

La arquitectura abierta del derecho europeo de los derechos humanos

Nico Krisch †

La evolución del régimen europeo de los derechos humanos a menudo se describe como el desarrollo de un ordenamiento integrado donde la Convención Europea de Derechos Humanos opera como su “instrumento constitucional” gobernante. Se argumenta que el régimen se entiende mejor como uno pluralista — caracterizado por una relación heterárquica entre sus partes constituyentes, que en última instancia se define políticamente y no jurídicamente. El surgimiento y funcionamiento de este orden pluralista se manifiesta en las interacciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los tribunales domésticos de la Unión Europea. Estos casos no solo muestran conflictos sobre preguntas acerca de quién es la autoridad suprema sino que también reflejan una convergencia y armonía considerables en la práctica. El análisis de los factores que llevan a esta convergencia indica que las características centrales del pluralismo — el incrementalismo y el carácter abierto sobre quién es la autoridad final — han contribuido significativamente a la evolución generalmente fluida del régimen

† Departamento de Derecho, London School of Economics and Political Science. Se presentó una versión anterior de este trabajo en los seminarios de investigación para docentes del Departamento de Derecho de la LSE y en la Woodrow Wilson School of Public and International Affairs de la Universidad de Princeton. Estoy agradecido a los participantes de estos seminarios, como también a Aida Torres Perez, Alec Stone Sweet, Alejandro Saiz Arnaiz, Carol Harlow, Cathryn Costello, Christian Walter, Christoph Möllers, Jochen Frowein, Marisa Iglesias, Neus Torbisco Casals, Wibren van der Burg y a los tres revisores anónimos por sus comentarios e intercambio de ideas.

europeo de los derechos humanos. Esto sugiere que los modelos pluralistas poseen un atractivo más amplio como alternativas al constitucionalismo en la construcción de autoridades y leyes postnacionales.

Introducción

Cuando en octubre de 2004 el Tribunal Constitucional alemán, en su fallo *Görgülü*, señaló los límites de su lealtad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),¹ provocó una conmoción no solo entre juristas sino también en la prensa e hizo que los jueces de Estrasburgo abandonaran su característica reserva y manifestaran su frustración en público. El presidente del TEDH y el juez alemán del tribunal expresaron sus preocupaciones por las posibles repercusiones del fallo alemán, lo que provocó una enérgica respuesta por parte del presidente del Tribunal Constitucional, todo lo cual fue publicado con visibilidad en la prensa alemana.² Lo que hizo el Tribunal Constitucional fue sostener que los tribunales domésticos podían (y debían) desconocer los fallos de Estrasburgo siempre y cuando fueran incompatibles con los elementos centrales del sistema jurídico, la intención legislativa o las disposiciones constitucionales a nivel nacional.³

Esta posición no daría lugar a sorpresas si tuviera que ver con el lugar que ocupan otros acuerdos internacionales en el derecho alemán; por lo que la magnitud de esta reacción debe provenir de características que son privativas del régimen europeo de los derechos humanos. En parte, la sorpresa puede explicarse por la fuerza de la narrativa que el fallo alemán contradice. Por varias décadas dicha narrativa había sido una de progreso constante: en gran medida el TEDH se había desprendido de sus orígenes como un tribunal internacional y había comenzado a asemejarse

¹ Bundesverfassungsgericht, decisión del 14 de octubre de 2004, 2 BvR 1481/04, *Entscheidungen des Bun desverfassungsgerichts* 111, 307. Traducción al inglés disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs200410142bvr148104en.html> (visitado por última vez el 21 de noviembre de 2007).

² Ver "Im Ausland mißverständlich", *FrankfurterAllgemeine Zeitung*, 23 de octubre de 2004, 5; "Welches Gericht hat das letzte Wort?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10 de diciembre de 2004, 4; y las entrevistas con Luzius Wildhaber, presidente del TEDH, "Das tut mir weh", *Der Spiegel*, 47/2004, 15 de noviembre de 2004, 50; y con Hans-Jurgen Papier, presidente del Tribunal Constitucional alemán, "Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9 de diciembre de 2004, 5. La fuerte resonancia en la prensa alemana se refleja en las editoriales por Reinhard Miiller, "Das letzte Wort", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de octubre de 2004, 1; y Heribert Prantl, "Juristisches Röhren", *Suddeutsche Zeitung*, 20 de octubre de 2004, 4.

³ Para un breve resumen y comentario de la decisión, véase F. Hoffmeister, "Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law" (2006) 4 *International Journal of Constitutional Law* 722.

a un tribunal constitucional supranacional, con un anclaje aun más fuerte en los ordenamientos jurídicos domésticos de los Estados miembros y una aceptación general de su autoridad como árbitro final de disputas de derechos humanos en Europa. Desde esta perspectiva, la historia del Tribunal de Estrasburgo pasó a ser vista como parte de la “constitucionalización” de Europa: la implementación exitosa de un modelo de política constitucional, en el que la ley establece las reglas básicas de la vida política y las hace cumplir a través de un organismo judicial efectivo.⁴ Parecía entonces que la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) se había convertido en un instrumento constitucional y el TEDH estaba contento de reforzar esta visión en su jurisprudencia.⁵

A pesar del atractivo de esta narrativa, la realidad siempre ha sido más cercana a la descrita en *Görgülü*. No hay duda de que el TEDH, durante los casi cincuenta años de su existencia, ha adquirido una autoridad notable; que sus fallos disfrutaban de altas tasas de cumplimiento; y que estos ahora son regularmente citados por tribunales domésticos en muchos, tal vez la mayoría, de los Estados miembros.⁶ Sin embargo, este vínculo aun más cercano entre los niveles nacionales y europeos de protección de los derechos humanos ha estado acompañado por las reservas surgidas en varios sistemas jurídicos domésticos y en términos notablemente similares. En consecuencia, ya no resulta útil observar el derecho sobre los derechos humanos a nivel nacional y europeo desde la clásica dicotomía nacional/internacional, como ordenamientos jurídicos diferentes; pero tampoco forman un conjunto integrado,

⁴ Véase, por ej., C. Walter, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß” (1999) 59 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 961; F. Hoffmeister, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland” (2001) 40 *Der Staat* 349; E. de Wet, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order” (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 611; véase también la discusión en J. F. Flauss, “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Cour constitutionnelle?” (1998) 36 *Revue française de droit constitutionnel* 711. Ideas relacionadas son expuestas también, por ejemplo, por J. A. Frowein, “The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe” (1992) vol. 1:2 *Collected Courses of the Academy of European Law* 267; S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006) 165-189 (el TEDH como un tribunal con una “misión constitucional”).

⁵ TEDH, fallo del 23 de marzo de 1995, *Loizidou vs. Turquía (objeciones preliminares)* en [75]; decisión del 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm vs. Ireland* en [156] (la Convención como un “instrumento constitucional del ordenamiento público europeo”).

⁶ Para un análisis comparativo, véase R. Blackburn y J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

sistemáticamente organizado de acuerdo a reglas de jerarquía y una clara distribución de tareas.

Por el contrario, el orden que vemos emerger es, a mi entender, “pluralista”: uno en el cual las relaciones de sus partes constituyentes están gobernadas no por normas jurídicas, sino fundamentalmente por política, usualmente de carácter judicial, donde encontramos heterarquía y no jerarquía.⁷ En un orden pluralista, no encontramos un conjunto de normas comunes superiores (una *Grundnorm* o regla de reconocimiento) que permitirían la resolución de conflictos o constituirían al menos un marco de referencia desde el cual discutir sobre los conflictos; tampoco encontramos un consenso que reconozca una autoridad suprema para decidir sobre dichos conflictos. Por el contrario, encontramos diferentes normas y actores compitiendo por ostentar la autoridad suprema; y como carecen de un marco jurídico común, compiten, en su mayoría, recurriendo a la política en lugar de esgrimir argumentos jurídicos.⁸ Esto contrasta con un modelo “constitucionalista” en donde el orden en su totalidad está sujeto a un conjunto de normas unificadas que gobiernan el sistema político — una “constitución”, sea esta escrita o no — con respecto a la cual se resuelvan las disputas sobre la autoridad.⁹ Esto no significa que no puedan existir diferentes interpretaciones de esas normas por parte de los diferentes actores — en los ordenamientos constitucionales clásicos a nivel nacional estas interpretaciones divergentes son frecuentes — pero al menos las normas en las cuales se

⁷ Para intentos de descripciones similares en el contexto del TEDH, véase M. Delmas-Marty, *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism* (Cambridge: Cambridge University Press, trad. N. Norberg, 2002) (ed. francesa, 1994); E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l’homme* (Bruselas: Emile Bruylant, 1999).

⁸ Véase N. W Barber, “Legal Pluralism and the European Union” (2006) 12 *European Law Journal* 306; sobre los conceptos del pluralismo jurídico en general, J. Griffiths, “What is Legal Pluralism?” (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

⁹ La noción de “constitucionalismo” puede tener varios significados; mi uso aquí corresponde con el sentido grueso de constitución en J. Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 152, 153-154, y con el segundo y tercer sentido de constitucionalismo identificado en P. Craig, “Constitutions, Constitutionalism and the European Union” (2001) 7 *European Law Journal* 125, 127-128. Algunos autores, en particular N. Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism” (2002) 65 *MLR* 317, han intentado fusionar constitucionalismo y pluralismo, pero esto descuida el carácter particular y el contenido distinto del constitucionalismo como una noción histórica y un ideal político. Para una crítica breve, ver N. Krisch, “Europe’s Constitutional Monstrosity” (2005) 25 *OJLS* 321, 325-327.

centran los argumentos son compartidas y la unidad constituye un ideal normativo en común.¹⁰

Dicho modelo constitucionalista resulta atractivo por varias razones: principalmente porque parece ser el paso final para establecer el estado de derecho a través del control de la política y su sometimiento a una ley suprema y más imparcial; y porque el conjunto de normas comunes es una herramienta importante para alcanzar un autogobierno democrático en la medida en que ayuda a que se cristalicen las aspiraciones comunes y reglas básicas que son propias de una sociedad.¹¹ Como no es de extrañar, muchos han encontrado deseable transferir este modelo del estado nacional al nivel europeo y global, como una herramienta analítica o como una normativa a la cual aspirar.¹² Sin embargo, en el contexto postnacional, cabe la posibilidad que dicha transferencia sea inapropiada: las disputas sobre aspectos fundamentales podrían ser demasiado fuertes para que la meta de alcanzar un conjunto común de normas superiores sea posible o siquiera deseable. Antes bien, en respuesta a estas disputas, podemos observar el desarrollo de ordenamientos pluralistas en numerosas áreas de gobernanza postnacional, que abarcan desde la Unión Europea hasta la regulación global de seguridad alimentaria.¹³ En general, mi interés se centra en determinar si dicho pluralismo puede formar un contramodelo atractivo al constitucionalista: cómo opera, si es estable, y qué beneficios tiene.¹⁴ Este trabajo busca profundizar en estas cuestiones mediante el estudio de un ejemplo prominente de gobernanza supranacional o internacional: el régimen europeo de derechos humanos.

Este trabajo se organiza en tres secciones. En la primera, voy a intentar corroborar la aseveración de que la fricción manifestada en *Görgülü* es la norma en lugar de la excepción en el sistema europeo de

¹⁰ Véase N. Krisch, "Die Vielheit der Verfassung" en Y. Becker y otros (eds.), *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005) 61, 63-69.

¹¹ Véase, por ej., F. Michelman, "Law's Republic" (1988) 97 Yale LJ 1493; B. Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991) 266; J. Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992) 109.

¹² Sobre el discurso constitucionalista a nivel europeo véase, por ej., J. H. H. Weiler, "The Reformation of European Constitutionalism" en Weiler *The Constitution of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 221; para propuestas similares a nivel internacional véase, por ej., J. Habermas, "Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?" en Habermas, *Der gespaltene Westen* (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2004) 113; y el simposio en (2006) 19 *Leiden Journal of International Law*, Nro. 3.

¹³ Véase, por ej., Walker, nota 9 supra; N. Krisch, "The Pluralism of Global Administrative Law" (2006) 17 *European Journal of International Law* 247.

¹⁴ He dirigido unos estudios preliminares sobre esto en otros contextos; véase Krisch, Nros. 9, 10 y 13 supra.

derechos humanos. Intentaré lograr esto a través del estudio de los casos de España y Francia, generalmente considerados como casos que satisfacen la narrativa constitucionalista del derecho europeo de los derechos humanos; en ambos, sin embargo, lo que se aparenta en la superficie diverge considerablemente de lo que ocurre en la práctica. En la segunda sección, intentaré mostrar cómo, a pesar de su pluralismo y las disputas en torno a sus principios fundamentales, el sistema ha llegado a funcionar — esto es, cómo los consensos mutuos en lugar de fricciones han llegado a caracterizar su operación diaria. Para ello, he elegido dos ordenamientos — la Unión Europea y el Reino Unido — que exhiben un marcado pluralismo a nivel formal pero un destacado grado de armonía y convergencia en la práctica, y estoy interesado en cómo se ha logrado a esta armonía y por qué. En la tercera parte, me apoyaré en este material para reflexionar de manera más general sobre las respectivas virtudes del pluralismo y el constitucionalismo en la construcción de un orden jurídico postnacional, y en algunas de las condiciones para la estabilidad y el éxito de una estructura pluralista.

El carácter abierto del derecho europeo de los derechos humanos

Si bien la decisión alemana en *Görgülü* causó mucha preocupación, Alemania nunca ha sido un caso modelo para la narrativa constitucionalista. La CEDH está incorporada en el derecho alemán, pero solo con la jerarquía de una ley. Su posición está fortalecida por la presunción de que otras leyes no están dirigidas a violarla, y por la visión del Tribunal Constitucional, expresada desde 1980, de que puede recurrir a la Convención para interpretar los derechos fundamentales en el *Grundgesetz*. Aunque en la práctica, si bien la fricción ha sido escasa, la CEDH ha jugado un papel limitado en la jurisprudencia alemana, debido en gran parte a la fuerza de los derechos a nivel nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre ellos.¹⁵

La narrativa constitucionalista encuentra así un mayor apoyo en otras partes de Europa, principalmente en países como los Países Bajos o Austria, y más recientemente se ha visto reforzada por el alto rango que

¹⁵ Véase A. Zimmermann, “Germany” en Blackburn y Polakiewicz, nota 6 supra, 335; J. A. Frowein, “Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung” (2002) 21 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29; C. Gusy “Die Rezeption der EMRK in Deutschland” en C. Grewe y C. Gusy (eds.), *Menschenrechte in der Bewährung: Die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frankreich und Deutschland im Vergleich* (Baden-Baden: Nomos, 2005) 129.

la Convención goza entre los nuevos miembros de Europa Central y Europea del Este.¹⁶ Para estos últimos, el impacto de la CEDH tal vez sea aún muy reciente para permitir derivar conclusiones relevantes sobre la práctica real,¹⁷ pero el caso de Austria también debería dar razones para reflexionar. Es cierto que en Austria la Convención goza de rango constitucional y que los tribunales austríacos, especialmente el Tribunal Constitucional austríaco, citan los artículos de la Convención y también la jurisprudencia de Estrasburgo de forma regular y extensiva.¹⁸ Sin embargo, ya en el fallo *Miltner* de 1978 (que es notablemente similar a *Görgülü*), el Tribunal Constitucional dejó en claro que había límites a su lealtad hacia Estrasburgo, y si el TEDH extendía en demasía sus funciones como creador de derecho, no podría seguirlo.¹⁹ El problema en particular que provocó esta *ratio decidendi* (*holding*, en inglés) fue resuelto por la legislación y, desde entonces, no ha habido fricción, pero el fallo *Miltner* no ha sido revocado y perduran algunas instancias de resistencia vienesa a Estrasburgo.²⁰

En lo que sigue, como se indicó anteriormente, me concentraré en otros dos casos que generalmente son vistos como un reflejo de la trayectoria de la narrativa constitucionalista. En especial, este es el caso de España, donde la CEDH goza de un rango supra-legislativo y es también, por mandato constitucional, un instrumento para interpretar la Constitución española; en consecuencia, el Tribunal Constitucional Español es uno de los más activos en aceptar la jurisprudencia de Estrasburgo. En Francia, el proceso de aceptación ha sido más lento y menos entusiasta, pero su Constitución también le otorga a la Convención un rango por encima de las leyes, y generalmente se considera que los tribunales franceses reflejan este rango con creciente lealtad hacia Estrasburgo. Sin embargo, en ambos casos, la situación no está tan clara como la narrativa del progreso gradual sugiere.

¹⁶ Véase K. Chryssogonos, "Zur Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten" (2001) 36 *Europarecht* 49.

¹⁷ Pero véase H. Keller, "Reception of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in Poland and Switzerland" (2005) 65 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 283.

¹⁸ Véase H. Tretter, "Austria" en Blackburn y Polakiewicz, nota 6 supra, 103.

