, nada más ni nada menos, que el “territorio” de los Tribunal constitucionales, en otras palabras, la disminución de su función predilecta (la protección concreta de los derechos fundamentales). Una interpretación amplia de la noción de “aplicación del derecho de la Unión” (que condiciona la aplicabilidad de la Carta) disminuye mecánicamente la posibilidad de activar la competencia de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales. Esto es, evidentemente, una nueva fuente de desacuerdos¹¹². ¿Cómo reaccionará el Tribunal de Justicia a esta posición estratégica del Tribunal alemán, que estimó por unanimidad que procedía interpretar el asunto *Akerberg Fransson* como una decisión que debía limitarse al ámbito material del procedimiento penal y al significado del principio *ne bis in idem*?

Tras haber recordado las consecuencias de las “rebeliones” italianas y alemanas que abrieron el espacio de diálogo constitucional en materia de derechos fundamentales, hasta el punto de propulsar a la Unión hacia la era del constitucionalismo moderno (con la adopción de la Carta y las consecuencias en términos dialógicos sobre su ámbito de aplicación), es procedente ahora señalar las consecuencias “efectivas y concretas” de esta revolución.

IV.2. El tiempo de la consolidación efectiva.

Presentaremos ahora dos consecuencias lógicas y contundentes de la posición asumida por los Derechos fundamentales en el seno de la Unión. Por una parte, la validez del derecho de la Unión Europea puede enjuiciarse sobre la base de una argumentación centrada en el respeto y la preservación de los Derechos fundamentales¹¹³, en la medida en la que estos pueden igualmente, y en determinadas

¹¹² JHR, LB, *After Akerberg Fransson and Melloni*, “European Constitutional Law Review”, Vol. 9, p. 169 a 175.

¹¹³ El asunto *Kadi y Al-Barakaat* (TJCE, 03/09/2008, C-402/05 P et C-415/05 P) – ampliamente conocido – es, a nuestro juicio, la explosiva manifestación del proceso de constitucionalización de la Unión, emprendido por el Tribunal de Justicia desde las fundacionales sentencias de 1963 y 1964. El Tribunal

condiciones, prevalecer sobre la garantía de las libertades económicas, lo que obliga a reconsiderar la pura lógica del mercado.

IV.2.a. Las discusiones judiciales sobre la validez del Derecho de la Unión.

Cuando un Tribunal constitucional cuestiona la validez del derecho de la Unión, indirectamente (a través del control de las leyes nacionales de transposición) o directamente (planteando una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia)¹¹⁴, se abre un camino que no es irrelevante. Lo que se observa demuestra que los jueces nacionales mantienen la alerta sobre el elevado nivel de protección de derechos y que consideran que han de participar en la elaboración (a través de la discusión) de la legislación europea. La historia de la aplicación de la legislación nacional referida a la Orden europea de detención —creada por la Decisión-Marco de 13 de junio de 2002¹¹⁵— es reveladora, tanto de la importancia de los controles directos e indirectos que sobre el derecho derivado ejercen los tribunales constitucionales, como de los efectos concretos de éstos: el mantenimiento de un nivel elevado del estándar de protección. Dicho de otra manera: los diálogos, tanto horizontales (entre los tribunales constitucionales) como verticales (entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia), demuestran que el Derecho constitucional europeo viene a construirse de manera permanente teniendo como base una relación continua de intercambios judiciales, con toda la dosis de complejidad que ello supone. Veamos.

Algunos tribunales declararon inconstitucionales las leyes internas de transposición. En este sentido, los tribunales constitucionales polaco¹¹⁶ y alemán¹¹⁷,

de Justicia razona, efectivamente, como un juez constitucional que soslaya la primacía del derecho internacional público para hacer prevalecer la protección de los derechos fundamentales.

¹¹⁴ El Tribunal constitucional belga se ha destacado por las veces que ha cuestionado la validez del derecho de la Unión: así la directiva de blanqueo de capitales, la decisión-marco sobre la orden europea de detención y entrega y una de las directivas antidiscriminación (2004/113 CE).

¹¹⁵ M-E. CARTIER (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*.

¹¹⁶ Tribunal constitucional polaco, 27/04/2005, P 1/05, *Dziennik Ustaw* 2005.77.680.

¹¹⁷ Tribunal constitucional alemán, 18/07/2005, 2BvR 2236/04, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, p.1119 a 1128.

así como el Tribunal Supremo de la República de Chipre¹¹⁸ declararon la inconstitucionalidad de las leyes de transposición de la mencionada Decisión-Marco, que, como sabemos, tiene como objetivo principal armonizar los requisitos relativos al procedimiento de extradición en el marco europeo¹¹⁹. Postulando un núcleo estable de valores y de principios comunes entre los Estados miembros de la Unión Europea, los ejecutivos nacionales consideraron en gran medida franqueados los obstáculos para adoptar la Decisión-Marco. Por su lado, los legisladores nacionales, al llevar a cabo su transposición, no tuvieron suficientemente en cuenta la garantía de principios esenciales, centrados en la protección de los derechos de las personas afectadas por la orden europea de detención. ¡Y todo ello sin contar con los defensores de la Constitución!

En este concierto de intervenciones de los jueces constitucionales, el juez checo no dudó *motu proprio* en considerar la Decisión-Marco compatible con la constitución nacional. Su actitud es especialmente reveladora del “diálogo horizontal” entre tribunales en el seno del espacio constitucional europeo. En efecto, si se pronunció directamente sobre la constitucionalidad de la ley de transposición de la Decisión-Marco¹²⁰ es porque tenía consciencia de que —por su lado— el Tribunal de Arbitraje belga había planteado al Tribunal de justicia una cuestión prejudicial de

¹¹⁸ Tribunal supremo de la República de Chipre, 7/11/2005, “Avocat général c. Costa Constantinou”, n°294/2005. Es importante que destaquemos el conocimiento por parte del juez chipriota de la jurisprudencia de las jurisdicciones alemana, francesa, griega y polaca sobre la orden europea de detención. Sutil conocedor también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, alude tanto al principio de primacía del derecho comunitario como al de interpretación conforme, aplicable a las directivas pero también a las decisiones-marco según lo que se deriva de la jurisprudencia *Pupino* citada muy apropiadamente (TJUE, 16/06/2005, *Maria Pupino*, C-105/03, Rec. p. I-05285). Basándose en estos principios, el juez supremo chipriota constata que es su incapacidad de lograr la primacía del derecho comunitario lo que hace imposible recurrir a la interpretación conforme de la ley chipriota de transposición relativa a la orden europea de detención: en otras palabras, la contradicción con la Constitución no puede superarse utilizando los mecanismos interpretativos.

¹¹⁹ El quinto considerando del Preámbulo de la Decisión-marco señala: “El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales”.

¹²⁰ Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 03/05/2006, n° Pl. ÚS 66/04.

validez sobre la mencionada decisión¹²¹. En este contexto, el Tribunal checo considera que no era necesario hacer lo mismo y que le correspondía zanjar la cuestión de constitucionalidad (considerando que continuaba siendo aplicable la orden europea hasta que no se pronunciara al respecto el Tribunal de Justicia). La argumentación que despliega en esta ocasión es el emblema de la nueva relación de fuerzas del constitucionalismo europeo: la necesaria valoración de la interpretación conforme que se desprende del carácter indisociable de los ordenamientos jurídicos (nacionales y europeo), constitutivos del Derecho constitucional europeo¹²².

La aparición y la aplicación de contrapesos jurisdiccionales a las iniciativas de los legisladores europeos y nacionales, no debe escamotear la complejidad del fenómeno dialógico, trufado de diferencias tanto en el nivel de las soluciones como en

¹²¹ Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13/07/2005 (n° 2005-126) sobre la validez de la directiva sobre el blanqueo de capitales. El Tribunal de Justicia respondió con la Sentencia de la Gran Sala el 26/06/2007, “Ordre des barreaux francophones et germanophone”, C-305/05 constantando la validez de la directiva en lo que se refiere a las exigencias que se derivan del artículo 6.1 de la Convención.

¹²² Ante el requerimiento de un grupo de diputados y de senadores en el sentido de que anulara la ley de transposición, rechazó tal demanda con una argumentación reveladora desde el punto de vista de su euro-compatibilidad. Así, estima que cuando son admisibles diferentes interpretaciones de la Constitución, es pertinente optar por aquella que no contravenga las obligaciones que se derivan de las obligaciones que se contraen en tanto que Estado miembro. Sobre esta base, analiza las disposiciones constitucionales que según los demandantes entrarían en contradicción con la ley de transposición. Igualmente confronta el principio constitucional de no extradición de un ciudadano checo con el procedimiento de entrega. Utilizando a la vez argumentos exegéticos, comparatistas y teleológicos, pone de manifiesto que las ventajas que se derivan de la ciudadanía europea (especialmente para los ciudadanos checos en el exterior) tienen una contrapartida en términos de responsabilidad. Para el juez constitucional checo, la realidad de la Unión europea, no puede ser esquivada y es considerando esto como procede interpretar la disposición constitucional en cuestión. Así las cosas, al argumento de los demandantes de que el vínculo entre el ciudadano y el Estado se vería alterado por el procedimiento de entrega, el Tribunal responde que no se frustra la protección del ciudadano checo por su Estado, en la medida en que quedan abiertas las posibilidades de recurrir las sentencias y que la ley enumera con precisión las razones por las que se puede no ejecutar una orden de detención y entrega europea. De la misma forma, al argumento según el cual el procedimiento de entrega afectaría a la previsión de «doble incriminación», el tribunal, de manera destacable, considera que el abandono de esta exigencia clásica se explica y queda legitimado por la existencia de un conjunto de valores compartidos entre los Estados Miembros —en torno al rule of law— lo que de hecho, debería originar una mutua confianza.

el de las justificaciones. Efectivamente, entre la sentencia polaca que suspendió durante 18 meses los efectos de su declaración de inconstitucionalidad (para dejar tiempo al poder constituyente “derivado” para adaptar la Constitución polaca a las exigencias europeas) y la sentencia del Tribunal de Karlsruhe que anuló todos los procesos judiciales y administrativos en curso sin dejar ninguna salida a los poderes legislativos alemanes, severamente sancionados en la declaración de inconstitucionalidad, está la medida del precio que hay que pagar para que la consolidación de los Derechos fundamentales en Europa sea efectiva. Bien es cierto, que es una manifestación muy clara del lema europeo “Unidos en la diversidad” aplicada al fenómeno dialógico en el marco del desarrollo del Derecho constitucional europeo. Acuerdos y desacuerdos, ahora y siempre, forman parte del equilibrio constitucional en Europa.