¹⁹ Tribunal Constitucional austríaco, fallo del 14 de octubre de 1987 en *Miltner* VfSlg 11500/1987, disponible en <http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/> (última vez visitado el 21 de noviembre de 2007).

²⁰ Sobre un caso problemático reciente, véase W. Karl y E. C. Schöpfer, "Osterreichische Rechtsprechung zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Jahr 2004" (2006) 61 *Zeitschrift für öffentliches Recht* 151, 158, 198.

La aceptación española y sus límites

A primera vista, la situación en España parece clara. Generalmente se considera a España como un discípulo particularmente leal a Estrasburgo y el Tribunal Constitucional Español usualmente se encuentra entre los tribunales nacionales que más citan la CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo.²¹ Esto no es sorprendente dada la importancia de la Convención en la transición española luego de la dictadura de Franco: aun con lo importante que era para España demostrar a nivel internacional su pertenencia al club de países occidentales democráticos, su autoridad fue muy útil para estabilizar sus nuevas instituciones democráticas internamente — en particular, el nuevo Tribunal Constitucional.²²

En consecuencia, la CEDH ocupa una posición importante en el orden jurídico español. Como otros tratados, tiene un rango por encima de la legislación ordinaria,²³ pero también es central para la interpretación y el desarrollo de los derechos individuales consagrados en la Constitución. De acuerdo con el artículo 10(2) de la Constitución, “los derechos y libertades básicas... serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esos temas ratificados por España”; en la práctica, esto ha significado básicamente la CEDH.²⁴ En los últimos años, el *Tribunal Constitucional* (TC), ha citado la Convención en una de cada

²¹ Véase solo M.A. Eissen, “L’interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’homme” en D. Rousseau y F. Sudre (eds.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme: Droits et libertés en Europe* (París: Editions STH, 1990) 137,146.

²² Sobre la historia constitucional, véase L. Martín-Retortillo Baquer, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (1995) 137 *Revista de Administración Pública* 7, 8, 12. Sobre los puntos concretos de conflicto en cuanto a la inserción de una referencia para instrumentos internacionales de derechos humanos, véase L. Martín-Retortillo Baquer, “Notas para la historia del apartado segundo del artículo 10 de la Constitución” en Baquer, *La Europa de los derechos humanos* (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998) 177; A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999) cap. 1.

²³ Artículo 96(1) de la Constitución Española. El rango superior ha sido ampliamente aceptado, aunque solo después de algunas disputas en la literatura; véase G. Escobar Roca, “Spain” en Blackburn y Polakiewicz, nota 6 supra, 809, 812-813.

²⁴ Sobre el papel especial del TEDH, véase STC 245/1991, FJ 3; STC 91/2000, FJ 7 (fallos del *Tribunal Constitucional* están disponibles en www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html (última vez visitado el 21 de noviembre de 2007)). A. Queralt Jiménez, *Los efectos interpretativos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial consideración a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, disertación, Universidad de Barcelona, 2005, 583-618, donde demuestra la preferencia del TC por el TEDH sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

cinco decisiones y en tres de cada cuatro de sus más importantes decisiones plenarios sobre derechos individuales,²⁵ y en un número considerable de casos, se ha referido a la Convención como la fuente para cambios substanciales en su jurisprudencia.²⁶

Aun cuando el artículo 10(2) parece demandar una estricta observancia de la CEDH (y de la jurisprudencia del TEDH²⁷) en la interpretación de los derechos individuales, la cláusula “de conformidad” con frecuencia se ha entendido de manera flexible.²⁸ A veces el TC sugiere un vínculo fuerte entre la Convención y el contenido de los derechos constitucionales, entendiendo el artículo 10(2) como “imponiendo” una cierta lectura,²⁹ pero con bastante frecuencia usa expresiones ambiguas, describiendo la CEDH como un “criterio interpretativo” que debe ser “tomado en cuenta” o que debería “orientar” la interpretación constitucional.³⁰ El rango real de la Convención en la interpretación de los derechos fundamentales permanece entonces incierto; el TC sigue cambiando su postura al respecto, pero en última instancia se mantiene flexible sobre el peso que le otorga a las decisiones de Estrasburgo y a la CEDH en general.

La consolidación de esta flexibilidad ha sido notoria en dos grupos de casos muy distintos. El primero de ellos trata la ejecución de fallos del TEDH en España. En España, como también ha sido el caso para la mayoría de Europa, la reapertura de procedimientos después de que estos hayan sido cerrados por una sentencia definitiva presenta grandes

²⁵ Queralt Jiménez, *ibid.* 311-315.

²⁶ *Ibid.*, cap. 4 al 6. Véanse también los casos en Saiz Arnaiz, 22 *supra*, 245-266; Escobar Roca, nota 23 *supra*, 815-821. Para un caso importante de un cambio véase, por ej., STC 167/2002 del 18 de septiembre de 2002.

²⁷ El TC no hace una diferencia entre la Convención y la jurisprudencia, reconociendo que es el papel del TEDH “hacer realidad el contenido de los derechos reconocidos en la Convención”; STC 91/2000 del 30 de marzo de 2000, FJ 7. Asimismo, la mayoría de la literatura acepta que el rango de la jurisprudencia del TEDH se encuentra a la par con la Convención, véase solo E. García de Enterría, “Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’Homme en droit espagnol” en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in honour of Gerard J. Wiarda* (Colonia: C. Heymann, 1990) 221, 224; J. Delgado Barrio, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española (1989)” 119 *Revista de Administración Pública* 233-45. Pero véase también Saiz Arnaiz, nota 22 *supra*, 167, quien señala la falta de fundamentaciones teóricas en las referencias del TC a las decisiones del TEDH.

²⁸ Véase también Saiz Arnaiz, *ibid.*, 207, 234.

²⁹ STC 147/2000 del 29 de mayo de 2000, FJ 4a. Para fórmulas similares, véase STC 167/2002 del 18 de septiembre de 2002, FJ 9; STC 206/1998 del 26 de octubre de 1998, FJ 4; STC 36/1991 del 14 de febrero de 1991, FJ 5.

³⁰ STC 119/2001 del 24 de mayo de 2001, FJ 6. Fórmulas similares pueden encontrarse en STC 113/1987 del 3 de julio de 1987, FJ 2; STC 24/1981 del 14 de julio de 1981, FJ 4; STC 36/1984 del 14 de marzo de 1984, FJ 3. Sobre otros instrumentos internacionales, véanse STC 38/1981 del 23 de noviembre de 1981, FJ 4; STC 292/2000 del 30 de noviembre de 2000, FJ 7a.

obstáculos, y el hecho de que en un determinado caso el TEDH encontrase una violación a la Convención generalmente no alcanza. En consecuencia, los tribunales españoles no han reaccionado tradicionalmente ante tales decisiones, pero en 1991, el TC inició un cambio y dejó de lado una decisión local que había sido considerada como violatoria del derecho a un juicio justo. En el caso *Bultó*, sostuvo que por el artículo 10(2), una violación a la CEDH constituía en sí misma una violación a un derecho constitucional, y en consecuencia, el TC tenía el deber de remediar esta violación si no había otros medios disponibles.³¹ Este razonamiento fue un apartamiento de la doctrina tradicional lo suficientemente radical para provocar no solo una opinión disidente sino también indignación en la academia; para los críticos, el TC había ligado los derechos consagrados en la Constitución Española demasiado cerca de la jurisprudencia del TEDH.³² Y de hecho, el Tribunal Constitucional no mantuvo este enfoque por mucho tiempo. Dos años después de *Bultó*, se alejó de él silenciosamente en una decisión no publicada en donde hacía hincapié en que el TC y el TEDH operaban en ordenamientos jurídicos distintos; que el TC, sujeto solo a la Constitución española, goza de su independencia en su tarea de interpretar conforme al artículo 10(2); y que de ninguna manera estaba subordinado jerárquicamente al tribunal de Estrasburgo.³³ Esta nueva posición fue en respuesta a una decisión de Estrasburgo en el caso *Ruiz Mateos*, que por más de diez años había atraído la atención pública en España, y podría haber sido provocada por el hecho de que la decisión del TEDH constituía un claro reto a las decisiones anteriores del propio TC.³⁴ De todas maneras, el Tribunal ha confirmado desde entonces esta postura más restrictiva en un número de casos³⁵, y si bien el resultado puede no diferir demasiado de la situación

³¹ STC 245/1991 del 16 de diciembre de 1991; el fallo del TEDH era Barberà, Messegué y Jabardo vs. España del 6 de diciembre de 1988. Para vínculos similarmente fuertes entre derecho constitucional y el TEDH, véase STC 36/1991 del 14 de febrero de 1991, FJ 5.

³² Véase solo C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (Madrid: Tecnos, 1997) 138-151; también J. A. Carrillo Salcedo, "España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal constitucional español" (1994) 32 *Archiv des Völkerrechts* 187, 199. Véase también un análisis más positivo en J. L. Requejo Pagés, "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales" (1992) 12 *Revista Española de Derecho Constitucional* 35, 179.

³³ TC, Fallo de admisibilidad del 31 de enero de 1994, Amparo Nro. 2292/93, en Ruiz Miguel, nota 32 supra, 181-183. Los intentos del TC de distinguir el caso de otro anterior resultaron algo débiles. Véase *ibid.*, 151-156.

³⁴ TEDH, fallo del 23 de junio de 1993, *Ruiz-Mateos vs. España*.

³⁵ Véanse ATC 96/2001 del 24 de abril de 2001 (citando la decisión de admisibilidad del 11 de marzo de 1999) en el caso *Castillo Algar*; STC 313/2005 del 12 de diciembre de 2005, FJ 3, en el

en otros países, la secuencia de casos denota un intento por reivindicar su supremacía (y algo de flexibilidad) tras haber experimentado con un vínculo más estrecho entre el sistema nacional y europeo de protección de los derechos humanos.

Una dinámica similar surge en el segundo conjunto de casos, que también refleja una brecha cultural más amplia entre la concepción española de los derechos y la concepción europea al respecto.³⁶ Se trata de los efectos de la contaminación ambiental en la salud y el bienestar de las personas; una temática con la que el TEDH había empezado a lidiar a través de la perspectiva del derecho a la intimidad a inicios de la década de 1990.³⁷ En 1994, aplicó su postura en un caso español, *López Ostra*, y dictaminó que el gobierno había fallado en proteger adecuadamente al demandante de los olores, ruidos y humos contaminantes que emanaban de una planta de tratamiento de desechos cercana.³⁸ La decisión encontró muchas críticas en la doctrina española³⁹ y al principio una reacción evasiva del TC.⁴⁰ Fue finalmente siete años más tarde que el Tribunal consideró la posibilidad —claramente sugerida por la jurisprudencia de Estrasburgo— de una interpretación extensiva del derecho a la intimidad y a una vivienda existente en la constitución española. De hecho, en el caso *Moreno Gómez* de 2001, el TC afirmó que ese derecho, al igual que el derecho a la integridad física, podría estar afectado por factores ambientales, y en el caso en particular, por un elevado nivel de ruido externo.⁴¹ Sin embargo, se abstuvo de suscribir completamente al enfoque del TEDH, señalando que, en contraste con su jurisprudencia anterior, el artículo 10(2) no requería una “traslación mimética” de las decisiones del TEDH y haciendo hincapié en las “diferencias normativas” entre la Convención y la Constitución española.⁴² Por consiguiente, fijó una vara alta para fundamentar la existencia de una interferencia con los

caso *Perote Pellón*; y STC 197/2006 del 3 de julio de 2006, en el caso *Fuentes Bobo*; véase también M. Revenga Sánchez, “En torno a la eficacia de las Sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma” en *Revista española de Derecho Europeo* 2004, 521, 527-529. Pero véase también, para un leve cambio en casos penales, STC 240/2005 del 10 de octubre de 2005, FJ 6.

³⁶ Sobre estos casos, véase también Queralt Jiménez, nota 24 supra, 511-53.

³⁷ Véase especialmente TEDH, fallo del 21 de febrero de 1990, *Powell y Rayner vs. Reino Unido*.

³⁸ TEDH, fallo del 9 de diciembre de 1994, *López Ostra vs. España*.

³⁹ Véase Escobar Roca, nota 23 supra, 825.

⁴⁰ STC 199/1996 del 3 de diciembre de 1996, FJ 2-3, 6. Dado que el actor buscaba la prosecución penal de los responsables de contaminación, el TC también pudo distinguir el caso del decidido por el TEDH en *López Ostra*; véase también FJ 4.

⁴¹ STC 119/2001 del 24 de mayo de 2005, FJ 5.

⁴² *Ibid.*, FJ 6.

derechos fundamentales⁴³ y en esta instancia resolvió que dicha barrera no había sido alcanzada. Este resultado, junto con un enfoque en general más restrictivo,⁴⁴ no son sorprendentes en un país más bien ruidoso donde los niveles de tolerancia son elevados; la diferencia en el criterio del TC con respecto a la mayoría del resto de Europa fue evidente cuando, tres años más tarde, el TEDH unánimemente encontró una violación al derecho a la intimidad en el mismo caso.⁴⁵ Lo que es interesante, sin embargo, es el hecho de que esta diferencia se ha reflejado en los principios que guían la forma en que el TC se ha posicionado ante la jurisprudencia de Estrasburgo y ha llevado a un resultado que está bastante lejos de la pretendida “conformidad” con el TEDH que el artículo 10(2) requiere y que, hasta ahora, no había sido interpretada tan libremente.⁴⁶

El vínculo entre la Constitución española y la CEDH, muy estrecho en *Bultó* y luego algo flojo pero aún firme, se ha debilitado, ofreciéndole discreción al Tribunal Constitucional para decidir cuándo seguir a Estrasburgo y de qué manera hacerlo. Esto no debería hacernos ignorar que, como se mencionó anteriormente, el TC se refiere a la CEDH y a las decisiones del TEDH con mucha frecuencia, y, de hecho, con normalidad. Pero esta práctica parece menos el resultado de un vínculo fundamentado en principios que un ejercicio favorable de discrecionalidad por parte del TC en un gran número de casos en donde no hay muchos intereses en juego.⁴⁷ Para el TC, que actualmente está en una posición mucho menos precaria que en años anteriores, preservar la autonomía parece haber tomado prioridad sobre estrechar vínculos con Estrasburgo.

El dialogue des juges francés

La trayectoria francesa es bastante diferente, aunque tal vez sea más representativa de la historia general constitucionalista. Si bien al inicio Francia estaba convencida de que la Convención era una medio no para

⁴³ Sobre la diferencia con la postura del TEDH, véase el análisis en Queralt Jiménez, nota 24 supra, 522-526.

⁴⁴ Confirmado más adelante en STC 16/2004 del 23 de febrero de 2004.

⁴⁵ TEDH, fallo del 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez vs. España*.

⁴⁶ Para un enfoque similar sobre el Comité de la ONU de Derechos Humanos, véase STC 70/2002 del 3 de abril de 2002, FJ 7; Queralt Jiménez, nota 24 supra, 583-618.

⁴⁷ Para un abordaje similar, véase Saiz Arnaiz, nota 22 supra, 160-161; para una defensa normativa de dicha práctica, véase V. Ferreres Cornelia, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo” en *Integración europea y poder judicial* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2006) 227, 228, 244.

aprender, sino para enseñarle a los demás, el país galo permaneció escéptico por un largo tiempo, y finalmente en 1974 la ratificó, llegando a esperar hasta 1981 para aceptar demandas individuales. Sin embargo, con el paso del tiempo, los sistemas políticos y judiciales franceses se han ido abriendo, alcanzando una etapa en donde la recepción fluida es la regla y la superioridad de la CEDH impuesta por mandato constitucional está ampliamente aceptada.⁴⁸

En este escenario, Francia es la historia de un progreso gradual, pero lento. El *Conseil Constitutionnel*, el equivalente a un tribunal constitucional, rechaza el uso de la Convención como un estándar a la luz del cual debe comparar leyes, pero con el paso del tiempo se ha vuelto más receptivo de la CEDH, llegando a adaptar su jurisprudencia sobre las libertades civiles a la de Estrasburgo sin hacer mención al respecto.⁴⁹ La *Cour de cassation* comenzó a reconocer el efecto directo de la CEDH a mediados de la década de 1970, recurrió a ella con creciente disposición desde la década de 1980 y también reaccionó a las decisiones de Estrasburgo, muchas veces con gran celeridad.⁵⁰ Hoy en día, los analistas observan una etapa de normalización, incluso de “banalización”, con respecto al uso de la CEDH por parte del *Cour de cassation* como un elemento de control sobre la legislación francesa.⁵¹ El *Conseil d'État*, el tribunal administrativo de más alto rango, se ha mostrado más reticente y fue tan solo en 1990 que comenzó a reconocer el rango superior de la CEDH. Desde entonces, sin embargo, se reconoce más ampliamente a la

⁴⁸ Véanse generalmente E. Steiner, “France” in C. A. Gearty (ed), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* (The Hague: Kluwer Law International, 1997); C. Dupré, “France” in Blackburn and Polakiewicz, nota 6 supra; 313; L. Heuschling, “Comparative Law and the European Convention on Human Rights in French Human Rights Cases” in E. Örüchü (ed) *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (London: UKNCCL and BIICL, 2003) 23; M. Fromont, “Le juge français et la Cour européenne des droits de l’homme” in J. Bröhmer et al (eds); *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress* (Cologne: Heymann, 2005) 965.