IV.2.b. Las discusiones judiciales sobre la conciliación de derechos y libertades fundamentales.

Durante mucho tiempo, los derechos fundamentales han contribuido a la realización de las libertades económicas consideradas como “fundamentales” por los Tratados. Las grandes decisiones *Cinéthèque*, *Ert*, *Carpenter* así como *Fetersen* son representativas de esta época¹²³. Los derechos fundamentales eran invocados por los particulares (personas físicas y/o jurídicas) con el único objetivo de favorecer la aplicación de las grandes libertades fundamentales económicas. En la actualidad, los derechos fundamentales pueden cada vez más, por el contrario, justificar limitaciones a las libertades de circulación. Una nueva generación de sentencias ha visto la luz

¹²³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 11 /07/1985, “Cinéthèque”, aff. jtes 60 et 61/84, Rec., 1985, p. 2605; TJCE, 18/06/1991, *ERT*, C-260/80, Rec. I-2925; TJCE, 11/06/2002, “Carpenter”, C-60/00, Rec., I-6279 ; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 25/06/2007, “Fetersen”, C-370/05, Rec., I-1129

marcada por asuntos ciertamente célebres —*Schmidtberger, Omega, AgM Cos Met, Laval, Viking, Dynamic Medien*¹²⁴— y que revelan dos tipos de situaciones¹²⁵.

La primera hace referencia aquéllos particulares que invocan algunos Derechos fundamentales con el objeto de oponerlos a otros particulares que, por su parte, pretenden hacer prevalecer las libertades económicas fundamentales. Este fue el supuesto de hecho de las sentencias *Laval* y *Viking* en las que, tras un ejercicio de conciliación vinculado a la función estratégica del principio de proporcionalidad, son las libertades económicas las que se imponen sobre el derecho de huelga, para desconsuelo de los observadores críticos¹²⁶. En la segunda situación, los Derechos fundamentales se utilizan por los estados que de esta manera justifican los obstáculos a la realización de algunas libertades de circulación. Algunas veces, el Tribunal no establece ninguna relación jerárquica entre los derechos y las libertades, y de manera casuística, procede a buscar el “equilibrio justo” colocando en la balanza de la manera más neutra los intereses legítimos enfrentados (sentencias *Schmidtberger* y *Omega*). En otras, el Tribunal presenta de inmediato a los Derechos fundamentales como susceptibles, por si solos, de justificar restricciones a las libertades económicas (*Dynamic Medien, United Pan Europa*). Estos mínimo ejemplos presentados de forma sucinta pretenden demostrar una sola cosa: la imposibilidad, después de 60 años de integración europea, de no tener en cuenta el vector de los derechos fundamentales. Éste está en los genes constitucionales europeos. En cualquier caso, la historia funcionalista de la integración exige que el vector “protector” sea constantemente

¹²⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), 12/06/2003, “Schmidberger”, C-112/00; TJCE, 14/10/2004, “Omega”, C-36/02, Rec., 2004, I-9609 ; TJCE, 17/04/2007, “AGM Cos Met”, C-470/03, Rec., 2007, I-2749 ; TJCE, 18/12/2007, “Laval”, C-341-05 ; TJCE, 11/12/2007, “Viking”, C-438/05

¹²⁵ La literatura sobre esta cuestión es importante. No dejaremos constancia aquí sino de algunas referencias: AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, “Common Market Law Review”, 2008, p. 1335 a 1355; KADDOUS, *Droits de l’homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, *Mélanges en honneur à Georges Vandensanden, Promenades au sein du droit européen*, p. 563 a 591.

¹²⁶ Algunos observadores han visto estas sentencias como la manifestación del ciego poder del mercado contra una justicia social en declive. SUPLOT, *L’Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, p. 184. Al igual, BUCKER, *Reconciling Fundamental Social Rights and economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*.

defendido, sobre todo cuando la evolución económica de la Unión demuestra las aporías de la política económica en la época de los mercados financieros.

La cuestión de la “conciliación” ha adquirido un sesgo específico frente a la crisis económica y financiera que estrangula a numerosos Estados Miembros y que ha contribuido al empobrecimiento de su población: ¿no es sino un señuelo la preservación de los derechos sociales fundamentales frente a las exigencias de austeridad impuestas en nombre de las medidas de reestructuración de la economía? Es sabido que la ratificación del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 12 de febrero de 2012 y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en el seno de la Unión Económica y Monetaria del 2 de marzo de 2012, han sido objeto de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales europeos (de Hungría, a Estonia, pasando por Francia y Alemania)¹²⁷, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia *Pringle*)¹²⁸. De consuno, tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia salvaron el mecanismo ideado por los Estados miembros para validar el Mecanismo Europeo de Estabilidad de la zona euro. ¿Ninguna nube en el horizonte? De ningún modo. De hecho, algunos tribunales de estados con dificultades (con más dificultades que otros) económicas y que están sufriendo consecuencias humanas devastadoras, no han dudado en hacer prevalecer la protección de

¹²⁷ Tribunal constitucional húngaro, 11/05/2012, n° 22/2012, JO (*Magyar Közlöny*) n° 57/2012; Tribunal supremo estonio, ass. pl., 12/07/2012, n°3-4-1-6-12; Consejo constitucional francés, 09/08/2012, 2012-654 DC; Tribunal constitucional alemán, 12/09/2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

¹²⁸ El TMES introduce los instrumentos para asegurar la estabilidad financiera en el seno de la Unión. Para lograrlo, el 25 de marzo de 2011, el Consejo europeo previó en su decisión 2011/199, añadir, al artículo 136 TFUE un párrafo habilitando a los Estados de la zona euro establecer un mecanismo de estabilidad permanente: “Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto”. Al hacerlo así, el Consejo europeo de Bruselas de 25 de marzo de 2011 ha establecido igualmente las modalidades de funcionamiento de este futuro MES que fue definitivamente instituido por el Tratado concluido el 2 de febrero de 2012, entre los Estados de la zona euro, adoptando la forma de una organización financiera internacional. Éste es el ingenio que tuvo que “salvar” el Tribunal de Justicia en el asunto *Pringle* dictado como consecuencia del reenvío prejudicial de la *Supreme Court* irlandesa, Cfr. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l’arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle*”, *RTDE*, avril-juin 2013, p. 239 a 266.

derechos sociales frente a las medidas de austeridad: sí a las reformas económicas, pero no a cualquier precio. Es el Tribunal constitucional portugués, el que en una sentencia emblemática de 5 de abril de 2013¹²⁹ declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley nº 66B/2012 de 31 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba el presupuesto¹³⁰. Si consideramos que esta ley se inscribía, nada más ni nada menos, en el marco de la aplicación de un programa de ajuste económico y financiero negociado entre el Estado portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra, tendremos la medida del importante contrapeso democrático que ha supuesto esta sentencia. Frente a las negociaciones económicas que vinculaban a grandes estructuras financieras internacionales y a los ejecutivos nacionales y europeo, el Defensor portugués de la Constitución –en sesión plenaria- ha recordado la necesidad vital de garantizar los derechos elementales del conjunto de funcionarios y de los más vulnerables (perceptores de prestaciones por desempleo). Y lo ha hecho activando el principio de proporcionalidad. Los desafíos dialógicos que están por llegar se plantean claramente en esta sentencia que apunta al peligro de una desintegración de los derechos sociales; esta sentencia debería ser tan conocida como las del Tribunal constitucional alemán. Todas las voces judiciales tienen su importancia y participan del equilibrio democrático en Europa.

La perspectiva dialógica demuestra así su principal virtud: permitir la actuación de contrapoderes en un sistema político complejo, y no porqué no existan en el ámbito estrictamente institucional. El Derecho constitucional europeo se ha construido sobre textos de derecho primario –los Tratados y las constituciones- que se reconocen mutuamente gracias a disposiciones “pasarelas”: el artículo 4.2 TUE, de un lado, las

¹²⁹ Tribunal constitucional portugués, 05/04/2013, nº 187/2013, Diario de la Republica, nº78, série I du 24 avril 2013.