⁴⁹ Véanse, por ej., O. Dutheillet de Lamothe, “European Law and the French Constitutional Council” en G. Canivet, M. Andenas y D. Fairgrieve (eds.), *Comparative Law before the Courts* (Londres: BIICL, 2004) 91-98; B. Mathieu, “De quelques exemples récents de l’influence des droits européens sur le juge constitutionnel français” *Recueil Dalloz* 2002 Nro. 18,1439-1441.

⁵⁰ Véanse R. de Gouttes, “Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l’homme: avancées et réticences” en P. Tavernier (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l’homme?* (Bruselas: Emile Bruylant, 1996) 217; Tavernier, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le juge français” (1999) 51 *Revue Internationale de Droit Comparé* 7; Steiner, nota 48 supra, 294- 298.

⁵¹ P. Wachsmann, citado en F. Sudre, “Vers la normalisation des relations entre le Conseil d’État et la Cour européenne des droits de l’homme” *Revue française de droit administratif* 2006, 286, 287.

jurisprudencia de Estrasburgo, hasta el punto de que el *Conseil d'État*, en un cambio excepcional, ha comenzado a citar jurisprudencia del TEDH.⁵²

Sin embargo, aun cuando esta situación general refleja un fuerte anclaje de la Convención y su jurisprudencia en el ámbito local francés, esto también oculta una fricción importante. A pesar de la primacía de la CEDH según lo establecido en la Constitución, los juristas y jueces franceses prefieren ver la relación entre los ordenamientos jurídicos como una de coordinación y aquella entre los jueces europeos y los franceses como una de “diálogo”.⁵³ Desde esta perspectiva, habitualmente consideran la autoridad de las sentencias del TEDH como limitada, especialmente en los casos en que Francia no ha sido parte.⁵⁴ Y a pesar de que esta imagen de diálogo sugiere armonía, esconde, tal como lo sugiere un jurista francés, “un juego de poder discreto pero real entre las jurisdicciones y la capacidad de resistencia tanto como la de adaptación”.⁵⁵

En efecto, esta capacidad de resistencia se ha vuelto obvia en una gran cantidad de casos. Se ha manifestado con más fuerza en el *Conseil d'État*, y en particular, a través de sus *Commissaires du Gouvernement* (CdG o Comisarios del gobierno, en español), el *amici* oficial del *Conseil d'État*. Ya en 1978, uno de estos CdG señaló que el *Conseil d'État* tenía “un poder autónomo y soberano de interpretación completamente comparable al poder para interpretar normas a nivel local”; por lo tanto, los conflictos con el TEDH no se resolvían jurídicamente, por un tema de principios, sino que debían ser evitados por motivos de “conveniencia y realismo político”.⁵⁶ Incluso en 1997, otro CdG manifestó que “cuando se aplican las disposiciones de la Convención, se le otorga gran importancia a la más reciente interpretación dada por el Tribunal europeo, pero no se puede

⁵² Véanse R. Abraham, “Le juge administratif français et la cour de Strasbourg” en Tavernier, nota 50 supra, 235; Sudre, nota 51 supra, especialmente 287-288; Conseil d'État, fallo del 20 de diciembre de 2005, Nro. 288253.

⁵³ Véanse Abraham, nota 52 supra, 245-247; Sudre, nota 51 supra; J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français* (Paris: LGDJ, 1998) 441; Heuschling, nota 48 supra, 35; también de Gouttes, “Le juge judiciaire...” nota 50 supra, 234; y los enfoques similares en L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français* (París: LGDJ, 1999); Lambert, nota 7 supra.

⁵⁴ Sobre la discusión académica sobre si la jurisprudencia de Estrasburgo disfruta de una autoridad interpretativa o si los tribunales franceses permanecen libres para interpretar la Convención ellos mismos, véase Heuschling, nota 48 supra, 30-32.

⁵⁵ B. Mathieu, “De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français” *Recueil Dalloz* 2002 nro. 18, 1439-1441.

⁵⁶ Conclusiones de D. Labetoulle, citadas en Heuschling, nota 48 supra, 32.

considerar que esta interpretación lo obligue a uno desde el punto de vista jurídico”.⁵⁷

Los límites de la autoridad del TEDH sobre los tribunales franceses se volvieron más claros en la disputa sobre el fallo *Poitrimol*—un ejemplo de resistencia o, en palabras de un abogado general de la *Cour de cassation*, un ejemplo de “rebelión” por parte de los tribunales franceses contra Estrasburgo.⁵⁸ En su decisión de 1993 sobre *Poitrimol*, el TEDH consideró un elemento clásico del proceso penal francés — la pérdida del derecho a apelar que tiene todo aquel acusado que no se presente ante el tribunal en persona — como una violación al derecho de un juicio justo.⁵⁹ A lo largo de los siguientes seis años, a pesar de posteriores condenas a Francia en Estrasburgo,⁶⁰ los tribunales franceses se rehusaron a dejar de lado sus normas procesales. Al principio ignoraron el fallo del TEDH; luego abiertamente lo desafiaron insistiendo en su propia interpretación del artículo 6 de la CEDH; y recién en 1999 la *Cour de cassation* cambió su postura hasta cierto punto, anticipando así una reforma legislativa que fue adoptada en 2000.⁶¹ En 2001, el tribunal finalmente aceptó la autoridad del TEDH en un conflicto paralelo, donde el juez actuante hizo hincapié en “el principio superior de la Convención europea, la cual tiene precedencia por encima de aquellas normas nuestras a nivel local que sean contrarias a la Convención”.⁶²

Los principios teóricos subyacentes de estos años de resistencia se vuelven un poco más concretos en las declaraciones de Regis de Gouttes, uno de los abogados generales de la *Cour de cassation*. Desde su punto de vista, las decisiones tras *Poitrimol* fijan un límite a la autoridad de Estrasburgo en los “principios fundamentales del derecho francés” o en

⁵⁷ Conclusiones de G. Bachelier, citadas *ibid*.

⁵⁸ De Gouttes, “Le juge judiciaire...” nota 50 *supra*, 232-233.

⁵⁹ TEDH, fallo del 23 de noviembre de 1993 *Poitrimol vs. Francia*.

⁶⁰ TEDH, fallos del 29 de julio de 1998 *Omar vs. Francia*, *Guérin vs. Francia*; fallo del 14 diciembre de 1999 *Khalifaoui vs. Francia*.

⁶¹ Cour de Cassation, fallo del 19 de enero de 1994 Nro. 93-80163, *Bulletin criminel* 1994, Nro. 27, 50; fallo del 7 de febrero de 1994 Nro. 93-81533; fallo del 9 de enero de 1995 Nro. 94-81696, *Bulletin criminel* 1995 Nro. 7, 18; fallo del 30 de junio de 1999 *Rebboah*, Nro. 98-80923, *Bulletin criminel* 1999 Nro. 167,478; también el fallo del 24 de noviembre de 1999 *Zutter* Nro. 97-85694, *Bulletin criminel* 1999 Nro. 273, 858. Sobre la legislación, véase la ley Nro. 2000-516 del 15 de junio de 2000, *Journal Officiel* Nro. 138, del 16 de junio de 2000, 9038. Véase también M. Fromont, “Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der französischen Rechtsordnung” (2005) 58 *Die Öffentliche Verwaltung* 1, 7.

⁶² Cour de Cassation, fallo del 2 de marzo de 2001 *Dentico* Nro. 00-81388, *Bulletin d'Information de la Cour de Cassation* Nro. 533, del 15 de abril de 2001, <http://www.courdecassation.fr/rubrique27.html> (última vez visitado el 21 de noviembre de 2007), también con el informe del juez actuante y las conclusiones del abogado general.

las normas constitucionales, tales como la efectividad del poder judicial.⁶³ Si esta interpretación es correcta (y las opiniones de los abogados generales normalmente pesan mucho dentro del sistema jurídico francés⁶⁴), la situación en Francia no difiere mucho de lo que acontece en Austria o Alemania. Los tribunales franceses no solo están en desacuerdo con Estrasburgo sobre cómo interpretar la CEDH, sino que ponen límites autónomos y protegen al núcleo constitucional de toda interferencia por parte de Europa.⁶⁵ Sin embargo, enmarcarlo en estos principios no debe ocultar el contexto político de resistencia francesa en el fallo *Poitrimol*. Este caso fue decidido por una mayoría de 5 a 4 en el TEDH, con una fuerte disidencia en las opiniones, y por lo tanto había motivos para albergar esperanzas de que el tribunal cambiase su postura más adelante. Este atisbo de esperanza se derrumbó en 1998, cuando el TEDH confirmó *Poitrimol* en dos Grandes Salas con mayorías de 18 a 3 y de 20 a 1, respectivamente.⁶⁶ El consiguiente cambio de la *Cour de cassation* (y de la legislación francesa) probablemente se debió no tanto a un cambio de principios, sino al “realismo político” ya mencionado anteriormente en la declaración del CdG de 1978.

La situación fue de alguna manera diferente en el segundo, y aun más notable, ejemplo de “rebelión” judicial francesa, relacionado con el rol del *amicus curiæ* en los tribunales franceses, y en especial, aquel de los abogados generales en la *Cour de Cassation* y los CdG en el Conseil d’État.⁶⁷ En su decisión en el caso *Borgers* de 1991, para la sorpresa de muchos observadores, el tribunal de Estrasburgo abandonó su postura anterior y falló que la posición privilegiada del abogado general en el Tribunal de casación belga violaba el derecho un a juicio justo.⁶⁸ Esto presentaba un reto no solo para Bélgica, sino también para tribunales similares en otros países⁶⁹ y especialmente en Francia. Por ende, la *Cour de cassation* francés pronto emprendió una vigorosa defensa de sus abogados generales: hizo algunas enmiendas procesales y, en un fallo con

⁶³ De Gouttes, “Le juge judiciaire...” y “La Convention...” nota 50 supra.

⁶⁴ Sobre su tradicional papel central en la toma de decisiones judiciales en Francia, véase M. Lasser, “The European Pasteurization of French Law” (2005) 90 *Cornell Law Review* 995,1005-1008.

⁶⁵ Estoy agradecido a Wibren van der Burg por insistir en que aclare este punto.

⁶⁶ TEDH, fallos del 29 de julio de 1998 *Omar vs. Francia* y *Guérin vs. Francia*. En *Omar*, el juez francés Pettiti fue el único en disentir. Sobre la importancia de estos fallos para el cambio de postura de la *Cour de Cassations*, véanse las conclusiones de De Gouttes, el abogado general, en *Dentico*, nota 6 supra.

⁶⁷ Véase también el examen detallado en Lasser, nota 64 supra.

⁶⁸ TEDH, fallo del 30 de octubre de 1991 *Borgers vs. Bélgica*; explícitamente apartándose del fallo del 17 de enero de 1970 *Delcourt vs. Bélgica*.

⁶⁹ TEDH, fallos del 20 de febrero de 1996 *Vermeulen vs. Bélgica* y *Lobo Machado vs. Portugal*.

amplias repercusiones, hizo hincapié en su imparcialidad y mantuvo la conformidad de la institución con la idea de un juicio justo.⁷⁰ Sin embargo, el TEDH no se dejó impresionar y en su decisión *Reinhardt y Slimane-Kaad*⁷¹ de 1998 falló en contra de Francia (aunque en un tono más suave en comparación con las decisiones anteriores y con exigencias menos extremas⁷²); de esta manera dio inicio a un proceso que eventualmente provocó cambios significativos en la organización y el procedimiento de la *Cour de Cassation*.⁷³

Si este intento de resistencia fue en gran medida insatisfactorio, el del *Conseil d'État* resultó considerablemente mejor. Dada la similitud de estructura del *Conseil*, era solo una cuestión de tiempo para que también quedara bajo la lupa del TEDH; así pues, poco después del fallo de *Reinhardt y Slimane-Kaid*, el *Conseil d'État* decidió anticipar futuros casos y avanzar en su propia interpretación alternativa de los requisitos para un juicio justo, haciendo hincapié en el papel judicial del CdG, que se caracteriza por su pertenencia al cuerpo judicial y, por lo tanto, no está sujeto a los requisitos del procedimiento adversarial establecidos en el artículo 6(1) de la Convención.⁷⁴ Esta postura pronto encontró apoyo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En un intento por proteger el papel de sus propios abogados generales, el TJUE destacó que ellos actuaban como “miembros del propio Tribunal de Justicia” y ejercían sus funciones judiciales con completa autonomía de las autoridades exteriores.⁷⁵

Con esta movida, ambos tribunales buscaron diferenciarse de instituciones que el TEDH había encontrado en falta, incluida la *Cour de cassation* francesa, más bien de manera poco honesta dada la posición en gran medida similar del *amici* judicial en todos ellos.⁷⁶ No obstante, este

⁷⁰ Véanse Lasser, nota 64 supra, 1020; *Cour de Cassation*, fallo del 18 de diciembre de 1996, *Fontaine*, No. 96-82746.

⁷¹ TEDH, fallo del 31 de marzo de 1998, *Reinhardt y Slimane-Kaid vs. Francia*; confirmado en el TEDH, fallo del 8 de febrero de 2000, *Voisine vs. Francia*; del 26 de julio de 2002, *Meftah y otros*; del 27 de noviembre de 2003, *Slimane-Kaid* (Nro. 2); del 5 de febrero de 2004, *Weil*.

⁷² Véanse en especial las observaciones en la opinión disidente del Juez De Meyer, fallo del 31 de marzo de 1998, *Reinhardt y Slimane-Kaid vs. Francia*.

⁷³ Véanse Lasser, nota 64 supra, 1049-1051, 1060-1062; y el discurso del procurador general Burgelin del 11 de enero de 2002, disponible en <http://www.courdecassation.fr/rubrique36.html> (última vez visitado el 21 de noviembre de 2007) “Rapport 2001”.

⁷⁴ Conseil d'État, fallo del 29 de julio de 1998 *Esclatine, Recueil Dalloz* 1999 Jurisprudencia, 89. Véanse también las conclusiones del CdG Chauvaux, *ibid.*, 85-89.

⁷⁵ TJUE, Orden del 4 de febrero de 2000 *Emesa Sugar C-17/98* en [11]- [16].

⁷⁶ Sobre la independencia y la función judicial de los abogados generales en la *Cour de Cassation*, véanse J. Thierry, nota del fallo, *Recueil Dalloz* 2000, Commentaires, 653-654; y la descripción en TEDH, fallo del 31 de marzo de 1998 *Reinhardt y Slimane-Kaid vs. Francia* en [74]- [75].

posicionamiento estratégico, sumado a la fuerza de la resistencia concertada, resultó ser relativamente exitoso. En su fallo *Kress* de 2001, el TEDH reconoció la especial naturaleza “*sui géneris*” de los CdG y, si bien señaló que su independencia e imparcialidad no eran suficientes para eliminar todas las dudas acerca de su papel en los procedimientos, el tribunal fue mucho más indulgente que en sus casos anteriores.⁷⁷ En su fallo determinó que la participación de los CdG en las deliberaciones del tribunal violaban el derecho a un juicio justo, pero les dio carta blanca en cuanto a su papel en los procedimientos ante el *Conseil d'État*. Más importante aun, y a diferencia de su postura en *Reinhardt y Slimane-Kaid*, no cuestionó el acceso privilegiado de los CdG al boceto de la decisión del magistrado actuante antes de las audiencias.⁷⁸ De este modo, el papel central de carácter procesal de los CdG permaneció en gran medida intacto, y aunque la sentencia en *Kress* ha sido sometida a grandes críticas en la literatura francesa,⁷⁹ también se la ha descrito, más precisamente, como “salomónica”.⁸⁰ Sin embargo, esto no ha llevado a que el *Conseil d'État* implemente el fallo de manera significativa. En otra ronda de exhibición de resistencia, y animado por llamados de la academia para que se implementaran solo “reformas modestas y simbólicas”,⁸¹ el *Conseil d'État* ha interpretado el fallo de manera acotada, leyendo la condena a la “participación” de los CdG en las deliberaciones del tribunal como la posibilidad de que estos “asistieran” a estas deliberaciones en silencio.⁸² Esta estrategia, al igual que la esgrimida por la *Cour de Cassation* en el episodio *Poitrimol*, intentaba incentivar una división en el TEDH: *Kress*

⁷⁷ TEDH, fallo del 7 de junio de 2001 *Kress vs. Francia*.

⁷⁸ Sobre esta práctica, véase la descripción *ibid.*, en [43]; este conflicto no fue recogido en el examen de la violación de la Convención; véase también R. de Gouttes, “L'intervention du Ministère public au cours de la phase d'instruction: La situation à la Cour de Cassation” en I. Pingel y F. Sudre (eds.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable* (Bruselas: Bruylant, 2003) 63, 72-74; B. Genevois, “L'intervention du Ministère public au cours de la phase d'instruction: La situation au Conseil d'État” *ibid.*, 81, 91. Sobre un punto que quedó vago en *Kress*, la manera precisa en que las partes son informadas sobre el tenor de las conclusiones del CdG y pueden responder a ellas, el TEDH y el *Conseil d'État* lo discutieron en otro encuentro; véase Sudre, nota 51 *supra*, 292.

⁷⁹ Véanse solo J. Andriantsimbazovina, “‘Savoir n'est rien, imaginer est tout’: libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droit de l'homme” *Recueil Dalloz* 2001, 2611; V. Harm, “Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme?” *Recueil Dalloz* 2001, 2988.

⁸⁰ R. Drago, nota del fallo, *Recueil Dalloz* 2001, 2624, 2626; véase también Andriantsimbazovina, *ibid.*, 2617.

⁸¹ Drago, *ibid.*, 2626.

⁸² Véase B. Genevois, “L'intervention du Ministère public au cours du délibéré: La situation au Conseil d'État” en Pingel y Sudre”, nota 78 *supra*, 189,196; Sudre, nota 51 *supra*, 291-297. La respuesta francesa tomó la forma de dos directivas del presidente de la división judicial del *Conseil d'État* de 2001 y 2002 y un decreto gubernamental de 2005; véanse TEDH, fallo del 12 de abril de 2006 *Martinie vs. Francia* en [52], y el Decreto Nro. 2005-1586 del 19 de diciembre de 2005, en *Revue française de droit administratif* 2006, 298-299.

fue decidido por una estrecha mayoría de 10 a 7 en la Gran Sala, con una fuerte disidencia; lo que indica que podría haber esperanza para un cambio en el futuro.⁸³ Aun así, Estrasburgo no cedió: en su fallo *Martinie* de 2006, la Gran Sala rotundamente, y con una clara mayoría de 14 a 3, rechazó el recurso y sostuvo *Kress*, insistiendo en que únicamente podría ser interpretado como descalificando no solo la participación activa, sino también la mera asistencia de los CdG.⁸⁴

Los dos episodios que he esbozado aquí, alrededor de *Potrimol* y *Borgers*, nos otorgan una imagen más clara de lo que puede implicar la visión francesa de un *dialogue des juges*. Tal como hemos visto, la práctica francesa en la actualidad sigue rutinariamente la jurisprudencia del TEDH, pero en última instancia refleja lo que en francés se conoce como un “*oui, mais...*” con relación a Estrasburgo,⁸⁵ dado el rechazo a su interpretación en algunos casos con grandes intereses en juego. Las condiciones para este rechazo no están claramente definidas; solo podemos distinguir un límite a la autoridad interpretativa de Estrasburgo en la vaga noción de “principios fundamentales del derecho francés”.⁸⁶ Aun así, es posible que esta vaguedad llegue a ser útil: les permite a los tribunales una gran flexibilidad al poder montar una resistencia contra el TEDH cuando consideren que su interferencia en el derecho francés y en sus instituciones ha ido demasiado lejos, y también pueden tener en cuenta el contexto político, y en especial, las posibilidades de cambiar la jurisprudencia de Estrasburgo, como hemos visto en el ataque emprendido por la *Cour de Cassation* en *Potrimol* y en el desafío que significó la postura del *Conseil d'État* en *Kress*. Por consiguiente, si la idea de “diálogo” favorece a nivel transnacional las conversaciones judiciales sobre interpretación de principios, también abre un espacio para que reine la discreción y el realismo: a saber, un espacio para la política en el ámbito judicial.⁸⁷ El punto de unión entre el orden jurídico francés y el TEDH se encuentra amortiguado por un elemento político — un elemento que no está completamente determinado por el derecho pero que deja la relación, en gran medida, abierta.

⁸³ En cuanto a esta esperanza véase, por ej., Sudre, nota 51 supra, 293.

⁸⁴ TEDH, fallo del 12 de abril de 2006 *Martinie vs. Francia*. véase también, en la misma línea, el fallo de la cámara del 5 de julio de 2005 en *Marie-Louise Loyen y otros vs. Francia* en [63].

⁸⁵ De Gouttes, “Le juge judiciaire...” nota 50 supra, 219.

⁸⁶ Los criterios son similarmente vagos en las posturas de Andriantsimbanzovina, nota 53 supra; Potvin-Solis, nota 53 supra.

⁸⁷ Véase también la observación en Potvin-Solis, *ibid.*, 728.

La adecuación mutua dentro de un orden pluralista

Tal como demuestran los casos de España y Francia, aun en países generalmente considerados como ejemplos de historia constitucionalista, el progreso dirigido a un derecho europeo de los derechos humanos unificado, bien ordenado y con el TEDH en su cúspide no es inequívoco. Los desafíos que se plantean ante la narrativa constitucionalista no son solo fácticos, ya que los tribunales nacionales a veces no siguen los fallos de Estrasburgo, los eluden o malinterpretan. Tienen, por el contrario, una naturaleza de principios: los tribunales locales reivindican el poder de decidir sobre los límites de la autoridad del TEDH, y debido a las vagas indicaciones acerca de cuándo se puede ejercer este poder, aparece esencialmente como uno de carácter discrecional. En este sentido, los casos de España y Francia son muy similares a los de Alemania y Austria que fueron mencionados al principio de este trabajo. El Tribunal Constitucional austríaco encontró los límites a la autoridad de Estrasburgo en los “principios constitucionales de la organización del Estado”⁸⁸ y, según el Tribunal Constitucional alemán, los fallos del TEDH deben ser “tomados en cuenta” por los tribunales alemanes, pero es posible que tengan que ser “integrados”, es decir, adaptados, para adecuarse al sistema jurídico alemán; deben ser completamente ignorados cuando van en contra de la intención legislativa o son contrarios a las “disposiciones constitucionales alemanas”.⁸⁹ De manera que el límite establecido por los alemanes para ignorar las decisiones de Estrasburgo parece ser más restrictivo que en los otros casos considerados, pero los estándares al respecto son similarmente vagos y permiten al Tribunal Constitucional decidir con amplia discreción cuándo quiere que se siga una decisión y cuando no.⁹⁰

En todos esos casos, desde la perspectiva de los tribunales a nivel local, las normas constitucionales nacionales se terminan constituyendo como superiores a las normas europeas de los derechos humanos y los tribunales nacionales surgen como las autoridades finales que determinarán la relación de estos con Estrasburgo. Esto parece ser una verdad en un plano mayor: al preguntárseles sobre su relación con Estrasburgo, veintiuno de los treinta y dos tribunales constitucionales

⁸⁸ Véase el fallo *Miltner*, nota 19 supra.

⁸⁹ Véase el fallo *Görgülü*, nota 1 supra, párrs. 58, 62.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional alemán ha reservado explícitamente su derecho a revisar la interpretación de estas guías por tribunales inferiores, véase *ibid.*, párr. 63.

Europeos que fueron encuestados se declararon no obligados por los fallos del TEDH.⁹¹ Su posición es similar a la adoptada en la actualidad por muchos tribunales al “tomar prestadas” las interpretaciones de los derechos humanos esgrimidas por otros tribunales: esta postura estipula una relación horizontal en la cual el tribunal que toma prestadas estas interpretaciones goza de un poder discrecional y controlador sobre el proceso de recepción.⁹² Esto contrasta con la narrativa constitucionalista, pero se asemeja bastante a la situación existente en el derecho de la Unión Europea, donde, según la interpretación influyente de Neil MacCormick, dos perspectivas sistémicas diferentes entran en conflicto y ambos sistemas jurídicos, el europeo y el nacional, a través de sus respectivos tribunales, reivindican el ejercicio de la autoridad suprema.⁹³ Así, la relación entre los dos niveles se determina no por una regla general, sino por un exceso de oferta de normas que compiten entre sí, entre las cuales las soluciones solo pueden ser encontradas a través de negociaciones políticas, a menudo en forma de política judicial.

Si esto suena altamente conflictivo, la realidad ha demostrado ser bastante armoniosa. Ya hemos visto en los casos de España y Francia cómo, a pesar de la insistencia de los tribunales locales en ejercer su autoridad final, el funcionamiento normal y cotidiano en su relación con el Tribunal de Estrasburgo ha sido últimamente muy cooperativo y la fricción ha sido infrecuente. Este escenario, a pesar de algunas excepciones, parecería generalizable: se considera que las tasas de cumplimiento de los fallos del TEDH son elevadas (a pesar de que faltan estudios sistémicos al respecto)⁹⁴ y los tribunales locales en muchas jurisdicciones normalmente se refieren a la jurisprudencia de Estrasburgo.⁹⁵ Además, en Alemania, a pesar de todas las reservas expresadas, *Görgülü*, insiste en que los tribunales en las instancias inferiores tengan en cuenta — y normalmente apliquen — los fallos de Estrasburgo; en la práctica, los tribunales generalmente los siguen, a

⁹¹ M. Melchior y C. Courtoy, “The Relations between the Constitutional Courts and the Other National Courts, Including the Interference in this Area of the Action of European Courts: Part III” (2002) 23 *Human Rights Law Journal* 327, 327.

⁹² Véanse, por ej., A.-M. Slaughter, “A Typology of Transjudicial Communication” (1994) 29 *University of Richmond Law Review* 99, 124-125; C. McCrudden, “A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights” (2000) 20 *OJLS* 499, 503-510.

⁹³ N. MacCormick, “Beyond the Sovereign State” (1993) 56 *MLR* 1; véase también C. Richmond, “Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law” (1997) 16 *Law and Philosophy* 377.

⁹⁴ Véase Greer, nota 4 supra, 60-135.

⁹⁵ Véanse las encuestas en Blackburn y Polakiewicz, nota 6 supra.

veces sin reconocer abiertamente que están en el origen de un cambio jurisprudencial.⁹⁶ El propio Bundesverfassungsgericht, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, incluso — o especialmente — después de *Görgülü*, ha comenzado a analizar la jurisprudencia de Estrasburgo en gran detalle,⁹⁷ y su presidente ha enfatizado la naturaleza cooperativa de la relación entre los tribunales.⁹⁸

Si queremos entender cómo llegó a darse esta armonía dentro de un sistema pluralista, debemos observar con atención las estrategias judiciales y el juego interno entre los diferentes tribunales. A tal fin, he optado por analizar dos casos en donde el marco formal es obviamente pluralista, lo que claramente deja espacio para que los tribunales locales se distancien de Estrasburgo si así lo desearan. El Reino Unido es un caso en observación, ya que la Ley de Derechos Humanos de 1998 explícitamente deja abierta la jerarquía de los fallos del TEDH; el otro caso para analizar es la Unión Europea, que ni siquiera forma parte del TEDH, a resultas de lo cual todo efecto que emane de los derechos de la Convención en el orden jurídico de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE solo puede ser indirecto. El propósito de esta investigación no es proporcionar una explicación exhaustiva sobre la construcción gradual de la autoridad del TEDH; esto sobrepasaría los límites de este trabajo.⁹⁹ Mi objetivo es más modesto: profundizar en la búsqueda de respuestas en el por qué los diferentes tribunales no han utilizado su espacio discrecional de una manera más conflictiva, y de esta manera, empezar a entender cómo esta estructura pluralista ha favorecido (o entorpecido) la creación de un orden jurídico y político estable en el contexto del TEDH.

Conversaciones judiciales entre tribunales europeos

⁹⁶ Véase nota 15 supra.

⁹⁷ Véase, por ej., Bundesverfassungsgericht, fallo del 13 de diciembre de 2006 1 BvR 2084/05, disponible en <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20061213.lbv208405.html> (última vez visitado el 21 de noviembre de 2007) (sobre la membresía en una asociación de caza).

⁹⁸ H.-J. Papier, "Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa—die Sicht des Bundesverfassungsgerichts" (2005) 124 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht II*, 113, 127; "Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht", nota 2 supra.

⁹⁹ Aún nos faltan estudios generales sobre la construcción de la autoridad del TEDH; para un intento inicial, véase L. R. Heifer y A.-M. Slaughter, "Toward A Theory of Effective Supranational Adjudication" (1997) 107 *Yale Law Journal* 273. Hay mucho más por hacer sobre la Unión Europea; véanse solo A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet y J. H. H. Weiler (eds.), *The European Courts and National Courts* (Oxford: Hart, 1997); K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2001); A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Sorprendentemente, la relación entre el TEDH y el TJUE no es tan diferente a lo visto en el contexto francés y español, aun cuando se basa en fundamentos esencialmente diferentes. En un nivel puramente formal, el TEDH y la Ley de las Comunidades Europeas (CE) han estado desconectados por mucho tiempo: dado que la CE no es parte de la TEDH, las normas de la Comunidad no se encuentran dentro de la jurisdicción de los órganos de Estrasburgo y ni la Convención ni la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo pueden crear obligaciones directas para la CE. Sin embargo, a pesar de esta clara separación, que se caracteriza por un pluralismo formal fuerte, los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo han iniciado un diálogo que, a lo largo del tiempo, ha dado lugar a una convergencia notable entre ambos órdenes jurídicos.¹⁰⁰

Su relación ha evolucionado a lo largo de tres grandes etapas, pero aunque cabe la posibilidad de que este recorrido pueda ser visto como un progreso continuo en su conjunto, este devenir no ha sucedido sin fricciones y retrocesos. Inicialmente, el compromiso entre ambos sistemas jurídicos era muy limitado. En los primeros años, el TJUE se negó a tratar temas referentes a los derechos humanos; solamente cuando surgieron expresiones de preocupación entre los Estados miembros y sus tribunales constitucionales fue que el TJUE empezó a tratar los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, y solo desde mediados de la década de 1970 ha mencionado al TEDH explícitamente.¹⁰¹ A lo largo de este período, y hasta el final de la década de 1980, la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) declaró inadmisibles todas las presentaciones dirigidas en contra de las normas de la Comunidad solo por el hecho de que la Comunidad Europea no era parte de la Convención.¹⁰² Esto se modificó con el incremento de las funciones relevantes para los derechos humanos en la CE y en 1990 la ComEDH sostuvo que los Estados miembros debían asegurar un nivel de protección “equivalente” al que ostentaba el TEDH cuando transfirieron poderes a la CE — un requisito que consideró que se encontraba cumplido en aquel momento.¹⁰³

¹⁰⁰ En este punto, le debo mucho a L. Scheeck, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights” (2005) 65 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 837.

¹⁰¹ Sobre el desarrollo en general, véanse B. de Witte, “Community Law and National Constitutional Values” *Legal Issues of European Integration* 1991:2, 1; A. Stone Sweet, “Constitutional Dialogues in the European Community” en Slaughter, Stone Sweet y Weiler, nota 99 supra, 305, 317-319.

¹⁰² ComEDH, fallo del 10 de julio de 1978 *Confédération Française Démocratique du Travail vs. CE*, de forma alternativa: *Their Member States Decisions and Reports* 13, 231.

¹⁰³ ComEDH, fallo del 9 de febrero de 1990 *M. & Co. vs. Germany Decisions and Reports* 64, 138.

Es así como a principios de la década de 1990, la relación parecía estar en armonía manteniendo las distancias con discreción; y mejoró aun más gracias a los esfuerzos políticos tendientes a hacer que la CE formara parte del TEDH. Estos esfuerzos, sin embargo, se vieron interrumpidos bruscamente en 1995 cuando el TJUE, en su famosa Opinión 2/94, falló que la CE carecía de facultades para poder integrarse al TEDH: su integración en el marco institucional de la Convención (por ejemplo, sometiendo sus órganos, incluido el TJUE, al TEDH) era de importancia constitucional y por lo tanto requería una reforma formal de los tratados.¹⁰⁴ El TEDH respondió con lo que se conoce como un “grito de alerta” para Luxemburgo.¹⁰⁵ En su fallo *Cantoni*, dejó de lado el camino deferente planteado inicialmente y sometió a un profundo escrutinio una disposición francesa que era idéntica a una directiva de la CE; de esta manera, le negaba efectivamente a las normas comunitarias el tratamiento privilegiado que la doctrina de la “protección equivalente” implicaba.¹⁰⁶ En los años siguientes, el TJUE mejoró su jurisprudencia, citando los fallos del TEDH con más frecuencia y en mayor detalle,¹⁰⁷ llegando incluso a utilizarlos en 1998 para sostener, por primera vez, que una norma comunitaria violaba derechos fundamentales.¹⁰⁸ El TEDH, sin embargo, continuó afirmándose: en el caso *Matthews* de 1999, aplicó estándares normales de la Convención con respecto a la exclusión de Gibraltar de las elecciones para el Parlamento europeo, al establecer que el Reino Unido se encontraba en violación del derecho a elecciones libres y justas.¹⁰⁹

En general, el fallo *Matthews* fue visto como una señal de voluntad, por parte de Estrasburgo, de extender su control sobre el área del derecho de la CE con mayor confianza.¹¹⁰ Sin embargo, fue seguido por un período mucho más calmo. A lo largo de los siguientes seis años, el TEDH falló que todas las impugnaciones, directas o indirectas, a las medidas de la Unión Europea eran inadmisibles en base a motivos no relacionados con las

¹⁰⁴ Opinión 2/94 del 28 de marzo de 1996, ECR 1996, I-1759, párrs. 34-36.