¹³⁰ El Tribunal ha declarado inconstitucionales cuatro disposiciones de esta ley que tenían por objeto : i) la suspensión o reducción de la paga extraordinaria anual o de toda prestación correspondiente al decimocuarto mes de salario devengado por los funcionarios públicos (art. 29); ii) la aplicación del régimen previsto en esta disposición a los trabajadores públicos que contaran con un contrato en la educación o de investigación (art. 31); iii) la suspensión parcial del pago de la paga extra anual a los funcionarios jubilados (art. 77) et; iv) la introducción de un tributo sobre las prestaciones por desempleo y enfermedad (art. 117).

“cláusulas europeas”, de otro. Han seguido desarrollándose por medio de la aprobación de disposiciones de derecho derivado que implican a todos los poderes (ejecutivos y legislativos a escala europea y nacional) participando en su creación y en su aplicación. Las reglas del juego democrático deben afirmarse en todos los ámbitos políticos, pero a veces ocurre que, o no se activan, o se activan mal¹³¹. La intervención del juez puede así restablecer el reequilibrio, como demuestra la importante sentencia portuguesa.

La integración europea es esencialmente un proceso, pero no cualquier proceso. Las transformaciones interesantes que ha sufrido y/o que ha provocado son el fruto de un diálogo compartido con múltiples actores, entre los que los actores judiciales europeos tienen una posición destacada. Este diálogo se ha materializado sobre los dos grandes ejes que fundan toda sociedad: la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, que son el objeto de discusiones permanentes, de reajustes sin fin, para lograr al término una profundización democrática de la integración europea.

El Derecho constitucional europeo analizado bajo la perspectiva dialógica no es una construcción acabada. Está en equilibrio, y de ahí su fragilidad. Puede ser visto como una muestra de debilidad ante la ausencia de una estructura federal europea; pero puede también ser analizado como la muestra de una fuerza vital caracterizada por una reactividad de primera magnitud en la activación de contrapoderes, que tienen siempre como misión, tanto evitar la centralización y los abusos de poder, como garantizar un estándar elevado en la protección de derechos.

¹³¹ Para leer con gran aprovechamiento un extenso estudio sobre el modo en que el “debate democrático” no tuvo lugar en España en el contexto de la aplicación de las reglas de austeridad, GARCÍA ROCA, MARTINEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*.

Bibliografía

ALBI ANNELI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

ALONSO GARCÍA RICARDO, *Note sous 19 avril 2004*, “Common Market Law Review”, 2005.

-, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, 2005, n°73

ARROYO JIMENEZ LUIS, *Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, “Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration”, WP IDEIR, 2011, n° 8.

AZOULAI LOÏC, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization*, “Common Market Law Review”, 2008.

BAÑO LEÓN JOSÉ MARÍA, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, 2004, n°18.

BAQUERO CRUZ JULIO, “A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court”, *Karlsruhe’s Europe, Notre Europe, Studies & Research*, 2010, n° 78.

BEAUD OLIVIER, *Théorie de la Fédération*, (Col. Léviathan), PUF, París, 2007.

BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, *Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue*”, *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), SLC, París, 2012.

-, *L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, (Col. Cahiers européens, n°1), Pedone, París, 2011.

-, "Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne", N. LEVRAT, S. BESSON (dir.), *(Dés)ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders*, LGDJ-Schultess Editions Romandes, Paris-Génova, 2012. (Col. Fondements du droit européen n°2).

BUSTOS GIBERT RAFAEL, *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

-, *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*, "Revista Española de Derecho Constitucional", mayo-agosto 2012, n°95.

CARTIER MARIE E. (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Col. Droit de l'Union, n°1, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CARTABIA MARTA - DE WITTE BRUNO – PÉREZ TREMPAS PABLO (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CLOOTS ELKE, *Germes of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court*, CMLR, 2010.

CONSTANTINESCO, VLAD - PIERRÉ-CAPS, STÉPHANE, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2011.

-, *Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne?*, *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.

-, *Europe Fédéral ou Fédération d'Etats nations*, *Une Constitution pour l'Europe*, R. DEHOUSSE (dir.), Presses de Sciences po., Paris, 2002.

-, *"Je t'aime, moi non plus' ou la société européenne en quête d'affectio societatis"*, *Mélanges en l'honneur de François Borella*, PUN, Nancy, 1999.

-, *"L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité: l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d'Amsterdam"*, H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*

COUTRON LAURENT, PICHERAL CAROLINE (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

DE BARRANGER, THIBAUT, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, París, 1995.

DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011

DEROSIER JEAN-P., "Constitutionnalisation? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne", *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne; Union de droit, Union des droits*, Pedone, París, 2010.

DIEZ PICAZO, LUIS, *Constitucionalismo de la Union europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

DUBOUT EDOUARD, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, "Cahiers de droit européen", 2013, n°2.

DYRBERG PETER, *La Constitución danesa y la Union europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998*, "Revista de derecho comunitario europeo", 1998.

FAVOREU LOUIS, *L'eurosepticisme du droit constitutionnel*, en H. GAUDIN, *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*, Economica, París, 2001.

GARCÍA ROCA JAVIER, *El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, "Teoría y realidad constitucional", n°30, 2012.

GARCÍA ROCA JAVIER - MARTINEZ LAGO MIGUEL ÁNGEL, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

GERKRATH, JÖRG, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, (Col. Etudes européennes), ULB, Bruselas, 1997.

HANCOX E, *The meaning of 'implementing' EU law under Article 51 (1) of the Charter: Akerberg Fransson*, "Common Market Law Review", 2013, n°50.

HANF DOMINIK, *Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision "Honeywell" du BVerfG*, "Research Paper in Law", 2010/3, 2010.

JACOBSON GARY J., *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Oxford, 2010.

JHR, LB, *After Akerberg Fransson and Melloni*, "European Constitutional Law Review", septembre 2013, Vol. 9.

KADDOUS CHRISTINE, "Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?", *Mélanges en honneur à Georges Vandensanden, Promenades au sein du droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

KOMAREK JAN, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires*, *European Constitutional Law Review*, 2012.

KRONENBERG V., *Quand 'mise en oeuvre' rime avec 'champ d'application': la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem*, "Revue des affaires européennes", 2013, n°1.

LABOUZ, MARIE-FRANÇOISE, *L'idée de Constitution européenne*, Université Paris X-Nanterre, Paris, 1992.

LAW DAVID - CHANG, WEN C., *The limits of global judicial dialogue*, "Washington Law Review", vol. 86, 2011.

LECOURT ROBERT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.

LENAERTS KOEN, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, "International and Comparative Law Quarterly", 2010, n° 59.

LICKOVA, MAGDALENA, *Quand la Cour constitutionnelle tchèque défie la CJUE sur les pensions de vieillesse*, "Constitutions Revue de droit constitutionnel appliqué", 2012, n° 2.

LOUIS, JEAN-V., *La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé?*, *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010.

MABAKA PLACIDE, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 2006.

MARTI, GAËLLE, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruselas, 2011. (Col. Droit de l'Union européenne, n°20).

MARTINICO GIUSEPPE – POLLICINO ORESTE, *The interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the Creation of Supranational Law*, Elgar Publishing, 2012.

MARTUCCI FRANCESCO, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle, RTDE*, avril-juin 2013.

MILLET F-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, Paris, 2013, tome 142.

MIRKINE-GUETZEVITCH BORIS, *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933.

NOTHOMB, AMELIE, *La nostalgie heureuse*, Albin Michel, Paris, 2013 (Traducción en español: *La nostalgia feliz*, Anagrama, Barcelona, 2015).

PAYANDEH MEHRDAD, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice*, "Common Market Law Review", 2011.

PELLET, ALAIN, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, "Recueil des Cours de l'Académie de droit européen", 1994, Vol.5, Livre 2.

PERNICE INGOLF, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 94 p. (Col. Cours et Travaux n°1).

PERNICE INGOLF – MAYER F. , *De la constitution composée de l'Europe*, RTDE, 2004.

PETERS ANNE, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, "Vienna Journal on International Constitutional Law", Vol. 3, 3/2009.

RITLENG DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Arkerberg Fransson et Melloni*, "Revue Trimestrielle de droit européen", 2013.

RODRÍGUEZ IGLESIAS GIL C., *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea*, "Revista de derecho comunitario europeo", enero-abril 2005, p. 5 a 17.

ROSENFELD MICHEL, *The Identity of the Constitutional subject*, "Cardozo Law Review", 1995.

-, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Duke University Press, Durham, 1994.

-, *Constitutional Identity*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, OUP, Oxford, 2011.

ROUSSEAU DOMINIQUE, *Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle, Le droit constitutionnel normatif*, R. BEN ACHOUR (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009.

-, "Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel", Mélanges en l'honneur du professeur Molinier, Lextenso, Paris, 2012.

SAIZ ARNAIZ ALEJANDRO - ALCOBERRO LIIVINA CARINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

SARMIENTO DANIEL, *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004.

-, *Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, "Common Market Law Review", 2013, n°50.

SKOURIS V., *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, "Il diritto dell'Unione Europea", 2013, n°2.

SLAUGHTER ANNE M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2005.

STEIN ERIC, *Lawyers, judges and the making of a transnational constitution*, AJIL, 1981.

SUPIOT ALAIN, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184.

-, *Reconciling Fundamental Social Rights and economic Freedoms after Vinking, Laval and Rüffert*, A. BUCKER (Eds.), Nomos, 2011.

TONIATTI, ROBERTO, "Supremacy Lost, constitutional identity regained", *National Constitutional Identity and European Integration*, A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (eds.), Intersentia, Cambridge, 2013.