¹⁰⁵ Véase D. Spielmann, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities” en P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights* (Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 1999) 757, 773; también véase Scheeck, nota 100 supra, 865.

¹⁰⁶ TEDH, fallo de 22 de octubre de 1996, *Cantoni vs. Francia*.

¹⁰⁷ Véase, por ej., TJUE, fallo del 26 de junio de 1997 C-368/95 *Familiapress* ECR 1997, I-3689, párrs. 24-26.

¹⁰⁸ TJUE, fallo del 17 de diciembre de 1998 C-185/95 *Baustahlgewebe* ECR 1998, I-8417.

¹⁰⁹ TEDH, fallo del 18 de febrero de 1999 *Matthews vs. Reino Unido* párrs. 31-35.

¹¹⁰ Véanse I. Canor, “Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?” (2000) 25 *European Law Review*, 3; Scheeck, nota 100 supra, 866.

características y el estado jurídico de la Unión Europea, dejando así la puerta abierta para el análisis pero evitando provocar fricciones en el caso particular.¹¹¹ Esta postura deferencial ha sido sorprendente algunas veces, por ejemplo en el caso *Emesa Sugar*, en el cual el TJUE se enfrentó a la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el papel del abogado general.¹¹² En *Senator Lines*, otro caso que alcanzó un alto perfil, la evasión se volvió posible cuando el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea anuló la multa pertinente antes de que el fallo de Estrasburgo fuera dictado, lo que generó sospechas con respecto a si la decisión de dicho tribunal podría haberse guiado por factores estratégicos.¹¹³ Viéndolo en su totalidad, el enfoque del TJUE durante este período ciertamente facilitó la actitud cautelosa del TEDH: las referencias a la jurisprudencia de Estrasburgo se habían vuelto normales, varios fallos reflejaron un mayor énfasis en los derechos humanos en oposición a las libertades económicas,¹¹⁴ y en algunas ocasiones que tuvieron una alta repercusión, el TJUE rectificó ciertas inconsistencias entre su jurisprudencia y los fallos del TEDH.¹¹⁵ Este amigable intercambio entre los tribunales reflejó avances políticos — al TEDH se le otorgó un lugar destacado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000;¹¹⁶ y el proyecto del tratado constitucional de 2004 incluía una obligación para que la Unión Europea formara parte de la Convención.¹¹⁷ Sin embargo, cuando fracasó la ratificación de dicho tratado, el TEDH fue al frente y utilizó su fallo en *Bosphorus* para exponer con mayor claridad su visión con respecto a la interrelación con el Derecho de la Unión Europea.¹¹⁸ Al

¹¹¹ Véanse TEDH, fallo del 23 de mayo de 2002 *Segi y Gestoras Pro-Amnistía vs. Alemania y otros*; fallo del 10 de marzo de 2004, *Senator Lines vs. los 15 Estado Miembro de la Unión Europea*; fallo del 13 de enero de 2005 *Emesa Sugar BV vs. Los Países Bajos*; véase también, C. Costello, "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe" (2006) 6 *Human Rights Law Review* 87,94-96.

¹¹² Véase TJUE, *Emesa Sugar*, nota 75 supra; sobre la perspectiva francesa de la misma historia, véase el texto en las notas 67-84 supra.

¹¹³ Véase TPIUE, fallo del 30 de septiembre de 2003 T-191/98 y otros *Atlantic Container Line y otros* ECR 2003 II-3275; véase Scheeck, nota 100 supra, 866-868.

¹¹⁴ ECJ, fallo del 12 de junio de 2003 C-112/00 *Schmidberger* ECR 2003 1-5659; fallo del 14 de octubre de 2004 C-36/02 *Omega Spielhallen* ECR 2004 1-9609.

¹¹⁵ Véanse en especial TJUE, fallo del 22 de octubre de 2002 C-94/00 *Roquette Frères* ECR 2002 1-9011, explícitamente apartándose de lo decidido en TJUE, fallo del 21 de septiembre de 1989 caso C-227/88 *Hoechst* ECR 1989, 2859.

¹¹⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, O. J. 2000 C 364/1, Preámbulo y Artículos 52(3) y 53; véase infra para mayor detalle.

¹¹⁷ Tratado estableciendo una Constitución para Europa, O.J. 2004 C 310, Arts. 1-9 y Parte II. El TEDH intentó permitir esto en el Protocolo Adicional Nro.14.

¹¹⁸ TEDH, fallo del 30 de junio de 2005 *Bosphorus Hava Yollan Turizm vs. Irlanda*, en especial los párrs. 152-158.

aceptar que la “protección equivalente” estaba generalmente asegurada en la Unión Europea, estableció que solo analizaría casos individuales por “deficiencias manifiestas” en la protección de los derechos. En el caso en cuestión, no encontró dichas deficiencias, pero el enfoque da lugar a una considerable flexibilidad para reaccionar a los cambios en el régimen de derechos fundamentales de la Unión Europea, además de apuntar a áreas del Derecho de la Unión Europea que podrían verse sometidas a un escrutinio más intenso en el futuro.¹¹⁹

El producto de estos más de treinta años de interacción son una importante convergencia y armonía, y esto está generalmente aceptado por los analistas, incluido el presidente del TEDH.¹²⁰ El TJUE ha llegado a referirse al TEDH y a los fallos de Estrasburgo de forma regular e incluso los sigue de forma diligente; de la misma manera, el TEDH ha reconocido el nivel satisfactorio y generalizado en cuanto a la protección de derechos en la Unión Europea y con su estándar de “deficiencia manifiesta” ha levantado la vara en las impugnaciones individuales.¹²¹ Sin embargo, esta adecuación mutua sigue siendo una cuestión de elección: el TEDH mantiene su flexibilidad en la aplicación de su estándar; mientras que el TJUE nunca ha reconocido encontrarse atado a la interpretación de Estrasburgo en cuanto al TEDH y en su lugar ha utilizado nociones vagas como “fuente de inspiración” para describir su rango, dejando abierta la posibilidad de apartarse cuando el TJUE lo considere necesario.¹²² Hasta cierto punto, esta postura ha sido ratificada políticamente: en la convención redactora de la Carta de los Derechos Fundamentales, algunos miembros querían ver una referencia sobre la jurisprudencia del TEDH como una guía para la interpretación, pero fue exitosamente rechazado por otros miembros que no querían restringir la autonomía

¹¹⁹ Véase Costello, nota 111 supra, 115-118.

¹²⁰ Véanse O. de Schutter, “L’influence de la Cour européenne des droits de l’homme sur la Cour de justice des Communautés européennes” *CRIDHO Working Paper 2005/07*, 3; Costello, nota 111 supra, 114; Wildhaber, citado *ibid*.

¹²¹ Para otras formas de interacción entre los tribunales, véanse Scheeck, nota 100 supra, 868-877; S. Douglas Scott, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights *Acquis*” (2006) 43 *CMLR* 629, 640-644.

¹²² Véase, por ej., TJUE, *Omega Spielhallen*, nota 114 supra, en [33]. D. Simon, “Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: ‘Je t’aime, moi non plus?’” *Pouvoirs* 2001, Nro. 96, 31, 37, señala que la aceptación del TEDH por el TJUE solo opera “dentro del marco de la estructura y los objetivos de la CE”. Sobre diferentes instancias de la aplicación problemática de la Convención por parte del TJUE, véanse Spielmann, nota 105 supra, 766-770; De Schutter, nota 120 supra, 15-20, 25-26; Douglas-Scott, nota 121 supra, 656-657; C. Costello y E. Browne, “ECHR and the European Union” en U. Kilkelly (ed.), *ECHR and Irish Law* (Bristol: Jordan Publishing, 2004) 35, 41-46.

del TJUE sometiéndolo directamente a otro órgano.¹²³ Al final, la referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo fue incluida solo en las explicaciones de la presidencia.¹²⁴

El resultado en general se encuentra lejos de ser jerárquico y estar bien ordenado: tal vez no llegue a ser de una “complejidad kafkiana”,¹²⁵ pero es ciertamente muy pluralista. Entonces, ¿cómo ha llegado a ser tan armonioso en la práctica? La explicación más obvia empezaría por la particular situación en que se encontraron los tribunales (y en la cual aún se encuentran): a lo largo de su existencia, ambos han sido altamente vulnerables y su autoridad ha sido inestable.¹²⁶ En ese contexto, es posible que el TEDH haya querido tener un mayor control sobre la CE y luego sobre la Unión Europea, dada la brecha en la protección de los derechos humanos que se agrandó con el aumento de las jurisdicciones supranacionales. Pero hacerlo de forma demasiado agresiva habría arriesgado una reacción violenta del TJUE que podría haber perjudicado la posición del TEDH. Moverse con prudencia, recalibrando su aproximación de acuerdo con la reacción del TJUE y a la mayor legitimidad que el contexto le otorgaba, parece haber sido la opción más sensata.¹²⁷ Del mismo modo, para el TJUE, evitar el conflicto con el TEDH era primordial. Su autoridad había sido cuestionada en las décadas de 1960 y 1970 fundamentándose en los derechos humanos y emplear el TEDH fue la forma más obvia de despejar la preocupación de los tribunales, gobiernos y público en el ámbito nacional. De ahí que seguir al TEDH haya sido prudente: para mantener su autoridad, el TJUE tuvo que aceptar los límites impuestos a su autonomía, incluso si lograba que estos frenos fueran limitados, primero al bloquear la adhesión de la CE al TEDH y luego usando fórmulas vagas para describir el rango de la Convención dentro del Derecho comunitario.

¹²³ Véanse J. B. Liisberg, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?” *Jean Monnet Working Paper* 4/01, 7-18; también P. Lemmens, “The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects” (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 49, 50-55. Al final, la referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo fue incluida solamente en las explicaciones de la presidencia; véanse Doc Charte 4473/00 Convent 49, explicación del Art. 52.

¹²⁴ Véanse Doc Charte 4473/00 Convent 49, explicación del Art. 52.

¹²⁵ Véase Douglas-Scott, nota 121 supra, 639.

¹²⁶ Véanse Scheeck, nota 100 supra, 870-873, 880-883; Costello, nota 111 supra, 88-89.

¹²⁷ Traer al TJUE a su lado fue también una forma útil de reforzar el cumplimiento del TEDH dentro de los Estados miembros, por lo menos hasta el punto en el que sus acciones caían dentro del ámbito del Derecho comunitario, y por ende, bajo la supervisión del TJUE. Sobre esto último, véase J. H. H. Weiler y N. S. Lockhart, “Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence” (1995) 32 *CMLR* 51, 579-627.

El giro británico hacia Estrasburgo

Si el TJUE se acercó a Estrasburgo para reforzar su autoridad, parece que la Cámara de los Lores británica apenas necesitaba dicho apoyo: descansando en una tradición centenaria, podría fácilmente ignorar la autoridad adicional (si la hubiera) que los tribunales “europeos” o “extranjeros” tenían para ofrecer. De tal manera, podríamos suponer que, dada la oportunidad, optarían por insistir sobre su autonomía y mantendrían al TEDH a una distancia cómoda.

Pero esto no es precisamente lo que sucedió. Para ser claros, antes de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (LDDHH), la Convención no formaba parte del Derecho británico y los tribunales británicos solamente utilizaban el TEDH de forma limitada, mayormente para clarificar ambigüedades en las leyes y en el *common law*, pero evitando en gran medida cuestiones de revisión judicial sobre acciones administrativas.¹²⁸ Sin embargo, la cuestión cambió radicalmente — sorprendentemente — con la LDDHH: en los pocos años que transcurrieron desde su entrada en vigencia, los tribunales británicos han llegado a recurrir a la Convención y a los fallos del TEDH con una frecuencia y diligencia que no tiene parangón en ningún otro lugar de Europa.¹²⁹ Esto resulta aun más sorprendente ya que la LDDHH solamente obliga a los tribunales locales a “tomar en cuenta” la jurisprudencia de Estrasburgo en la interpretación de estos derechos. Esta fórmula deliberadamente vaga crea oportunidades para que exista divergencia; el gobierno quiso darle lugar a los tribunales locales para que fueran más allá de las interpretaciones de Estrasburgo, pero también, por ejemplo, para que dejaran de lado fallos desactualizados.¹³⁰ Pero la Cámara de los Lores se ha negado a hacer uso de dicho espacio; por el contrario, la posición dominante entre los jueces es una de mucha

¹²⁸ Véanse M. Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* (Oxford: Hart Publishing, 1997) caps. 4 a 6, para un análisis detallado; también K. Starmer y F. Klug, “Incorporation through the Back Door?” 1997 PL 223; R. Blackburn, “The United Kingdom” en Blackburn y Polakiewicz, nota supra, 935, 950-956, 971-991, 999-1003.

¹²⁹ Véanse solo K. Starmer y F. Klug, “Incorporation through the ‘Front Door’: The First Year of the Human Rights Act” (2001) PL 654; C. O’Brien and F. Klug, “The First Two Years of the Human Rights Act” (2002) PL 649. Véase también un análisis más cauteloso en N. Bamforth, “Understanding the Impact and Status of the Human Rights Act 1998 within English Law” *NYU Global Law Working Paper* 10/2004; E. Wicks, “Taking Account of Strasbourg? The British Judiciary’s Approach to Interpreting Convention Rights” (2005) 11 *European Public Law* 405, 410-425.

¹³⁰ Véanse Wicks, *ibid.*, 406-409; R. Masterman, “Taking the Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a ‘Municipal Law of Human Rights’ under the Human Rights Act” (2005) 54 *ICLQ* 907, 912-913.

atención y lealtad hacia los fallos de Estrasburgo. Esta línea se ve reflejada en una opinión de Lord Bingham en 2004:

*Si bien dicha jurisprudencia [la del TEDH] no es vinculante de por sí, se ha sostenido que los tribunales deberían, ante la ausencia de algunas circunstancias especiales, seguir cualquier jurisprudencia que sea clara y constante emanada del tribunal de Estrasburgo... Esto refleja el hecho de que la Convención es un instrumento internacional, cuya correcta interpretación puede solamente emanar con autoridad desde el tribunal de Estrasburgo. De todo esto se establece que un tribunal nacional sujeto a una obligación tal como la impuesta por la sección 2 no debería, sin motivos sólidos, diluir o debilitar el efecto de la jurisprudencia de Estrasburgo.... La obligación de los tribunales nacionales es la de estar en consonancia con la jurisprudencia de Estrasburgo a medida que esta evoluciona a lo largo del tiempo: ni más, ni ciertamente nunca menos que eso.*¹³¹

Fórmulas tales como “circunstancias especiales” o “sin motivos sólidos” aún les dejan a los tribunales una flexibilidad considerable y han llevado a generar “diálogos creativos” con el TEDH, además de abrir rumbos que son puntos de partida que los alejan de las interpretaciones emanadas del TEDH.¹³² Aun así, la Cámara de los Lores sigue las decisiones de Estrasburgo en la mayoría de los casos y esto incluye casos políticamente sensibles como *Av Home Secretary*, donde los Lores encontraron que los poderes legales que habilitaban la detención de sospechosos de terrorismo eran incompatibles con la Convención.¹³³ Incluso en aquellos casos en los que tienen una opinión difícil de conciliar con los fallos del TEDH, generalmente hacen todo lo posible para lograr la reconciliación a través de una exégesis detallada para así mantener la autoridad de los tribunales de Estrasburgo.¹³⁴ Y cuando un veredicto de

¹³¹ Cámara de los Lores, fallo del 17 de junio de 2004 *R vs. Special Adjudicator ex parte Ullah* [2004] UKHL 26, at [20]. Para las primeras declaraciones, véanse los discursos de Lord Slynn en la Cámara de los Lores, fallo del 9 de mayo de 2001 *Alconbury* [2001] UKHL 23, en [26]; fallo del 16 de octubre de 2003 *R vs. Home Secretary ex parte Amin* [2003] UKHL 51, en [44].

¹³² Sobre el diálogo alrededor del caso *Osman* del TEDH, véase Lord Steyn, “2000-2005: Laying the Foundations of Human Rights Law in the United Kingdom” 2005 *European Human Rights Law Review* 349, 361. Sobre fallos disidentes, véase Lord Rodger, en la Cámara de los Lores, fallo del 18 de julio de 2002 *Boyd, Hastie y Spear Saunby y otros* [2002] UKHL 31, en [92] (el fallo en cuestión del TEDH fue visto como basado en información incompleta sobre la situación a nivel local). Para la actitud generalmente leal de Lord Roger, véase la Cámara de los Lores, fallo del 11 de diciembre de 2003 *Attorney General's Reference No. 2 of 2001* [2003] UKHL 68, en [162].