TORREZ PÉREZ AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009.

UGARTEMENDIA JUAN I., GURUTZ JAUREGUI (coord.), *Derecho constitucional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

URLESBERGER FRANZ, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº5, 1999-1.

VANDAMME, T., “Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court”, *EuConst.*, 2008, Vol. 4.

VARNAY E. - TATHAM A. F., *A new step on the Long Way – How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order?*, “Miskolc Journal of International Law”, Vol. 3, 2006.

VECCHIO F., *I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, “Quaderni costituzionali”, 2013, nº33.

VERDUSSEN MARC, “La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l’Union européenne”, *Revue Belge de droit constitutionnel*, 2011.

-, *Le droit de l’Union européenne jouit-il en Belgique d’une singularité constitutionnelle par rapport au droit international?*, *Les interactions normatives. Droit de l’Union européenne et droit international*, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAÏTROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dir.), Pedone, Paris, 2012.

ZILLER, JACQUES (dir.), *L’européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l’Europe*, L’Harmattan, Paris, 2003. (Col. Logiques juridiques).

Comentarios a jurisprudencia /

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención A propósito de la sentencia del TJUE en el asunto C-489/19

§

Jeremías Brusau¹

Sumario:

I. Introducción. II. Reseña de la sentencia. III. La independencia judicial en la jurisprudencia del TJUE acerca de la orden europea de detención. IV. Conclusiones

I. Introducción.

En fecha 9 de octubre de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dictó sentencia en el asunto C-489/19, originado a raíz de una cuestión prejudicial planteada durante la ejecución de una orden europea de detención. En su resolución, aclaró la interpretación que debe darse al requisito de que dichos instrumentos sean emitidos por una autoridad judicial.

Esta decisión se enmarca en la línea jurisprudencial del TJUE, que ha ido despejando dudas acerca del grado de autonomía que tienen los Estados miembros de la Unión en cuanto a la legislación interna para cumplir con los objetivos de la Decisión Marco 2002/584. Se trata, en última instancia, de que la instrumentalización de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia mantenga el respeto por los derechos y garantías fundamentales, sobre todo en un aspecto tan delicado como lo son las órdenes de detención de personas.

¹ Abogado (UBA). Docente de Derecho Constitucional (UBA) y Derecho Penal (UBA e ISSP).

Por ello, en este breve comentario, luego de realizar una reseña de la sentencia, la relacionaremos con las ideas centrales que surgen de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

II. Reseña de la sentencia.

La decisión prejudicial solicitada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania, se enmarca en el proceso de ejecución de la orden de detención emitida por la Fiscalía de Viena, Austria, homologada por el Tribunal Regional de Viena.

Ahora bien, de acuerdo con el derecho austríaco considerado en la resolución, las fiscalías están “(...) *directamente subordinadas a las fiscalías superiores y sometidas a las instrucciones de estas, y las fiscalías superiores y la fiscalía general estarán subordinadas al Ministerio Federal de Justicia.*” Ello motivó que el tribunal dispuesto para ejecutar dicha orden se preguntara si aquella cumplía con el requisito de haber sido dictada por una “autoridad judicial”. Es que, además de no tratarse de un tribunal propiamente dicho, la fiscalía se encontraba sujeta a instrucciones emitidas por organismos dependientes del Poder Ejecutivo, por lo que incumplirían con la característica de independencia. Específicamente, por existir el riesgo de que la orden de detención pudiese vincularse, directa o indirectamente, con una orden o instrucción del Poder Ejecutivo.

En tales condiciones, la pregunta sometida a consideración del tribunal es la siguiente: “*¿Se opone a la emisión válida de una orden de detención europea por parte de una fiscalía el hecho de que esta se encuentre sometida a instrucciones obligatorias, aunque su decisión esté sujeta a un control jurisdiccional exhaustivo antes de la ejecución de la orden de detención europea?*”

El TJUE comenzó por recordar que el sistema de la orden europea de detención se basa en el principio de **reconocimiento mutuo**, derivado de la confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión en cuanto a que sus respectivos ordenamientos jurídicos están en condiciones de proporcionar una protección asimilable de los derechos fundamentales. Pero ese reconocimiento está condicionado a que se cumplan las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión.

Entre tales disposiciones, está establecido que la orden europea de detención debe acoplarse a una resolución judicial nacional que dispone esa detención. Esa

“resolución judicial”, de acuerdo con el TJUE, puede haber sido adoptada por cualquier autoridad que participa en la administración de justicia penal, como por ejemplo la Fiscalía austríaca, con exclusión de los ministerios o servicios de policía. El objeto de esta regulación es que la emisión de una orden de detención europea cuente con las garantías propias de las resoluciones judiciales, de manera tal de dar vigencia al derecho de **tutela judicial efectiva**.

Esta tutela debe traducirse, de acuerdo con el TJUE, en un doble control. Por una parte, el control de los requisitos necesarios para la emisión de la orden de detención europea. Pero, además, el control debe extenderse sobre la proporcionalidad de la emisión, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto. Finalmente, este control debe realizarse de manera objetiva y por un **órgano independiente**.

El Tribunal pasa entonces a determinar si el procedimiento diseñado por el legislador austríaco cumple con estos requisitos. Considera especialmente el hecho de que la orden de detención que dicta una fiscalía debe ser homologada por un tribunal, que el control ejercido por ese tribunal involucra tanto los requisitos de emisión como su proporcionalidad y, por último, que la resolución de homologación es susceptible de recurso judicial.

Aquí reside el punto más importante de esta resolución: **establece que los requisitos deben evaluarse al momento de la ejecución de la orden de detención**. Es decir que, si bien en el momento de la emisión originaria de la orden, el organismo que la dicta no puede ser considerado independiente, al momento de su ejecución debe haber intervenido un tribunal de justicia que sí goza de esa característica. **Es fundamental considerar que las órdenes de detención austríacas no pueden ser transmitidas hasta no contar con la homologación judicial**.

Y, como un argumento adicional, el TJUE considera la amplitud de las facultades del tribunal nacional en el proceso de homologación. En efecto, éste no solo debe ejecutar un control amplio, sino que además puede ordenar actos de investigación adicionales a los presentados por la fiscalía o realizarlos él mismo.

Como consecuencia de tales argumentos, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada que, aunque las fiscalías de un Estado se hallen sujetas a órdenes o instrucciones del Poder Ejecutivo, las órdenes de detención europeas que ellas emitan serán conformes con el Derecho de la Unión en la medida en que, para

poder ser transmitidas, deban ser homologadas por un tribunal que controle de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de emisión de las órdenes y su proporcionalidad. Esta resolución autónoma del tribunal es la que, a fin de cuentas, da forma definitiva a la orden de detención europea.

III. La independencia judicial en la jurisprudencia del TJUE acerca de la orden europea de detención.

Desde el Tratado de Ámsterdam, es claro que la Unión Europea tiende a constituirse en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia². El componente de libertad está directamente vinculado con las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de mercancías, libre circulación de personas, libre circulación de capitales y libre circulación de servicios. Es en conexión con el desarrollo de esas libertades como debe interpretarse la necesidad de una medida como la orden de detención europea: se trata de una **medida compensatoria**³ cuya finalidad es prevenir que la libertad sea un beneficio para la delincuencia⁴.

El principio rector en la materia surge del art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “*la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (...)*”. Ello significa que una decisión judicial de un Estado miembro debe ser reconocida y ejecutada en todos los demás Estados miembros⁵. Se trata, podríamos decir, de reconocer una nueva libertad de circulación: la de resoluciones judiciales.

La orden europea de detención es un desprendimiento de este principio general⁶. Como señala Castillejo Manzanares, “*la idea básica es que cuando la autoridad judicial de un Estado miembro dicte, según las normas de su derecho interno, un mandamiento de entrega de una persona, éste sea reconocido de inmediato por las*

² Cfr. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, p. 559.

³ Cfr. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, p. 554.

⁴ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Espacio de libertad, seguridad y justicia*, “European Journal of Legal History”, 12, 2015, p. 267.

⁵ Cfr. SATZGER, *La europeización del derecho penal*, “Revista de Derecho Penal”, 2013-I, p. 350.

⁶ De hecho, de acuerdo con el cons. 6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, es la “*primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio de reconocimiento mutuo*”.

*autoridades judiciales de los demás Estados miembros con controles mínimos.*⁷ Es un sistema alternativo a la extradición, de la que se diferencia principalmente por carecer de una fase política y de recursos administrativos⁸.

Ahora bien, el aspecto que trata el fallo que comentamos es el relativo a la autoridad competente para el dictado de una orden europea de detención. La Decisión Marco 2002/584/JAI se refiere a la condición de “**autoridad judicial**”, sin dar mayores precisiones. Quizás un elemento adicional podría extraerse del considerando 12 de dicha decisión, referido al respeto de los derechos fundamentales y en particular de los incluidos en el Capítulo VI de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. En particular, el artículo 47, segundo párrafo, de esa Carta, dice que “*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la Ley (...)*”. Con estos elementos, preliminarmente, podemos afirmar que la autoridad competente para el dictado de esta orden deberá ser una **autoridad judicial que reúna las características de la imparcialidad en sentido amplio**, esto es, independencia -entendida como ausencia de presiones internas o externas-, establecimiento previo -o bien, en términos más familiares a la tradición constitucional argentina, prohibición de comisiones especiales- e imparcialidad en el caso concreto -equidistancia respecto de las partes del litigio-.

El caso que comentamos se enmarca en una línea jurisprudencial del TJUE dedicada a especificar las condiciones que debe cumplir una autoridad para poder dictar una orden europea de detención. A continuación, veremos los principales asuntos que se han planteado a su consideración, teniendo en cuenta los principios que hemos reseñado en los párrafos anteriores.

La sentencia del TJUE en el asunto **C-168/13**⁹, si bien no constituye un precedente análogo en cuanto a la cuestión principal a resolver, presenta a manera de *obiter dicta* algunas observaciones relevantes para nuestro tema. En ese caso,

⁷ CASTILLEJO MANZANARES, *El objetivo de la orden europea de detención*, “Jurisprudencia Argentina”, 2006-I-1194, p. 3.

⁸ Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, *El objetivo de la orden europea de detención*, “Jurisprudencia Argentina”, 2006-I-1194, p. 4. En idéntico sentido, ARROYO ZAPATERO, *Rebelión y traición*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Año VIII, Nro. 8, p. 3.

⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-168/13 PPU, 30/05/2013.

Francia había ordenado la entrega de un nacional inglés al Reino Unido para ser enjuiciado por hechos calificados como secuestro de menor. El acusado había consentido su entrega, sin renunciar al principio de especialidad. No obstante, durante el proceso en el Reino Unido, la víctima del secuestro había declarado haber mantenido relaciones sexuales con el secuestrador, lo que constituía un hecho nuevo, pero anterior a la fecha de la entrega. Por lo tanto, el Reino Unido solicitó una ampliación de entrega a las autoridades francesas. La cuestión prejudicial planteada era si contra la resolución que disponía la ampliación de la entrega, era posible admitir un recurso con efectos suspensivos.

La cuestión ventilada en este caso se vinculaba, entonces, con la posibilidad de reconocer un derecho al recurso que no estuviese expresamente contemplado en la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención. Y sobre ello, el TJUE fue determinante: “(...) *la Decisión marco recuerda expresamente que ésta no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 UE, obligación que además vincula a todos los Estados miembros, en especial tanto el Estado miembro de emisión como el de ejecución.*” (cons. 40). Y sobre este mismo punto, el Tribunal observó que la falta de regulación de un derecho a un recurso suspensivo no impedía que los Estados miembros lo previeran (cons. 52 y 53).

La relevancia de esta sentencia reside en que reconoce la importancia de los derechos fundamentales dentro del proceso de entrega, incluso por fuera de los términos expresos de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Pero, además, en este caso el TJUE puso énfasis en que todo el procedimiento de entrega se desarrolla bajo un control judicial (cons. 46). Ello deriva de que tanto las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea como también la decisión de emitir esa orden deben ser tomadas por **autoridades judiciales** (cons. 45). Estas observaciones están directamente vinculadas con las mencionadas en el párrafo anterior, pues la intervención de autoridades judiciales deriva de los derechos reconocidos en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: **derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.**

Años más tarde, al dictar sentencia en el asunto **C-452/16**¹⁰, el TJUE volvió a marcar la relevancia de esos derechos para la emisión de la orden de detención europea. En el caso, la Dirección General de la Policía sueca había emitido una orden de detención a efectos de la ejecución de una sentencia dictada por los tribunales de ese país contra una persona que se encontraba en Países Bajos. La cuestión prejudicial sometida al entendimiento del TJUE era acerca de la posibilidad de que la Policía sueca pudiera encuadrarse en el concepto de “autoridad judicial” a los fines de la emisión de la euroorden.

La respuesta del TJUE partió de la consideración de los principios generales de la materia. En ese sentido, señaló que el principio de reconocimiento mutuo está basado en el grado de confianza elevada que debe existir entre los países miembros de la Unión¹¹ (cons. 25). No obstante, ese nivel de confianza presupone que la resolución que dispone la emisión de una orden de detención sea adoptada por una autoridad judicial. Y por ello, **no puede dejarse librado a cada Estado la definición del concepto de “autoridad judicial” en sí mismo.**

En esta decisión, el TJUE realizó una interpretación de tales términos que resulta vinculante para los Estados miembros de la Unión, y a la que él mismo recurrió en casos posteriores: “(...) los términos ‘autoridad judicial’ (...) no se limitan a designar a los jueces u órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, sino que permiten cubrir, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de justicia en el ordenamiento jurídico de que se trate. No obstante, debe hacerse constar que el concepto de ‘autoridad judicial’ (...) no puede interpretarse en el sentido de que permite igualmente cubrir a los servicios de policía de un Estado miembro.” (cons. 33 y 34).

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-452/16 PPU, 10/11/2016.

¹¹ En este sentido, léase, también, cons. 50 de las conclusiones del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona en este mismo caso, 19/10/2016: “El diálogo entre autoridades judiciales, que comparten en lo esencial rasgos constitucionales de pertenecer al poder judicial en sus respectivos Estados miembros, así como su compromiso con la garantía de que se respeten los derechos y libertades fundamentales a los que se refiere el artículo 6 TUE, representa el elemento clave de esa confianza recíproca. Es inherente a él la ausencia de intromisiones de otro tipo de autoridades no judiciales, cuya función, en su caso, sólo podrá ser de mero auxilio dentro de los márgenes fijados por el artículo 7 de la Decisión marco.”

El TJUE consideró que la Decisión Marco, al referirse a las autoridades judiciales, lo hizo conforme al principio de separación de poderes, por lo que dicho término debe interpretarse con exclusión del poder ejecutivo. Por ello, **entendió que quedan excluidos de la posibilidad de disponer una orden europea de detención tanto las autoridades administrativas como los servicios de policía** (cons. 35).

Esta conclusión del TJUE marca un **límite a la autonomía de los Estados** para determinar cuál será la autoridad interna con facultades para emitir las órdenes europeas de detención en los términos del artículo 6 de la Decisión Marco que las regula. Así, por ejemplo, ya no solo no podrán librarlas los organismos de la Policía, sino tampoco un tribunal administrativo o una asamblea legislativa.

En el asunto **C-453/16**¹², el TJUE dio algunas precisiones sobre esta doctrina. En ese caso, la orden de detención nacional en la que se basaba la emisión de una orden de detención europea había sido dictada por el servicio de policía de Hungría, y ratificada por el Ministerio Fiscal de ese país. Aquí, el TJUE consideró que la ratificación realizada por el Ministerio Fiscal constituía la orden de detención nacional que daba fundamento a la euroorden (cons. 30). Pero entonces surgía la pregunta de si el Ministerio Fiscal constituía una “autoridad judicial”¹³.

Según el Tribunal, el hecho de que el Ministerio Fiscal húngaro fuera una autoridad que participaba en la administración de la justicia penal, implicaba que su ratificación debía ser considerada una “resolución judicial”. Pero claro, ello también se debe a las características de ese organismo nacional. Al respecto, en el proceso se había aclarado que ese Ministerio Fiscal era independiente del poder ejecutivo y que su misión era, precisamente, velar por el cumplimiento de la ley y el respeto de los derechos del sospechoso durante la instrucción. Además, en el ejercicio del control, este organismo podía modificar o anular las decisiones del servicio de policía. **En otras palabras, el TJUE valoró la autonomía del Ministerio Fiscal para considerarlo una “autoridad judicial”,** en especial, la ausencia de vínculos con el Poder Ejecutivo y/u organismos administrativos.

¹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-453/16 PPU, 10/11/2016.

¹³ El TJUE resta importancia a la diferencia entre el art. 6 y el art. 8, en cuanto en un caso se trataría de la “autoridad judicial” que emite la orden europea de detención, y en otro caso de la “autoridad judicial” que emite la orden nacional que le da sustento. Al respecto, afirma que debe garantizarse coherencia entre las interpretaciones de las distintas disposiciones de la Decisión Marco (cons. 33).

También es relevante el asunto **C-477/16**, donde el TJUE aplicó esa doctrina a una orden europea de detención emitida por el Ministerio de Justicia de la República de Lituania para la ejecución de una pena privativa de la libertad. Siguiendo los lineamientos delineados en los dos pronunciamientos que acabamos de mencionar, el TJUE afirmó que el término “autoridad judicial” no puede cubrir a un órgano del Poder Ejecutivo de un Estado miembro (cons. 35). Es que la emisión de una orden de detención por una entidad que pertenece al Poder Ejecutivo claramente no aporta al Estado de ejecución la garantía del control judicial necesario para justificar el grado de confianza elevado en el que se basa el principio de reconocimiento mutuo (cons. 44).

En los asuntos acumulados **C-508/18** y **C-82/19**¹⁴, el Tribunal recuperó aquellos lineamientos, esta vez en casos donde dos fiscalías alemanas habían emitido órdenes de detención europeas para el ejercicio de acciones penales. La diferencia con el asunto C-453/16 surgía de que, en el derecho alemán, el Ministerio Fiscal no constituía un órgano independiente, sino que se encontraba integrado en la estructura administrativa, recibiendo instrucciones del Ministerio de Justicia.

Aquí, el TJUE recordó que la “autoridad judicial emisora” debe estar en condiciones de ejercer su función con objetividad, y destacó que no debe estar “(...) *expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo*” (cons. 73). Se trata de **asegurar a la autoridad judicial de ejecución de que la autoridad emisora actúa con independencia, para dar garantías de que ha habido un control judicial efectivo.**

Esa seguridad no se alcanzaba ante una estructura que permitía que la decisión de emitir una orden de detención europea estuviese sujeta a una instrucción del Ministerio de Justicia del Estado miembro en cuestión. Y, en particular, tampoco bastaba para justificar el nivel de confianza elevada la posibilidad de interponer un recurso contra la resolución de la Fiscalía (cons. 85).