¹³³ Véanse solo la Cámara de los Lores, fallo del 16 de diciembre de 2004 *Av Home Secretary (Belmarsh)* [2004] UKHL 56; fallo del 10 de abril de 2003 *Bellinger vs. Bellinger* [2003] UKHL 21; fallo del 8 de marzo de 2006 *Lambeth and Leeds* [2006] UKHL 10.

¹³⁴ Véanse, por ej., Lord Hope en *Lambeth and Leeds* *ibid.* Pero véase también la postura más ambigua en *R (Hurst) vs. Comisionado de la Policía* [2007] UKHL 13, y en casos que involucran la

Estrasburgo puede entrar en conflicto con la jurisprudencia anterior de la propia Cámara de los Lores, se ven a sí mismos “obligados” a anular el precedente en cuestión.¹³⁵

Esta fuerte lealtad a Estrasburgo es inesperada además por el sentimiento euro escéptico predominante en Gran Bretaña — un sentimiento que podría haber llevado a los Lores a interpretar el lenguaje abierto de la LDDHH con su “tomar en cuenta” como una invitación para iniciar la construcción de su propia jurisprudencia británica sobre los derechos humanos.¹³⁶ Esta alternativa se encontraba fácilmente disponible: podía basarse en los esfuerzos para desarrollar, dentro del marco del *common law*, un “constitucionalismo fundamentado en los derechos” ya emprendido por los tribunales y analistas desde la década de 1980.¹³⁷ Y es precisamente este camino el que el Tribunal de Apelación ha tomado tras la promulgación de la LDDHH. En varios fallos, ha declarado que la LDDHH de 1998 encomienda a los tribunales “a que desarrollen una ley municipal de los derechos humanos mediante el método incremental del *common law*, caso por caso, tomando en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo”; que no debía “adherirse [] como pegamento a los textos de Estrasburgo”; o que su tarea solo consistía en “extraer los principios generales que animan a la Convención”.¹³⁸ En algunos casos, esto ha permitido que el Tribunal de Apelación vaya más allá de la jurisprudencia temprana de Estrasburgo, estableciendo así normas con mayores exigencias;¹³⁹ en tanto que en otros casos, este Tribunal de Apelación ha sido criticado por ignorar la jurisprudencia del

privacidad y la libertad de expresión, por ej., *Campbell vs. MGN* [2004] UKHL 22; G. Phillipson, “Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act” (2003) 66 MLR 726; R. Mulheron, “A Potential Framework for Privacy? A Reply to Hello!” (2006) 69 MLR 679. Agradezco a Carol Harlow por atraer mi atención sobre este último punto.

¹³⁵ Véase, por ej., Lord Brown en *Lambeth and Leeds*, nota 133 supra, en [198].

¹³⁶ Para una sugerencia en esta dirección, véase Masterman, nota 130 supra.

¹³⁷ Véanse M. Loughlin, “Rights Discourse and Public Law Thought in the United Kingdom” en G. W. Anderson (ed.), *Rights and Democracy: Essays in UK-Canadian Constitutionalism* (London: Blackstone Press, 1999) 193; T. Poole, “Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism” (2003) 23 OJLS 435; también Hunt, nota 128 supra.

¹³⁸ Véanse Tribunal de Apelación, fallo del 6 de marzo de 2002 *Tower Hamlets vs. Runa Begum* [2002] EWCA Civ. 239, en [17]; fallo del 27 de marzo de 2002 R (Amin) *Av Home Secretary* [2002] EWCA Civ 390, en [61] [62]; fallo del 17 de mayo de 2001 *Aston Cantlow* [2001] EWCA Civ 713, en [43].

¹³⁹ Véase Tribunal de Apelación, fallo del 5 de noviembre de 2002 *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2002] EWCA Civ. 1533.

TEDH¹⁴⁰ y no llegar a cumplir con lo que este le requería.¹⁴¹ En la Cámara de los Lores, un enfoque similar fue adoptado por Lord Hoffmann, quien insiste en que los derechos de la Convención se han vuelto derechos locales con la sanción de la LDDHH y ya no constituyen derechos internacionales; además, sostiene que ante fallos del TEDH que se basan en una falta de comprensión del derecho británico o que son “fundamentalmente contrarios a la distribución de los poderes conforme a la constitución británica”, los tribunales podrían no estar obligados a seguirlos.¹⁴²

Si bien semejante postura reservada sería esperable, resulta aun más sorprendente que Lord Hoffmann se encuentra bastante solo en su posición dentro de la Cámara de los Lores.¹⁴³ ¿Cómo podemos explicar la fuerte lealtad mostrada por los Lores a Estrasburgo? La respuesta más directa apreciaría las dinámicas del empoderamiento judicial en funcionamiento: al basarse en la autoridad de Estrasburgo, la Cámara de los Lores tuvo la posibilidad de extender el alcance de sus poderes de revisión judicial más allá de lo que era posible en el *common law*—de acuerdo con esta lectura, la LDDHH “desató” a los Lores de las cadenas que anteriormente les había impuesto la supremacía parlamentaria y la separación de poderes. Dicha explicación es plausible si pensamos que, incluso antes de la LDDHH, los tribunales tenían intenciones de reforzar sus poderes de revisión; y los ya mencionados esfuerzos para desarrollar una jurisprudencia de derechos del *common law* ciertamente apoyan esta visión.¹⁴⁴ Sin embargo, esta explicación también plantea problemas. En

¹⁴⁰ Véanse solo Lord Hope en Cámara de los Lores, fallo del 26 de junio de 2003 *Aston Cantlow* [2003] UKHL 37, en [44]- [52]; I. Loveland “Does Homelessness Decision-Making Engage Article 6(1) of the European Convention on Human Rights?” (2003) *European Human Rights Law Review* 176, 191-192.

¹⁴¹ Véanse Lores Bingham, Slynn y Steyn, en *Av Home Secretary ex parte Amin* nota 131 supra, en [32], [45], [50]-[51]; y Lord Bingham en Cámara de los Lores, fallo del 8 de diciembre de 2005 en *Av Homme Secretary (pruebas de tortura)* [2005] UKHL 71, en [51].

¹⁴² Véanse sus discursos en Cámara de los Lores, fallo del 11 de marzo de 2004 *McKerr* [2004] UKHL 12, en [64]-[65]; fallo del 14 de noviembre de 2002 *Rv Lyons* [2002] UKHL 44, en [46]; fallo del 9 de mayo de 2001, *Alconbury* [2001] UKHL 23, en [76]. En vez de basarse en la jurisprudencia de Estrasburgo, con frecuencia opta por recurrir a la tradición de los derechos bajo el *common law*; véase solamente su discurso en *Av Home Secretary (Belmarsh)* nota 133 supra; para un análisis cuidadoso de su posición allí, véase T. Poole, “Harnessing the Power of the Past? Lord Hoffmann and the *Belmarsh Detainees Case*” (2005) 32 *Journal of Law and Society* 534.

¹⁴³ Para una posición similar, véase Lord Hobhouse en *Attorney General's Reference* Nro. 2 de 2001, nota 132 supra.

¹⁴⁴ Le agradezco a Martin Loughlin por atraer mi atención hacia este punto. Véanse Hunt, nota 128 supra, caps. 5 y 6; Loughlin, nota 137 supra, para su evolución, también para los intentos por ajustar el análisis acerca de la acción administrativa para que se parezca más a la prueba de proporcionalidad requerida por el TEDH. Véase también J. A. G. Griffith, “The Brave New World of

primer lugar, no está del todo claro que los tribunales británicos estaban realmente interesados en extender sus poderes de revisión judicial; de lo contrario, no habrían cerrado la puerta a los argumentos del TEDH con tanta determinación como lo hicieron en su fallo *Brind* de 1991.¹⁴⁵ En segundo lugar, y aun más importante para nuestro contexto, el deseo de empoderamiento no necesariamente explica el porqué los Lores deberían haberse atado tan fuertemente a la jurisprudencia de Estrasburgo — después de todo, también podrían haber ampliado sus poderes de revisión basándose en el *common law*, tal como hizo el Tribunal de Apelación, lo cual también les habría preservado un mayor grado de autonomía.

Sin embargo, tal vez el nivel de lealtad hacia Estrasburgo demostrado por la Cámara de los Lores pueda explicarse de manera similar a aquella del TJUE: como un intento por defender su autoridad frente a las impugnaciones. Esto podría llegar a ser contraintuitivo dado que, como se mencionó anteriormente, la autoridad de los Lores, a diferencia de la del TJUE, se fue estableciendo a lo largo de los siglos aún antes que el TEDH fuera creado. Pero el papel de la Cámara de los Lores en la era posterior a la sanción de la LDDHH ha sido esencialmente nuevo: se han transformado en un tribunal cuasiconstitucional con amplios poderes de revisión sobre las acciones ejecutivas y legislativas, lo cual se encuentra en tensión con las concepciones anteriores sobre el papel de los tribunales en la constitución británica.¹⁴⁶ En este nuevo rol, la Cámara de los Lores disfrutó de una autoridad limitada, y es posible que desarrollar una ley municipal de los derechos humanos llegara a parecer demasiado “creativo”, similar a una función legislativa antes que judicial y, por ende, sujeta a un mayor desaffo. En cambio, seguir estrechamente la jurisprudencia de Estrasburgo podría haber ayudado a mantener un papel judicial más claro, uno de “aplicación” de la ley y también puede haber parecido simplemente como la ejecución de un mandato parlamentario.¹⁴⁷ Esto se correspondería bien con el ya visto deseo

Sir John Laws” (2000) 63 MLR 159 y su “The Common Law and the Political Constitution” (2001) 117 LQR 42.

¹⁴⁵ Véase Cámara de los Lores, fallo del 7 de febrero de 1991 *Brind vs. Home Secretary* [1991] 1 AC 696; y el análisis detallado en Hunt, nota 128 supra, cap. 6.

¹⁴⁶ Véase, por ej., A. Tomkins, *Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) 102-125, también en incursiones tempranas sobre el principio de soberanía parlamentaria en el contexto de la Comunidad Europea.

¹⁴⁷ Véase también R. Masterman, “Aspiration or foundation? The status of the Strasbourg jurisprudence and the ‘Convention rights’ in domestic law” en H. Fenwick, R. Masterman y G.

general de los tribunales de ser percibidos como actores no políticos, servidores del derecho pero no creadores autónomos.¹⁴⁸ Por lo tanto, aunque en un nivel sustancial significó aceptar una concepción internacional innovadora de los derechos humanos, atar su mano y limitar (o negar) su discrecionalidad por referencia a Estrasburgo pudo haberles parecido a los integrantes de la Cámara de los Lores la opción más segura en la nueva posición — tentadora pero algo incómoda — en la que la LDDHH los colocó.¹⁴⁹

Las estrategias de adecuación de Estrasburgo

Hasta el momento, la historia de convergencia entre los tribunales locales y el TEDH ha sido contada desde la perspectiva de los primeros, y se han destacado los factores que beneficiaron a los tribunales locales al forjar vínculos estrechos con Estrasburgo. Sin embargo, las ganancias de esta relación cooperativa generalmente han sido mayores para el TEDH. Desde sus inicios, los órganos de Estrasburgo dependían de una postura positiva por parte de las autoridades nacionales; sin las herramientas necesarias para ejecutar las sentencias a su disposición, el cumplimiento de sus fallos tenía que ser esencialmente voluntario. Si el Tribunal y la Comisión querían volverse influyentes, debían establecer, por un lado, su autoridad como intérpretes imparciales y confiables de la Convención; y, por el otro, tenían que cuidarse de no enemistarse con las autoridades nacionales de forma tal que no se generaran reacciones adversas.¹⁵⁰ Esto creó un dilema, ya que la imagen de imparcialidad podría fácilmente verse socavada por la sensibilidad hacia las preocupaciones de los Estados miembros en particular, pero Estrasburgo tuvo la capacidad de navegar entre ambos polos con gran habilidad.¹⁵¹ En sus inicios, esto involucró elementos esenciales de la diplomacia: la Comisión muchas

Phillipson (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 57, 78, 85.

¹⁴⁸ Véase A.-M. Burley y W. Mattli, "Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration" (1993) 47 *International Organization* 41, 72-73; W. Mattli y A.-M. Slaughter, "Revisiting the European Court of Justice" (1998) 52 *International Organization* 177, 196-198; Alter, nota 99 supra, 46.

¹⁴⁹ El enfoque diferente del Tribunal de Apelación y Lord Hoffmann podría deberse a una diferente evaluación sobre cuál es la mejor manera de protegerse de los ataques — para ellos, referirse a las tradiciones nacionales y al derecho consuetudinario podría ser más convincente para los escépticos que los juicios extranjeros. Poole, nota 142 supra, 554-555, 561, ve esta preocupación en la base de la posición de Lord Hoffmann. Esta postura bien podría justificarse dada la disputa política sobre la LDHH; sobre la disputa, véase H. Fenwick, R. Masterman y G. Phillipson, "The Human Rights Act in contemporary context" en id, nota 147 supra, 1, 3-5.

¹⁵⁰ Véanse también Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 307-328.

¹⁵¹ *Ibid.*, 313-314.

veces asumió un papel de mediadora, en lugar de judicial, para el disgusto de muchos juristas, pero con el resultado de disipar los temores de los Estados miembros de que hubiera una implementación muy agresiva de los derechos humanos.¹⁵² Posteriormente, a medida que la función judicial se fue asentando más y más, Estrasburgo desarrolló herramientas doctrinales para navegar temas complicados: el enfoque evolutivo y el margen de apreciación.

Ambas herramientas son bien conocidas; en conjunto, permitieron una expansión incremental del alcance de la Convención, sensible al ritmo de progreso en los Estados miembros, pero en un marco doctrinal, no abiertamente político.¹⁵³ Ya hemos visto un claro ejemplo del enfoque evolutivo en la postura del TEDH frente a los abogados generales; el cambio desde el caso *Delcourt* de 1970 hasta el caso *Borgers* de 1991 se justificaba precisamente por la necesidad de reflejar la “evolución” de los requisitos de un juicio justo.¹⁵⁴ Este dinamismo en la interpretación de la Convención ha sido frecuentemente criticado,¹⁵⁵ y esto es entendible, ya que casi no hay una guía metodológica sobre cómo debe ser aplicado.¹⁵⁶ Después de todo, se trata de una herramienta de política judicial que le otorga al Tribunal la flexibilidad para responder a las circunstancias y oportunidades. La crítica ha sido aun mayor con respecto a la segunda herramienta, la doctrina del margen de apreciación que limita la rigurosidad de la prueba de proporcionalidad al diferir al juicio de los Estados miembros. La extensión de este margen depende de varios criterios; el Tribunal habitualmente hace hincapié sobre el grado de consenso entre los Estados miembros, y en casos particularmente polémicos, ha retrocedido para esperar la cristalización de un enfoque común a nivel europeo, y ha tratado de responder al movimiento político dentro de los Estados miembros involucrados.¹⁵⁷ Sin embargo, la

¹⁵² Véase F.-J. Hutter, “Die Erfolgsgeschichte der EMRK – Vom Nachkrieg zur europäischen Friedensordnung” en Grewe y Gusy, nota 15 supra, 36-54, 46-48.

¹⁵³ Véanse P. van Dijk y G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (La Haya: Kluwer Law International, 3ª ed., 1998) 82-95; A. Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights” (2005) 5 *Human Rights Law Review* 57.

¹⁵⁴ TEDH, fallo del 30 de octubre de 1991 *Borgers vs. Bélgica*, en [24].

¹⁵⁵ Véanse, por ej., F. Matscher, “Methods of Interpretation of the Convention”, en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 63, 69-70.

¹⁵⁶ Esto está admitido incluso por quienes apoyan dicho enfoque; véase, por ej., Mowbray, nota 153 supra, 71.