Este breve recorrido por la jurisprudencia del TJUE nos permite comprender en qué contexto se enmarca la sentencia que comentamos. El Tribunal lleva años explicando que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones reconoce el requisito de la intervención de una “autoridad judicial” en el caso, y que este término

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, 27/05/2019.

debe entenderse con exclusión de los servicios de policía y de los organismos administrativos en particular. Por lo tanto, en un caso concreto, es esencial verificar si la autoridad emisora de la orden constituye una “autoridad judicial”, en el sentido de que debe participar en la administración de justicia penal, y si su voluntad se conforma de manera independiente, esto es, sin intromisiones de organismos administrativos.

IV. Conclusiones.

La sentencia del TJUE en el asunto C-489/19 constituye un paso más en la construcción de la jurisprudencia de ese tribunal sobre el respeto de los derechos fundamentales en el procedimiento de entrega diseñado por la Decisión Marco 2002/584. El desarrollo de los precedentes relevantes del Tribunal nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

a. El procedimiento de entrega fue diseñado en reemplazo del régimen de extradición, para permitir la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia basado en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, evitando que las libertades fundamentales sean aprovechadas por la delincuencia.

b. Sin embargo, este proceso especial debe respetar los principios y derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

c. Si bien la Decisión Marco reserva a los Estados miembros la facultad de definir la autoridad judicial de emisión de la orden de detención, ello debe entenderse en cumplimiento de los derechos reconocidos en el art. 47 de la Carta: tutela judicial e imparcialidad del juzgador.

d. En la jurisprudencia del TJUE, la tutela judicial efectiva en el proceso de entrega se ve reflejada en que la autoridad de emisión debe tratarse necesariamente de un organismo que participe en la administración de justicia penal del país, con exclusión de los servicios de policía y los organismos administrativos.

e. La imparcialidad del juzgador se traduce en la necesidad de independencia por parte de la autoridad encargada de la decisión de emitir una orden de detención. Especialmente, el TJUE ha considerado relevante que esa autoridad esté exenta de presiones por parte del Poder Ejecutivo, de manera tal que la autoridad de ejecución tenga garantías de que ha existido un control judicial suficiente en el caso.

f. La tutela judicial efectiva y la imparcialidad del juzgador constituyen prerequisites para el reconocimiento mutuo de las resoluciones, puesto que solo la intervención de autoridades judiciales independientes justifica el nivel de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros de la Unión.

Ahora bien, la pregunta que deberá encararse a futuro es si la falta de independencia judicial en casos concretos, por fuera del diseño institucional de un Estado, puede considerarse un impedimento para la ejecución de una orden de detención europea. Es decir, la situación en un Estado en el que, exorbitando sus facultades, el Poder Ejecutivo u otros poderes políticos ejercieran una interferencia indebida en la labor de los jueces, pudiendo instarlos a emitir una orden de detención, por ejemplo, con fines de persecución política. ¿Hasta dónde llegará la exigencia del TJUE de que el Estado emisor otorgue garantías del respeto de los derechos fundamentales al Estado de ejecución?

Sin dudas, la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia no es una tarea sencilla. Como hemos visto, será una condición esencial la calidad institucional de los Estados miembros. Y, en casos concretos, así como se busca que la confianza entre los Estados no se convierta en una herramienta para el desarrollo de la delincuencia, será necesario asegurar que tampoco lo sea para gobiernos inescrupulosos.

Bibliografía

ARROYO ZAPATERO, LUIS, *Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. El caso Puigdemont*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Año VIII, Nro. 8, Septiembre de 2018.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación*, “Jurisprudencia Argentina”, 2006-I-1194.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MANUELA, *Espacio de libertad, seguridad y justicia: negociaciones de la orden de detención europea*, “European Journal of Legal History”, 12, 2015.

MOLINA DEL POZO, CARLOS F., *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2da edición, 2015.

SATZGER, HELMUT, *La europeización del derecho penal. La influencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros*, “Revista de Derecho Penal”, 2013-I.

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE

Un comentario a la sentencia del TJUE en el asunto C-38/18

§

Rocío E. Buosi¹

Sumario:

I. Introducción. II. Reseña de la sentencia. III. La Directiva 2012/29 y el concepto de “víctima”. III. Algunas consideraciones a la luz e las conclusiones del Abogado General. IV. Conclusiones.

I. Introducción.

El 29 de julio de 2019, la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) resolvió una cuestión prejudicial elevada por el *Tribunale Di Bari* (Tribunal de Bari, Italia). La corte italiana solicitó al TJUE la interpretación de los artículos 16, 18, y 20, letra b) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos². Esta decisión del TJUE, junto con otras que le precedieron —y en sintonía con varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)— se encarga de ilustrar la forma en la que el legislador de la Unión Europea ha decidido ponderar los intereses concurrentes de

¹ Abogada (UBA). Auxiliar docente de Derecho Penal (UBA) y Profesora Adjunta de Derecho Penal (ISSP).

² Esta directiva sustituyó la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

la defensa, de las víctimas de delitos y el interés público en garantizar una buena administración de justicia.

En este comentario comenzaré por realizar una reseña de la sentencia. Seguidamente desarrollaré una breve síntesis sobre el concepto de “víctima” y “víctimas especialmente vulnerables” que puede extraerse de la Directiva, para luego finalizar con algunas ideas que pueden extraerse del desarrollo que hace el Abogado General en sus conclusiones.

II. Reseña de la sentencia.

Los Sres. Gambino y Hyka se hallaban procesados ante el Tribunal de Bari por hechos constitutivos de los delitos de blanqueo de capitales y de estafa.

El 14 de abril de 2015, dos víctimas de la presunta estafa prestaron declaración testimonial. Dos años después —el 21 de febrero de 2017—, al momento de celebrarse una nueva audiencia, el abogado defensor de uno de los imputados solicitó la repetición de todas las declaraciones prestadas, incluidas las de las víctimas. Este pedido se debió a que la composición del órgano judicial había sido modificada, tras haberse sustituido a uno de los tres jueces.

El abogado invocó los artículos 511 y 525 del código de procedimiento penal italiano. En este último se encuentra regulado el principio de inmediación en materia penal³. Una de las derivaciones de este precepto procesal es la exigencia de que los jueces que se pronuncien sobre la responsabilidad penal de los imputados sean los mismos que hayan asistido a la práctica de las pruebas. En consecuencia, la simple lectura de las declaraciones testificales realizadas ante el primer juez no podrían ser utilizadas a efectos de adoptar una resolución si no se procediese a un nuevo examen de los declarantes. El art. 511 del Código Procesal Penal italiano exige, por otro lado,

³ El art. 525 del Código de Procedimiento Penal, titulado «Inmediación de la resolución», establece en sus apartados 1 y 2: *1. La sentencia se dictará inmediatamente después de que se declare el juicio concluso para sentencia. 2. So pena de nulidad absoluta, los jueces que dicten sentencia serán aquellos ante los que se haya celebrado el juicio oral. Las resoluciones ya dictadas que no hayan sido expresamente revocadas conservarán toda su eficacia en caso de que, por impedimento de los titulares, la composición del tribunal deba ser completada por jueces suplentes.*

para la incorporación por lectura de las declaraciones ya prestadas, el consentimiento de todas las partes procesales⁴.

Según la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo de Casación de Italia sobre la mencionada normativa procesal, en caso de reapertura de los debates como consecuencia del cambio del juez de un órgano jurisdiccional colegiado, la simple lectura de las declaraciones testificales realizadas ante el primer juez no podrían utilizarse a efectos de adoptar una resolución, si no se procediese a un nuevo examen del declarante; esto siempre que tal examen pueda tener lugar y haya sido solicitado por una de las partes. Solo con el consentimiento de todos los actores procesales podría efectuarse la incorporación por lectura de las actas de las declaraciones⁵.

A criterio del Tribunal de Bari, esta interpretación abre camino a un uso abusivo por parte de la defensa que, al denegar su consentimiento para la lectura de las declaraciones ya realizadas por la víctima, le impone su repetición. Más aun, el órgano jurisdiccional italiano sostuvo que ello contraría la Directiva 2012/29, en particular respecto de lo establecido en los art. 16, 18 y 20, letra b). El art. 18 explicita que los Estados miembros velarán para que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la **victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales y psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen**. El art. 20, letra b), aun más incisivo, declara que los Estados miembros velarán por que durante las investigaciones penales, **el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible** y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales.

La pregunta concreta que elevó el tribunal italiano al TJUE es la siguiente: **¿Deben interpretarse estos artículos de la Directiva en el sentido de que se oponen a que la víctima de un delito deba prestar de nuevo declaración ante el órgano jurisdiccional a raíz de una modificación en la composición del tribunal**

⁴ Art. 511, apartados 1 y 2, del Código de Procedimiento Penal: 1. El juez podrá decidir, en su caso de oficio, que se proceda durante el juicio oral a la lectura íntegra o parcial de los documentos obrantes en autos. 2. Solo podrá acordarse la lectura del acta de declaración testifical tras la declaración del testigo, salvo en caso de que no se haya procedido a la misma.

⁵ Ver considerando nº 19 de la sentencia.

si, una de las partes procesales deniega el consentimiento para la incorporación de las actas de declaraciones prestadas anteriormente por las víctimas?

El Tribunal de Bari aseveró que el derecho que asiste a un imputado a un procedimiento equitativo⁶ no resulta sacrificado en modo alguno por la lectura de las actas de declaraciones hechas originariamente en observancia del principio de contradicción en el procedimiento ante un juez imparcial; incluso más, la repetición de la prueba declarativa supondría una fatigosa prolongación de los tiempos procesales que vulneraría el principio de duración razonable del proceso.

Adelanto que la respuesta a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente fue negativa. El TJUE sostuvo que **la Directiva 2012/29 no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando la víctima de un delito ya ha prestado declaración ante el órgano jurisdiccional penal de primera instancia, y tras una modificación en la composición de este órgano, ésta deba, en principio, volver a prestar declaración, ante la negativa de una de las partes a la incorporación por lectura de su testimonio.**

Para arribar a esta conclusión, el TJUE comienza por analizar el art. 20, letra b) de la Directiva, en cuanto fija que *“Sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas relativas a la facultad de apreciación de los tribunales, los Estados miembros velarán por que durante las investigaciones penales: (...) el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales.”*. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo realiza una interpretación literal de la cuestión. En su opinión, el legislador de la Unión ha querido restringir el ámbito de aplicación de dicha disposición solo a la fase de la “investigación penal”, en contraposición a la etapa de “enjuiciamiento penal”. En el caso puntual que le fue traído a estudio, el TJUE refirió que la posible repetición de la declaración de la víctima se llevaría a cabo durante la fase preparatoria del juicio oral. En estas circunstancias, el artículo en cuestión no se aplicaría a un litigio como el del procedimiento principal.

⁶ Este derecho a un proceso equitativo se encuentra expresamente reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Respecto de los artículos 16 y 18 de la Directiva 2012/29, el Tribunal de Luxemburgo fue categórico al señalar que, según el considerando 12 de la misma Directiva, los derechos de las víctimas establecidos en ella se han de entender **sin perjuicio de los derechos del infractor**. Así, afirmaron que deben sopesarse los intereses de la defensa con los de los testigos y de las víctimas llamadas a declarar.

En esta misma línea, el TJUE hizo hincapié en que uno de los elementos más importantes de un proceso penal justo es la posibilidad de que pueda confrontarse al acusado con el testigo en presencia de un juez que, en último término, será quien se pronunciará sobre la cuestión. Aclaró que el principio de inmediación no se opone a un cambio en la composición del órgano jurisdiccional durante el proceso penal; pueden surgir problemas administrativos o procedimentales especialmente importantes que hagan imposible la participación continuada de un juez en el proceso. Pero, a pesar de ello, el TJUE reconoció que pueden tomarse medidas para que los nuevos jueces que retoman el asunto puedan comprender correctamente la información y las argumentaciones, por ejemplo, mediante la lectura de las actas cuando la credibilidad del testigo de que se trate no se ponga en duda, la presentación de nuevos informes orales o, en última instancia, la celebración de una nueva vista de testigos decisivos ante el Tribunal⁷.

Asimismo, el TJUE sostuvo que del tenor del art. 18 de la Directiva no se desprende que el legislador de la Unión haya establecido, entre las medidas destinadas a proteger a la víctima de una infracción penal, el límite de una sola toma de declaración durante el procedimiento judicial. Una vez más remarca que el derecho de la víctima a ser protegida debe leerse sin perjuicio de los derechos de la defensa. Para ello el Tribunal citó también el considerando nº 58 de la Directiva que establece que la magnitud de las medidas adoptadas para la protección de las víctimas que hayan sido consideradas vulnerables a la victimización secundaria, la intimidación o las represalias, deberá determinarse *sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial*.

El TJUE trajo a colación la opinión del Abogado General, quien en sus conclusiones ha explicado que se deduce de la jurisprudencia del TEDH que, para determinar si es posible utilizar como medios de prueba las actas de las declaraciones

⁷ Ver considerando nº 44 de la sentencia.

de la víctima, los Estados miembros deberán comprobar en particular, si el interrogatorio en cuestión puede tener carácter determinante a efectos del enjuiciamiento del acusado; si es así deberán asegurarse, mediante garantías procesales sólidas, de que la prueba que vaya a practicarse en el proceso penal no menoscabe el carácter equitativo del proceso ni los derechos de la defensa.

El Tribunal de Justicia concluyó que correspondía al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el asunto principal, existían condiciones particulares que permitieran no volver a tomar declaración a la víctima de la infracción penal en cuestión. En caso de optarse porque vuelva a declarar, correspondería al órgano jurisdiccional comprobar que la víctima no tenga necesidades especiales de protección en el marco del procedimiento penal, tal como surge del art. 22 de la Directiva 2012/29⁸.

III. La Directiva 2012/29 y el concepto de “víctima”.

Las particulares características de este caso llevan a hacer algunas aclaraciones preliminares sobre qué es lo que entiende la Directiva por “víctima” y, más puntualmente, qué se entiende por “víctimas especialmente vulnerables”. A diferencia de otros asuntos, como por ejemplo “*Pupino*”⁹, en el que las víctimas eran menores de edad —grupo tradicionalmente reconocido como expuesto a especial vulnerabilidad— los damnificados en el asunto C-38/18, no eran ni menores, ni víctimas de delitos de terrorismo, ni de trata de seres humanos. Nos encontramos aquí con víctimas de delitos económicos: lavado de activos y estafas.

La Decisión Marco 2001/220/JAI, que precedió a la Directiva 2012/29, brindaba una definición de “víctima”. Así pues, el artículo 1 entendía por víctima *“la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.”*

Como vemos aquí, el concepto de víctima utilizado por el legislador de la Unión Europea era amplio. Esto permite afirmar que toda persona damnificada por cualquier

⁸ Ver considerandos n°56 a 58 de la sentencia.

⁹ Asunto C-105/03, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 16 de junio de 2005.

tipo de delito, ya sea que afecte su integridad física, sexual o que le produzca un menoscabo patrimonial, quedaría amparada bajo estas reglas mínimas de protección.

Como explica Richard LANG, la Comisión de la Unión Europea había propuesto en un primer borrador de la Directiva, una breve lista de delitos cuyas víctimas debían ser consideradas como vulnerables; estos eran los crímenes de violencia sexual y trata de personas¹⁰. Como sigue explicando este autor, en una aparente puja entre el Parlamento Europeo —que buscaba implementar una larga lista de víctimas “vulnerables”— y el Consejo Europeo —que deseaba no efectuar tal enumeración—, se optó por abolir el listado y, en lugar de ello, fortalecer un mecanismo de evaluación individual. De esta manera, se decidió fijar una breve lista de lineamientos orientadores para que los agentes policiales y los profesionales pudieran realizar la evaluación del grado de vulnerabilidad de las víctimas, caso por caso¹¹.

No obstante, la Directiva 2012/29 expresamente ha reconocido a algunas víctimas como merecedoras de especial atención. Para empezar, en el considerando n° 2 enfáticamente se encomienda la asistencia y reconocimiento prioritario de las víctimas de terrorismo. Seguidamente, el considerando n° 4 coloca el foco de atención en el emprendimiento de medidas específicas que garanticen el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de violencia, en particular, las mujeres. Más adelante, en el considerando n° 7 se mencionan las Directivas 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la 2011/93/UE, concerniente a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil.

En el capítulo n°4, titulado *“Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial”* el art. 22, que se ocupa de detallar las directrices para la evaluación individual, refiere que *“serán objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad.”*¹²

¹⁰ LANG, *The EU's New Victims Rights Directive: Can Minimum Harmonization Work for a Concept like Vulnerability*, “Nottingham Law Journal”, 2013, n° 22. p. 90.

¹¹ LANG, *ibidem*, p. 90.

¹² Directiva 2012/29/UE, art. 22, punto 3.

Quizás el caso más claro de reconocimiento de especial vulnerabilidad, como ya hemos mencionado, sean las víctimas menores de edad, a quienes la Directiva les reconoce “necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria, reiterada, a la intimidación o las represalias”¹³.

Resulta llamativo que la Decisión Marco 2001/220/JAI esbozaba que sus disposiciones no obligaban a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso¹⁴. Esto expone, en cierta forma, la ubicación periférica que tenía la víctima en el proceso penal. BHR y MELUM sostienen que la Directiva 2012/29 buscó promover un cambio cultural y que, a consecuencia de ella, la víctima ha comenzado a ser reconocida como un nuevo actor en el sistema judicial de la mayoría de los países, en los cuales el sistema de administración de justicia se estructuraba en gran medida alrededor de los derechos de los acusados¹⁵.

IV. Algunas consideraciones a la luz de las conclusiones del Abogado General.

Como ya hemos dicho, el objeto central de la cuestión prejudicial radicó en indagar si la Directiva 2012/29 se oponía a una legislación nacional que estableciera, en caso de cambio en la composición del órgano judicial ante el que se ha tomado declaración a una víctima, un régimen procesal conforme al cual el acusado pueda oponerse a la lectura del acta de aquella declaración y exigir que ésta reitere su testimonio ante el nuevo órgano jurisdiccional constituido.