¹⁵⁷ Véanse H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (La Haya: Kluwer Law International, 1996) 193-196; Y. Arai-Takahashi, “The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR” (Amberes: Intersentia, 2002) 203-204; van Dijk y van Hoof, nota 153 supra, 87-91, también

aplicación de esta doctrina ha expuesto al tribunal a acusaciones de casuística, reforzando la ya importante especificidad del contexto en la prueba de proporcionalidad y, frecuentemente, evitando inferencias generalizables para casos futuros.¹⁵⁸

La crítica a estas herramientas por parte de los juristas que consideran a la coherencia y seguridad jurídica como elementos centrales para el estado de derecho¹⁵⁹ es entendible, pero el valor de la flexibilidad resultante para un tribunal que se encuentra en proceso de establecer su autoridad difícilmente pueda ser sobreestimada.¹⁶⁰ Ayuda a evitar colisiones con los Estados miembros y sus tribunales, al tiempo que mantiene viva la promesa de una protección más efectiva de los derechos humanos en el futuro, de modo que también brinda una alerta a las autoridades nacionales en cuanto al riesgo de que ciertas políticas en particular puedan ser consideradas en el futuro como violaciones. La historia del tratamiento de los transexuales en Gran Bretaña ilustra bien este punto: Estrasburgo era permisivo en 1986, enfatizando la falta de consenso en Europa y el resultante amplio margen de apreciación,¹⁶¹ pero su jurisprudencia se cerró de forma considerable en la siguiente década, advirtiendo a Gran Bretaña de que debía mantener la situación bajo revisión.¹⁶² Cuando la respuesta política fue silenciada e incluso llegó a provocar críticas explícitas por parte del Tribunal de Apelación, el TEDH finalmente falló que había una violación de la Convención sobre la base de un margen de apreciación mucho más reducido.¹⁶³ Aquí el TEDH, en vez de simplemente establecer el derecho, administró el cambio a través del diálogo con las instituciones nacionales que se beneficiaron por la flexibilidad de sus herramientas doctrinales.

sobre varios otros factores que influyen en la magnitud del margen. Véase también el ejemplo de transexualismo mencionado más abajo.

¹⁵⁸ Véanse J. A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights" (2004) 11 *Columbia Journal of European Law* 113,125; Greer, nota 4 supra, 223, 323; también van Dijk y van Hoof, *ibid.*, 91-95.

¹⁵⁹ Véase también, M. R. Hutchinson, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights" (1999) 48 *ICLQ* 638; Brauch, *ibid.*

¹⁶⁰ Véase R. St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation in Macdonald, Matscher and Petzold", nota 155 supra, 83, 122-124; van Dijk y van Hoof, nota 153 supra, 95; Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 316-317; R. Goodman y D. Jinks, "How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law" (2004) 54 *Duke LJ* 621, 702.

¹⁶¹ TEDH, fallo del 17 de octubre de 1986 *Rees vs. Reino Unido*, especialmente párr. 37.

¹⁶² TEDH, fallo del 27 de septiembre de 1990 *Cossey vs. Reino Unido* en [42]; fallo del 30 de julio de 1998 *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido* en [60]. Véase también Arai-Takahashi, nota 157 supra, 72-74.

¹⁶³ TEDH, fallo del 11 de julio de 2002 *Christine Goodwin vs. Reino Unido*.

Sin embargo, estas herramientas no siempre han llevado a una extensión en la protección de los derechos humanos; algunas veces han dado lugar a un retroceso como reacción a las preocupaciones nacionales. Ya hemos visto en este trabajo cómo Estrasburgo modificó y limitó su jurisprudencia con respecto al papel de los abogados generales ante la oposición del *Conseil d'État*.¹⁶⁴ Otro ejemplo es el cambio en la postura del TEDH hacia la implementación de la Convención en el derecho local. La Convención no es explícita acerca de la necesidad de incorporación, pero en la década de 1970, el TEDH describió dicha incorporación como un “reflejo particularmente fiel de la intención de los redactores”.¹⁶⁵ Sin embargo, ante la continua resistencia por parte de un cierto número de Estados miembros (en especial el Reino Unido y los países escandinavos), comenzó a limitarse a afirmar que no había un modo preferencial de acatar la Convención y que la incorporación de esta al derecho local no era obligatoria desde el punto de vista jurídico.¹⁶⁶ Volvió a ser algo más demandante en el fallo *Vermeire* de 1991, donde censuró a Bélgica por no haber modificado su legislación referente a hijos ilegítimos en cumplimiento del fallo *Marckx* de doce años antes.¹⁶⁷ Sin embargo, su enfoque general se mantuvo cauteloso hasta inicios de la década de 2000 cuando las negociaciones en torno al Protocolo Adicional Nro. 14 otorgaron un mayor peso político a las cuestiones de cumplimiento.¹⁶⁸ Es así como en 2004, el Tribunal volvió a emplear un lenguaje más firme, sosteniendo que los Estados estaban obligados a modificar su legislación local si ello fuera necesario para poner fin a las violaciones a la Convención y así cumplir plenamente con las sentencias del TEDH.¹⁶⁹ Además, tras la invitación formulada por el Comité de Ministros perteneciente al Consejo de Europa, también comenzó a identificar problemas sistémicos en los Estados miembros que requerían una

¹⁶⁴ Véase el texto en notas 74-84 supra.

¹⁶⁵ TEDH, fallo del 18 de enero de 1978 *Irlanda vs. Reino Unido* en [239].

¹⁶⁶ Véase, por ej., TEDH, fallo del 21 de febrero de 1986 *James y otros vs. Reino Unido* en [84].

¹⁶⁷ TEDH, fallo del 9 de noviembre de 1991 *Vermeire vs. Bélgica* en [23]-[28].

¹⁶⁸ Véanse Greer, nota 4 supra, 159-165; V. Colandrea, “On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdic Cases” (2007) 7 *Human Rights Law Review* 396.

¹⁶⁹ TEDH, fallo del 17 de febrero de 2004 *Maestri vs. Italia* en [47]; fallo del 8 de abril de 2004 *Assanidze vs. Georgia* en [198]; véase también *Recommendation Rec. (2004) 6* del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el mejoramiento de los recursos locales, del 12 de mayo de 2004.

respuesta legislativa más amplia.¹⁷⁰ Esto todavía se queda corto en comparación con su enfoque inicial y ciertamente no refleja un deber general de incorporar la Convención, pero sí demuestra la particular sensibilidad del Tribunal hacia el proceso político y su disposición para reaccionar tanto frente a la resistencia como ante el aliento. Después de todo, el proceso de adecuación de la estructura del TEDH no es un camino único que conduce hacia una mayor autoridad por parte de Estrasburgo; en realidad, es un proceso mutuo en que las señales de los actores políticos, incluidos los tribunales, retroalimentan la jurisprudencia del TEDH.

El atractivo del pluralismo

Como hemos visto, en el funcionamiento diario del régimen europeo de los derechos humanos, la estructura pluralista del derecho europeo de los derechos humanos ha producido, en gran parte, armonía y convergencia, y no conflicto y fricción. Los diferentes tribunales involucrados no han hecho un uso agresivo de su espacio para la discrecionalidad; todo lo contrario, han intentado adecuarse unos a otros en el marco de una relación cooperativa. Pero, ¿esto sucedió a pesar de, o quizás debido a la estructura pluralista?

El éxito del régimen europeo de los derechos humanos

En un nivel, este éxito tiene poco que ver con la estructura institucionalista del régimen, sino que es el resultado de circunstancias políticas favorables. El TEDH se benefició mucho del ambiente geopolítico, ya que este permitió a los Estados europeos de occidente demostrar su compromiso con los derechos humanos ante el desafío soviético.¹⁷¹ Dentro de Europa, la ausencia de un poder concentrado facilitó el funcionamiento del mecanismo de la Convención: ninguno de los Estados miembros más poderosos podía esperar ver sus preferencias perfectamente reflejadas en la Convención; el Reino Unido, Francia y Alemania tuvieron que aceptar que la jurisprudencia del TEDH se basara

¹⁷⁰ TEDH, fallo del 22 de junio de 2004 *Broniowski vs. Polonia* en [189]-[194]; *Resolution Res. (2004) 3* del Comité de Ministros sobre fallos que revelen un problema sistémico subyacente, del 12 de mayo de 2004.

¹⁷¹ Véanse A. W. B. Simpson, "Britain and the European Convention (2001) 34 *Cornell International Law Journal* 523, 542-54; D. Nicol, "Original Intent and the European Convention on Human Rights" 2005 PL 152; también A. Moravcsik, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe" (2000) 54 *International Organization* 217, 242.

en tradiciones diferentes.¹⁷² Además, durante la mayor parte de la vida de la Convención, sus miembros (en ese entonces principalmente europeos occidentales) compartían sistemas políticos relativamente homogéneos, así como valores culturales similares;¹⁷³ el aumento de la convergencia internacional en relación con el contenido de los derechos humanos — identificado, por ejemplo, con el aumento de la práctica de tomar prestadas sentencias judiciales transnacionalmente — fue de ayuda adicional.¹⁷⁴ En esta situación, la divergencia entre los Estados miembros era limitada, las violaciones generalmente no eran muy graves y los fallos con respecto a violaciones no estaban particularmente concentrados. A pesar de que algunos países perdieron más seguido que otros en Estrasburgo, ninguno de ellos fue una clara excepción que podría haber desafiado el sistema o que podría haber hecho de la resistencia una posición rutinaria.¹⁷⁵ Más allá de eso, los Estados miembros tenían suficiente participación en el sistema como para aceptar alguna derrota ocasional. Sus intereses en él eran muy variados, desde aumentar sus credenciales sobre derechos humanos en occidente hasta difundir sus propios valores, proteger los logros de los desafíos a los derechos humanos que pudieran surgir en el interior de sus Estados y señalar su compromiso con la democracia liberal, para así ingresar (o mantener su membresía) en el club de occidente.¹⁷⁶ Para la mayoría de los países, y durante la mayor parte del tiempo, estos beneficios de pertenencia superaron los costos y gradualmente las preocupaciones sobre la reputación terminaron por consolidar el régimen.

La estructura formal del régimen tuvo poco impacto en todo esto, excepto, por supuesto, en los costos para los Estados miembros — el alcance de las obligaciones en el marco de la Convención y la probabilidad de que se dicte que hubo una violación de dicho ordenamiento. El diseño

¹⁷² Sobre los problemas de los súper poderes para la participación en los regímenes internacionales de derechos humanos, véase A. Moravcsik, "Why Is U.S. Human Rights Policy So Unilateralist?" en S. Patrick y S. Forman (eds.), *Multilateralism and U. S. Foreign Policy* (Boulder: Lynne Rienner, 2002) 345, 348-350.

¹⁷³ Sobre la importancia de este punto, véanse R. Bernhardt, "Commentary: The European System" (1987) 2 *Connecticut Journal of International Law* 299, 299-300; E. A. Posner y J.C. Yoo, "Judicial Independence in International Tribunals" (2005) 93 *Calif LR* 1, 55; pero véase también un análisis más cauteloso en Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 335-336.

¹⁷⁴ Sobre el traspaso de términos judiciales, ver nota 92 supra.

¹⁷⁵ Cuando esto le pudo haber pasado a Grecia, Grecia dejó el sistema de la Convención; véase Greer, nota 4 supra 26. Turquía, el otro aislado sistemático, tuvo un interés particular en demostrar su respeto hacia los derechos humanos.

¹⁷⁶ Véanse Simpson, nota 171 supra; Moravcsik, nota 171 supra; Gusy, nota 15 supra; también E. Voeten, "The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights" (2007) 61 *International Organization* 669.

inicial del TEDH mantuvo estos costos en un nivel bajo: la Convención reflejaba consensos mínimos y muchos Estados miembros creían que no requerían cambios en sus normas e instituciones locales.¹⁷⁷ Como hemos visto, los órganos de Estrasburgo fueron cuidadosos en no aumentar dichos costos de forma repentina: si bien los derechos de la Convención fueron aumentado con el tiempo, lo hicieron de una manera incremental que nunca se apartó demasiado del nivel de protección de los derechos ya consolidado en los Estados miembros. De esta manera, el enfoque evolutivo de la interpretación y el margen relacionado con la doctrina de la apreciación — herramientas políticas centrales en un ordenamiento pluralista¹⁷⁸ — posiblemente ayudaron en gran medida a estabilizar el régimen europeo de los derechos humanos.¹⁷⁹ La mayoría de los observadores lo reconoce, aun cuando tengan simpatías con el constitucionalismo y sean escépticos de la naturaleza política de dichas herramientas.¹⁸⁰

Sin embargo, quizá podamos encontrar un efecto más amplio de pluralismo cuando volvamos a centrarnos en el foco de las secciones anteriores: la interacción de los tribunales. Los tribunales han desempeñado un papel crucial en el desarrollo del régimen general, tanto a nivel europeo, donde el Tribunal de Estrasburgo ha estimulado un cambio a gran escala, como a nivel local donde los tribunales han afianzado la Convención a las sociedades locales. Los estudios sobre la influencia de las normas internacionales de los derechos humanos generalmente le otorgan un gran peso a “la institucionalización y la habitualización” a nivel local;¹⁸¹ y los tribunales son ampliamente considerados como centrales para los microprocesos de implementación y cumplimiento en la resolución de conflictos transnacionales.¹⁸² Por la fuerza que posee el estado de derecho en la mayoría de los Estados miembros de la Convención, el incumplimiento de las decisiones de los tribunales locales trae aparejado un costo muy alto para los actores

¹⁷⁷ Hutter, nota 152 supra, 42-45.

¹⁷⁸ Véanse Delmas-Marty nota 7 supra, 71-74; y texto en nota 153-163 supra.

¹⁷⁹ Véanse Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 314-317 y Goodman y Jinks, nota 160 supra, 702. Véase también Hutter, nota 152 supra, 46-48, sobre el trabajo inicial de la Comisión.

¹⁸⁰ Véanse Greer, nota 4 supra, 214 y van Dijk y van Hoof, nota 153 supra, 95.

¹⁸¹ T. Risse y S. C. Ropp, “International human rights norms and domestic change: conclusions” en T. Risse, S. C. Ropp y K. Sikkink (eds.), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 234, 249-250, 277.

¹⁸² R.O. Keohane A. Moravcsik y A.-M. Slaughter, “Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational” (2000) 54 *International Organization* 457, 478.

políticos; si un tribunal local le da efecto a un fallo del TEDH, a menudo garantiza el cumplimiento de manera más amplia.¹⁸³

La toma de decisiones de los tribunales

Entonces, ¿cómo es que la estructura pluralista del régimen europeo de los derechos humanos ha influido en la probabilidad de cooperación entre los tribunales? Si el accionar de un tribunal estuviera determinado primordialmente por normas formales, esperaríamos que los tribunales locales se mostraran predispuestos a seguir las decisiones de Estrasburgo más fácilmente en un ordenamiento constitucionalista en el cual las normas europeas tengan primacía sobre las domésticas. Pero nuestro pequeño estudio sobre diálogos judiciales ya ha demostrado que el esquema formal solo desempeña un papel limitado. En Francia, a pesar de la supremacía del TEDH sobre las normas locales, los tribunales han sido reacios a ejercer su poder de revisión; por el otro lado, el TJUE le ha dado efecto a la jurisprudencia del TEDH a pesar de la ausencia de una base formal para hacerlo. Esto se corresponde con la observación de que la incorporación de la Convención no es un factor dominante para su cumplimiento.¹⁸⁴ Por supuesto, esto no implica que la forma sea completamente intrascendente: el ejemplo del Reino Unido muestra claramente que la ausencia de un mandato formal de aplicar los fallos del TEDH ha hecho que los tribunales sean renuentes a aplicarlos; y que solo tras la promulgación de la LDDHH se sintieran autorizados a hacerlo. Sin embargo, si bien la forma ciertamente desempeñó un papel en establecer los límites del accionar de los tribunales, no constituyó un factor determinante¹⁸⁵ — una conclusión que es consistente con los estudios sobre otros tribunales superiores.¹⁸⁶

Pues entonces, ¿cuáles son los otros factores que probablemente hayan tenido un impacto en el accionar de los tribunales frente a Estrasburgo? Los estudios de los tribunales sugieren que el proceso de toma de decisiones se encuentra típicamente influenciado por tres

¹⁸³ Greer, nota 4 supra, 279.

¹⁸⁴ Véanse Lambert, nota 7 supra, 209, 378-379; Queralt Jiménez, nota 24 supra, 217; Greer, nota 4 supra, 83-85 (aunque con problemas metodológicos); y el enfoque en Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 306-307.

¹⁸⁵ Véase también J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (Berlín, Heidelberg: Springer-Verlag, 1993) 331.

¹⁸⁶ Véanse J. L. Gibson, "Judicial Institutions" en R. A. W Rhodes, S. A. Binder y B.A. Rockrnan (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 515, 518; sobre el contexto del derecho comunitario, Mattli y Slaughter, nota 148 supra, 203.

grupos de factores: actitudinales, normativos y estratégicos.¹⁸⁷ Todos ellos también parecen ser relevantes en nuestro contexto, aunque su peso relativo es difícil de determinar ante la ausencia de estudios más amplios e integrados sobre la toma de decisiones en los tribunales analizados en este trabajo.¹⁸⁸ Estas tres categorías deberían, sin embargo, brindar un punto de partida útil para explorar con mayor profundidad.

Actitudes

Los estudios norteamericanos sobre los tribunales, particularmente con respecto a la Suprema Corte de los Estados Unidos, generalmente describen el proceso de decisión judicial como uno muy influenciado por las posturas ideológicas y políticas de los jueces.¹⁸⁹ Es posible que esto se vea reflejado en los tribunales europeos, pero probablemente de una forma más débil por razones institucionales y culturales.¹⁹⁰ Además, las principales divisiones dentro del TEDH reflejan en sí mismas un espectro de activismo-moderación más que un espectro de izquierda-derecha y por lo tanto son más difíciles de graficar de acuerdo con las divisiones políticas dominantes. Hasta cierto punto, sin embargo, las dos dimensiones parecen estar vinculadas, y podemos esperar que los jueces con tendencias de izquierda se inclinen más positivamente hacia los fallos de Estrasburgo, los cuales extienden la protección de los derechos y trascienden los límites nacionales.¹⁹¹ También es probable que, en promedio, los jueces conservadores tengan actitudes nacionalistas más fuertes, que los vuelvan más escépticos del control del TEDH como una cuestión de principios. Y se podría sospechar también que los jueces

¹⁸⁷ Gibson, nota 186 supra; véase también M. Shapiro, "Political Jurisprudence" en M. Shapiro y A. Stone.

Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 19.

¹⁸⁸ Existen algunos intentos sobre esto; véanse, por ej., G. Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005); P. C. Magalhães, *The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies*, disertación doctoral, Universidad de Ohio, 2003 en <http://www.ohiolink.edu/etd/send-pdf.cgi?Posul046117531> (visitado por última vez el 21 de noviembre de 2007), en especial cap. 7 y Alter, nota 99 supra. Véanse también, para otros estudios relativos al tema, C. Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber* (Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1984); C. Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison* (Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1988); A. Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Court in Comparative Perspective* (Oxford: Oxford University Press, 1992); A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

¹⁸⁹ Por ej., J. A. Segal y H.J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (Nueva York: Cambridge University Press, 1992).

¹⁹⁰ Voeten, nota 176 supra, 680; pero véanse también los análisis sobre Portugal y España en Magalhães, nota 188 supra, 293-315.

¹⁹¹ Véase Voeten, nota 176 supra, 677-678.

locales, más allá de sus posiciones políticas, a menudo se encontrarán propensos a considerar las soluciones consagradas en su propio derecho como superiores a las provenientes de una fuente extranjera, en parte simplemente porque están acostumbrados a aplicar el derecho local y tienen internalizado su presunto valor. Esto podría dar lugar a un sesgo bipartidista contra los intentos de cambio por parte de Estrasburgo.

Compromisos normativos

La mayoría de los estudios sobre los tribunales también demuestran cómo las preferencias políticas de los jueces están extremadamente condicionadas por las creencias que estos poseen sobre cuál es el papel que deben cumplir los tribunales.¹⁹² En cuanto a la postura de los tribunales locales con respecto al TEDH, esto funcionará de diferentes maneras. En primer lugar, cuanto más valoren los jueces la moderación judicial vis-à-vis los poderes políticos, menos van a aprobar los intentos por parte de cualquier tribunal, incluyendo el de Estrasburgo, de controlar a la política. Podemos ver esto reflejado, por ejemplo, en la reticencia de los tribunales británicos y del *Conseil d'État* francés en usar el TEDH para extender sus poderes de revisión, aunque tuvieron oportunidades formales de hacerlo; es probable que las ideas sobre la supremacía parlamentaria hayan desempeñado un papel influyente en estos casos.¹⁹³ Incluso más importante en este contexto, los jueces locales, quienes conviven en un ámbito con una constitución nacional, usualmente van a tener internalizada la visión de que la constitución nacional es el punto final de referencia, donde a nivel local los tomadores de decisiones y los jueces tienen la palabra final. Sus compromisos institucionales, entonces, van a reflejar cierto escepticismo con respecto a los pedidos de una supremacía supranacional.¹⁹⁴ En tercer lugar, los compromisos normativos también se derivarán de las concepciones de los jueces sobre las formas apropiadas de argumentación y persuasión; después de todo, es una determinada forma de razonar la que distingue a las decisiones judiciales de aquellas de carácter político.¹⁹⁵ Gran parte

¹⁹² Por ej., Gibson, nota 186 supra, 518-521; véase también Shapiro y Stone Sweet, nota 187 supra, Parte 2, acerca de la dependencia del recorrido y la jurisprudencia en el proceso de la toma de decisiones jurídica.

¹⁹³ Véase el texto en nota 52, 128 y 145 supra.

¹⁹⁴ Véase N. MacCormick, "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now" (1995) 1 *European Law Journal* 259, 264-265.

¹⁹⁵ Véase M. Shapiro, "The Success of Judicial Review and Democracy" en Shapiro y Stone Sweet, nota 187 supra, 149, 165-176.

del éxito del TJUE ha sido atribuido a su destacada autonomía con respecto a la política, así como su estilo formal de razonamiento,¹⁹⁶ y en la cultura jurídica europea, generalmente formalista, resulta probable que este factor también haya influido en la recepción de los fallos del TEDH.¹⁹⁷

Consideraciones estratégicas

El tercer grupo de factores que usualmente se considera relevante para la toma de decisiones judiciales es de naturaleza estratégica. Dentro de este grupo se destaca la persecución de las metas personales de los jueces, tales como asegurarse la re-elección, pero también, y tal vez principalmente, consolidar la posición, autoridad y legitimidad del tribunal al que pertenecen como institución.¹⁹⁸ La importancia de dichos factores estratégicos en el contexto supranacional se ha demostrado con respecto a la Unión Europea, donde el derecho europeo movilizó a los tribunales locales de instancias inferiores al darles oportunidades de ejercer una mayor influencia institucional; en contraste, los tribunales nacionales de instancias superiores frecuentemente rechazaron mayores poderes de revisión por sobre las ramas del poder político ya que usar el derecho europeo con este propósito habría implicado una pérdida de su posición como la máxima autoridad en la jerarquía jurídica, cediendo autonomía a favor del TJUE.¹⁹⁹ Un deseo de preservar la autonomía también parece estar en juego en este contexto, y esto es particularmente evidente en los esfuerzos de los tribunales en retener formalmente la última palabra sobre la decisión de seguir o no las decisiones de Estrasburgo — un punto en el que todos los tribunales aquí analizados han insistido. Del mismo modo, en todos los casos analizados, reforzar la autoridad de los tribunales parece haber sido importante, siendo esto especialmente obvio en el caso del Tribunal Constitucional durante la transición española, y para el caso del TJUE al enfrentarse a los desafíos planteados por los tribunales locales. Pero como los casos británicos y franceses demuestran — y una conclusión similar se puede aplicar en el

¹⁹⁶ J. H. H. Weiler, "A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors" (1994) 26 *Comparative Political Studies* 510, 520-521.

¹⁹⁷ Véase Heifer y Slaughter, nota 99 supra, 312-314, 318-323, 326-328.

¹⁹⁸ Por ej., L. Epstein y J. Knight, "Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics" (2000) 53 *Political Research Quarterly* 625; Alter, nota 99 supra, 45-47; véanse también Mattli y Slaughter, nota 148 supra, 190-194; y Gibson, nota 186 supra, 521-530.

¹⁹⁹ Véanse J. H. H. Weiler, "The Transformation of Europe" (1991) 100 *Yale LJ* 2403, 2426; Burley y Mattli, nota 148 supra, 63-64; en el mismo sentido, pero con análisis más matizados, véanse Mattli y Slaughter, nota 148 supra, 190 y Alter, nota 99 supra, 45-52.

caso de los tribunales franceses en el contexto europeo²⁰⁰ — esto no siempre se traduce en estrategias de expansión institucional. Los tribunales no siempre se ven inclinados a extender sus poderes, aun cuando el contexto formal así lo permita; las convicciones sobre el lugar adecuado que deben ocupar, consideraciones de legitimidad o el temor a reacciones adversas²⁰¹ pueden llegar a evitar que actúen de dicha forma.

El impacto del pluralismo

Entonces, ¿cuál ha sido el efecto de la estructura pluralista sobre estos diferentes factores en el contexto del TEDH? Como se mencionó anteriormente, en comparación con el constitucionalismo, el pluralismo aparece como la opción más débil con respecto a la *forma*; ahora bien, la forma solo parece haber desempeñado un papel limitado. En cuanto a los otros factores, el panorama no es inequívoco, pero revela una serie de ventajas considerables de una estructura pluralista.

Esto ya era visible cuando consideramos las *actitudes* de los jueces. Como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia del TEDH no es fácilmente clasificable como de izquierda o de derecha, pero en muchos casos, el activismo de Estrasburgo será acogido más fácilmente por la izquierda local. En la medida en que las actitudes políticas desempeñan un papel en los tribunales, es probable que la resistencia nacional al TEDH sea más pronunciada entre los jueces conservadores; y esta resistencia debe atenuarse por el incrementalismo característico de un ordenamiento pluralista. Después de todo, el incrementalismo sirve para limitar las exigencias de cambio; reduce el grado de los desafíos y da lugar a un proceso lento de socialización en la concepción de derechos de Estrasburgo. Asimismo, en la medida en que podamos suponer que los jueces locales tienen una preferencia por soluciones consagradas en sus propias leyes por sobre las que emanan de una fuente extranjera, el incrementalismo suaviza el golpe; solo exige cambios limitados en un momento dado y también reacciona a la evolución del derecho a nivel local.

Las ventajas de un ordenamiento pluralista también surgen con respecto a los *compromisos normativos* de los jueces. Nuevamente, el incrementalismo limita el desafío al que se enfrentan los jueces que favorecen la moderación judicial vis-à-vis las decisiones políticas y

²⁰⁰ Véase Alter, *ibid.*, 141-142.

²⁰¹ Sobre el riesgo de reacciones adversas frente a la incorporación judicial del TEDH en el Reino Unido antes de la LDDHH, véase Starmer y Klug, nota 128 supra, 233.

aquellos que tienen un compromiso con la constitución nacional como último punto de referencia. Y otra característica distintiva de los pluralismos es su disposición a dejar las cuestiones de principio abiertas, lo cual reduce aun más los problemas para este último grupo; su insistencia en la supremacía nacional como instancia última no se cuestiona categóricamente, como sí lo sería en un ordenamiento constitucionalista; el pluralismo, en cambio, busca trabajar alrededor de todo esto. Sin embargo, desde una perspectiva de argumento y persuasión, el pluralismo parece más ambivalente. El elemento incremental sin duda ayuda a ajustar las exigencias supranacionales a lo que los tribunales locales parecen estar dispuestos a aceptar, pero el componente político más fuerte del pluralismo también podría dificultar la persuasión: puede hacer que un tribunal internacional aparezca como un órgano político y, de este modo, empañar sus argumentos jurídicos. Escapar de esas apariencias a la vez que se resguarda la sensibilidad política implica caminar en una línea peligrosamente delgada.

También resulta algo ambiguo el papel del pluralismo cuando se trata de *factores estratégicos*. Al dejar en claro el elemento de discreción y elección, evita que los tribunales locales se oculten completamente detrás de una decisión de Estrasburgo para justificar una ampliación propia de los poderes de revisión; cualquier ampliación de este tipo requiere una defensa basada en motivos adicionales. Pero si un tribunal local tiene una posición más fuerte que el organismo internacional, en realidad podría llegar a beneficiarse de la disociación que el pluralismo trae consigo.²⁰² Por otro lado, existen ventajas más claras con respecto al deseo de los tribunales de defender su autonomía: el ordenamiento pluralista, a diferencia del constitucionalista, permite a los tribunales locales insistir en su autoridad final, y lo han hecho en todos los casos aquí estudiados. Sin la posibilidad de tal insistencia, la adecuación pragmática de todos los sectores habría sido considerablemente menos probable.

En suma, entonces, la contribución del pluralismo a la estabilidad del régimen europeo de los derechos humanos parece significativa. Es posible que no podamos cuantificar el papel de los diferentes factores presentados en este trabajo ni determinar su peso relativo para los tribunales involucrados; esto requeriría un extenso estudio comparativo

²⁰² Es posible que esto haya influenciado la postura del Tribunal de Apelación en el Reino Unido; véase nota 149 supra.

del proceso de decisión de dichos tribunales. Pero la discusión ha demostrado que en la serie de cuestiones que podemos suponer que a los tribunales locales les importan, el incrementalismo y el carácter abierto del pluralismo pueden bien haber llegado a funcionar en beneficio de la totalidad del régimen. Puede que no siempre haya parecido demasiado atractivo o convincente para el activista de derechos o para el cosmopolita acérrimo; pero también habrá sido menos amenazante para los conservadores y los nacionalistas comprometidos quienes, de otro modo, hubieran buscado frustrar el proceso. Al dejar algunas preguntas fundamentales sin respuesta, es posible que el pluralismo haya permitido una forma más amable, y en última instancia, más exitosa, de involucrar una variedad de actores en la creación de un ordenamiento postnacional —al menos en condiciones que, tal como en el régimen europeo de los derechos humanos, han sido lo suficientemente favorables como para permitir que los tribunales y sus diálogos desempeñaran un papel central en ese proceso.

Conclusión

La narrativa constitucionalista de la evolución del régimen europeo de los derechos humanos, expresada con tanta fuerza en las reacciones al fallo de *Görgülü*, ha llegado a parecerse más una historia de esperanza que a un reflejo de la realidad. Si bien las leyes nacionales y europeas de derechos humanos se han vinculado cada vez más y los tribunales nacionales siguen regularmente las decisiones de Estrasburgo, esto no resulta en el surgimiento de un sistema unificado y jerárquicamente ordenado en términos constitucionalistas. Por el contrario, tal como hemos visto a lo largo de nuestro estudio de casos, los tribunales locales insisten en la supremacía de su propio ordenamiento jurídico por sobre la legislación europea de los derechos humanos y así han creado una zona de discreción para decidir si respetar o no una sentencia del TEDH, permitiéndoles negociar con Estrasburgo sobre cuestiones con respecto a las cuales tienen fuertes convicciones. Sin embargo, a pesar de esta divergencia en los fundamentos, la interacción entre los diferentes niveles del derecho ha sido notablemente armoniosa y estable. Apenas han habido confrontaciones directas; en cambio, la adecuación y las convergencias mutuas han sido la norma, facilitadas por las estrategias flexibles y receptivas de los tribunales involucrados, y especialmente del propio TEDH.

Al inicio, esto resulta sorprendente ya que el pluralismo, a diferencia del constitucionalismo, frecuentemente se asocia con el desorden y el riesgo de fricción. Sin embargo, como hemos visto, la estructura pluralista del régimen europeo de los derechos humanos parece haber creado circunstancias favorables para un diálogo generalmente armonioso entre los tribunales locales y europeos. En particular, el fuerte incrementalismo que permite el pluralismo ha limitado la magnitud de las exigencias de adecuación de los tribunales nacionales, y es probable que haya prevenido la extralimitación por parte de Estrasburgo, y en consecuencia, el riesgo de una reacción adversa. Del mismo modo, el pluralismo ha tenido en cuenta el deseo de los tribunales nacionales de mantener su autonomía; en principio, les ha permitido que insistan sobre su rango superior y a la sombra de este rango, que otorguen concesiones graduales y pragmáticas. De esta forma, al dejar las cuestiones de principio abiertas, la estructura pluralista ha limitado el antagonismo entre las diferentes instituciones involucradas y las ha ayudado a pasar a otra etapa en la cual puedan beneficiarse mutuamente de una relación cooperativa.

Al respecto, entonces, la experiencia del régimen europeo de los derechos humanos visibiliza el atractivo de las formas de ordenamientos pluralistas en constelaciones postnacionales en general. En situaciones donde hay una fuerte presencia de conflictos y las autoridades no se encuentran firmemente establecidas, un ordenamiento pluralista puede contribuir a la transformación del régimen a lo largo del tiempo y permitir la capacidad de respuesta a diferentes actores de acuerdo con su peso político y legitimidad pública. Al dejar sin respuesta las cuestiones sobre normas fundamentales y de última autoridad, el pluralismo podría llegar a darle al derecho postnacional la flexibilidad que necesita para lidiar con los conflictos de principios — estos conflictos podrían llegar a ser más fáciles de sortear que en un ordenamiento constitucional construido sobre la base del ideal de que estas cuestiones se resuelven de una forma u otra.

Esto no sugiere soluciones fáciles para otras áreas de gobernanza postnacional: como hemos visto, el entorno político en el cual opera el régimen europeo de los derechos humanos es particularmente favorable, y sus experiencias, por ende, no son fácilmente transferibles. No obstante, los beneficios de un ordenamiento pluralista en este contexto, indican que, en un esfuerzo por dominar la política indisciplinada, no deberíamos aceptar tan rápidamente los llamados en favor de un constitucionalismo

postnacional basado en un estado de derecho integral. Dadas las circunstancias de la gobernanza postnacional, un ordenamiento pluralista que permite el espacio necesario para la política en la determinación de cuestiones fundamentales podría llegar a ser más apropiado.²⁰³

²⁰³ Para una exploración inicial de los amplios temas normativos del pluralismo en el marco de la gobernanza global, véase Krisch, nota 13 supra, 263-277.