En palabras del abogado general Yves Bot, **en la medida en que la víctima del delito no sea un menor de edad, tanto el tenor como la sistemática de la Directiva 2012/29 muestran con claridad que ninguna de las medidas de protección generales o particulares que establece obliga a los Estados miembros a eximir a la víctima de una nueva declaración**¹⁶.

¹³ Directiva 2012/29/UE, art. 22, punto 4.

¹⁴ Decisión Marco 2001/220/JAI, considerando nº 9.

¹⁵ BERNT Y MELUM, *EU's Victims Directive - A Legal Act for Cultural Change?*, "International Journal for Court Administration", vol. 9, nº 1, p. 17 y 20.

¹⁶ Considerando nº 56 de las conclusiones del Abogado general Yves Bot presentadas el 14 de marzo de 2019 en el asunto C-38/18.

Lo que parece haber traído confusión y motivado que el caso sea presentado ante el TJUE es lo que establece el art. 20, punto b) de la Directiva: “*Los Estados miembros velarán por que durante las investigaciones penales (...) el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y solo se celebren cuando sean estrictamente necesario los fines de las investigaciones penales*”. A la luz de esta disposición, el reclamo del tribunal italiano para evitar que la víctima sea sometida a la repetición de su declaración testimonial luce, cuanto menos, atendible.

Tanto el TJUE como el abogado general han sorteado esta aparente contradicción por dos vías argumentativas. La primera de ellas —quizás la más superficial— plantea que el legislador de la Unión, a pesar de haber recogido este artículo de la Decisión Marco 2001/220 —que también proponía limitar el número de interrogatorios de las víctimas en el *proceso penal*¹⁷— optó, en esta oportunidad, por restringir su aplicación a la fase de investigación, excluyendo así la etapa de enjuiciamiento, para someterlo al pleno respeto del derecho de defensa del acusado¹⁸.

Cabe decir que el propósito que se busca con este tipo de medidas, no es otro que el de evitar lo que los especialistas definen como “*victimización secundaria*”. Entendemos por ello una segunda experiencia victimal que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal, es decir, por la exposición de aquella persona que ha sido víctima de un delito con la administración de justicia. Como explica LANDROVE DÍAZ, estas vivencias negativas pueden tener lugar de diversas maneras, por ejemplo, por medio de la excesiva burocratización del sistema o del procedimiento criminal, por la falta de tacto o incredulidad de algunos profesionales, como también —como en el caso que nos ocupa— por los interrogatorios a los que son sometidas¹⁹.

Dicho esto, cabe preguntarse qué diferencia existiría para la víctima respecto a que la repetición de sus declaraciones se produjeran durante la etapa de investigación, en manos de agentes policiales o de los auxiliares de la justicia encargados de recolectar preliminarmente los elementos de prueba, o que esto

¹⁷ Decisión Marco 2001/220/JAI, art. 3, párrafo segundo: “*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal*”.

¹⁸ Considerando nº 65 de las conclusiones del Abogado general.

¹⁹ LANDROVE DÍAZ, *Protección del Honor y Derecho Penal*, p. 229.

suceda en la etapa de juicio, frente a la exposición de magistrados, abogados, el acusado y demás expectadores del juicio oral y público.

La segunda línea argumentativa presentada por el Abogado General y el TJUE es aquella que sostiene que si bien el legislador de la Unión Europea ha dotado a la víctima de derechos, su ejercicio no puede mermar el derecho del acusado a un proceso equitativo, que se encuentra consagrado en los artículos 47, párrafo segundo y 48, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰. Por esta razón, los Estados miembros solo pueden adoptar medidas de protección en relación con la declaración de las víctimas en tanto y en cuanto se respeten los derechos que asisten a los acusados en la substanciación de los procesos penales. En efecto, esta reserva se encuentra introducida en el art. 18 y en el considerando n° 58 de la Directiva.

Por este camino el Abogado General llega a una primera conclusión: **cuando ha cambiado el titular del órgano judicial unipersonal o se ha modificado la composición del órgano judicial colegiado antes de dictarse sentencia, el respeto de los derechos y principios citados conlleva a que se haya de proceder a tomar de nuevo declaración al testigo.** A pesar de ello, esta postura es rápidamente matizada.

Para nutrir su posición, el Sr. Yves BOT decide traer al análisis una serie de casos del TEDH. Explica que el Tribunal de Estrasburgo ha sostenido que el principio de inmediación lleva implícito que los jueces que han adoptado las distintas resoluciones a lo largo del procedimiento y que han asistido a la práctica de todas las pruebas sean quienes efectivamente dicten sentencia. A pesar de ello, también menciona que dicho precepto procesal posee excepciones. En este sentido, se afirma que solamente el cambio de la integración del tribunal no basta. **Debe demostrarse que ese cambio ha verdaderamente afectado el derecho del imputado a un proceso equitativo.** Esto requiere que se analice en el caso en particular si la declaración del testigo en cuestión ha generado dudas en relación con su credibilidad, en cuyo caso el uso de las declaraciones testimoniales no alcanzará, o si tal declaración puede constituir una prueba determinante a efectos del enjuiciamiento del interesado.

²⁰ Ver considerando n° 89 de las conclusiones del Abogado General.

En el caso *Graviano c. Italia*²¹, el TEDH consideró que la denegación a la solicitud del imputado de que se tome nuevamente declaración a testigos no había vulnerado su derecho de defensa, ya que habían existido circunstancias particulares que justificaban una excepción al principio de oralidad y de inmediación. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la modificación de un solo juez dentro de un órgano colegiado de 8 magistrados no resultaba relevante para la vulneración de su derecho, pues los otros siete habían podido presenciar la práctica de toda la prueba.

Para finalizar, el Abogado General recuerda tres principios que fueron adoptados por el TEDH en el caso *Al-Khawaja and Tahery c. el Reino Unido*, conocido desde entonces como el “*test de Al-Khawaja y Tahery*”²². Si bien los hechos difieren al caso aquí en estudio²³, las reglas fijadas pueden extrapolarse y aplicarse. El primer punto plantea examinar si existe un motivo serio y suficiente que justifique que no se interrogue a la víctima. El segundo de ellos radica en analizar si el interrogatorio del testigo constituye una prueba determinante. El último punto propone que el tribunal compruebe si existen suficientes elementos de compensación —como podrían serlo otros elementos de prueba independientes a aquella declaración que sirvan para darle apoyo o corroboración a ese testimonio— y, en particular, garantías procesales sólidas que permitan contrarrestar las dificultades causadas a la defensa por el hecho de admitir como prueba las declaraciones de un testigo que no ha comparecido. En resumen, este test desarrolla una ponderación dinámica de los intereses concurrentes de la defensa, de la víctima del delito y del interés público en garantizar una buena administración de justicia, que tendrá que verse caso por caso.

V. Conclusiones.

En este breve comentario se ha buscado identificar, en un primer lugar, el concepto de “víctima” desarrollado por la Directiva 2012/29. Como bien dijimos, el legislador de la Unión Europea ha destacado a ciertas víctimas de delitos como

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10/02/2005, “Graviano c. Italia”.

²² Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15/12/2015, “Schatschaswill c. Alemania”, §107.

²³ En *Al-Khawaja and Tahery c. el Reino Unido* se debatió respecto de la incorporación por lectura del testimonio de una víctima que al momento del juicio se había quitado la vida (Caso del Sr. Al-Khawaja) y respecto de otra que tenía temor de declarar con motivo de posibles represalias contra él y su familia (caso del Sr. Tahery).

especialmente vulnerables, y en ese sentido, merecedoras de especial asistencia y protección. A pesar de ello, la idea central que atraviesa la Directiva es la de una evaluación individual caso a caso que permita brindar soluciones dinámicas y efectivas para la protección de las víctimas de cualquier delito, sin menoscabar los derechos de defensa que le asisten a los imputados en un proceso penal.

En lo que a la cuestión prejudicial respecta, ha quedado claro que el TJUE considera que, tanto el tenor como la sistemática de la Directiva 2012/29 muestran que ninguna de las medidas de protección generales o particulares que allí se establecen obliga a los Estados miembros a adoptar una normativa interna que exima a la víctima de una nueva declaración, con el fin de protegerla de las consecuencias adversas que ésta le pueda provocar. Aún así, hemos visto a través de las conclusiones a las que arriba el Abogado General que los tribunales nacionales deberán apreciar en cada caso traído ante sus estrados si existen motivos serios y suficientes que justifiquen que no se interrogue a la víctima, si es que efectivamente su interrogatorio constituye una prueba determinante, y si hay suficientes elementos de compensación que permitan contrarrestar las dificultades causadas a la defensa por el hecho de admitir como prueba las declaraciones de un testigo que no ha comparecido. En resumidas cuentas, la Directiva 2012/29 plantea un compromiso por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, que deberán efectuar una evaluación de las circunstancias particulares de cada caso, para ponderar los derechos e intereses concurrentes tanto de la defensa como de las víctimas de delitos, a quienes también se les ha reconocido un rol activo en los procesos penales.

Bibliografía

BERNT, BAHR – MELUM, JENNY, *EU's Victims Directive - A Legal Act for Cultural Change?* "International Journal for Court Administration", diciembre 2017, vol. 9, nº1, HeinOnline.

LANG, RICHARD, *The EU's New Victims Rights Directive: Can Minimum Harmonization Work for a Concept like Vulnerability*, "Nottingham Law Journal", 2013, nº 22.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Protección del Honor y Derecho Penal*, Estudios penales y criminológicos, 1988-1989, nº 13.