

# Las técnicas de cohabitación en una comunidad de intérpretes finales

§

Calogero Pizzolo<sup>1</sup>

---

Sumario:

1.- Las relaciones interordinamentales y el conflicto por la última palabra: la formación de normas interconectadas y el desarrollo de una comunidad de intérpretes finales. 2.- Las técnicas de cohabitación y el reconocimiento de una “protección equivalente” entre los integrantes de la comunidad (el *método Solange*). 3.- Un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional: el principio de “identidad constitucional” o de los *controlimiti*. 4.- Afirmación de un “margen nacional de apreciación” por parte de los intérpretes supranacionales que integran la comunidad de intérpretes finales. 5.- La “interpretación conforme”. 6.- La relación horizontal entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 7.- La relación vertical entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales y Supremos. El *dilema Melloni*: admitir o no un nivel *menor* de protección en la interpretación de derechos.

---

## 1. Las relaciones interordinamentales y el conflicto por la última palabra: la formación de normas interconectadas y el desarrollo de una comunidad de intérpretes finales.

El escenario jurídico del presente se encuentra fragmentado, según podemos observar, entre una diversidad de sistemas jurídicos autónomos los cuales, lejos de encontrarse separados e incommunicados, se encuentran conectados entre sí influyéndose recíprocamente.<sup>2</sup> En el contexto de *normas interconectadas*<sup>3</sup>, el proceso de fragmentación permite la formación de una *comunidad de intérpretes finales*. Siguiendo las palabras de los jueces constitucionales italianos en referencia a la UE, con la ratificación de los Tratados fundacionales, se “ha entrado a formar parte de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno”.<sup>4</sup> En igual sentido, se

---

<sup>1</sup> Estudios postdoctorales en la Universidad de Udine, Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires donde es profesor regular de las materias Derecho Constitucional y Elementos de Derechos Humanos y Garantías. Catedrático Jean Monnet de derecho constitucional europeo.

<sup>2</sup> Ver por ejemplo Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, 13 de abril de 2006 [A/CN.4/L.682].

<sup>3</sup> La relación entre el derecho interno con el derecho supranacional y el internacional tiene como fruto lo que denominamos *normas interconectadas* a fuentes de diversos orígenes, pero enlazadas por una materia común. En casos como el de la UE, donde se atribuyen competencias exclusivas en determinadas materias, la formación de normas interconectadas es menos frecuentes ante la ausencia de una competencia nacional concurrente. Sin embargo, cuando el derecho de la UE se *conecta* con la tutela de los derechos –competencia que los Estados mantienen y que solo reconocen en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en el estricto ámbito de la competencia del derecho de la UE (cfr. art. 51.1, CDFUE)- los conflictos se potencian producto de la superposición de competencias originadas en la interconexión.

<sup>4</sup> SCC italiana Nr. 102 de 13 de febrero de 2008, apartado 8.2.

expresan sus homólogos alemanes. Al referirse a la integración europea, éstos sostienen que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico comunitario “ni son inconciliables ni están incomunicados entre sí, sino que se interrelacionan de múltiples maneras, se entrecruzan mutuamente y están abiertos a influencias recíprocas”.<sup>5</sup>

Dicha comunidad se encuentra integrada, ante todo, por el intérprete de la primera palabra, esto es los jueces nacionales que ejercen de manera exclusiva la competencia de interpretar la voz –y los silencios- del constituyente. Estos jueces nacionales, en la etapa de *unidad* interpretativa previa a la fragmentación, ostentaban también el monopolio de la interpretación de la última palabra. Pero ocurre que al integrarse en una comunidad de intérpretes, si bien no pierden esta segunda competencia pasan a ejercerla en superposición con los demás intérpretes que forman parte de la comunidad.<sup>6</sup>

La posibilidad de escuchar un *coro de voces* sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre los intérpretes. La superación de un posible *bloqueo* a la eficacia de los derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de los mismos, es profundizar en las *relaciones de cooperación*. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad, cooperan entre sí, si logran desarrollar un *diálogo interjurisdiccional*. Precisamente, es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los *consensos mínimos* que permita una cohabitación pacífica. Estos consensos, se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional.

La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas, es convertir *el espacio común pluridimensional en un espacio de diálogo interjurisdiccional*. En una *unión* de jurisdicciones. El diálogo, por tanto, no siempre es *bilateral*, también lo es *multilateral* y tiene como objeto la construcción de las relaciones interordinamentales.

---

<sup>5</sup> STCFA de 22 de octubre de 1986 [*Solange II*], apartado B I 1 a) bb).

<sup>6</sup> Las normas interconectadas, en efecto, al vincular entre sí un entramado normativo, lejos están de representar una simple y abstracta recopilación de normas. Al mismo tiempo que se forman, se forma con ellas una comunidad de intérpretes que reclaman para sí la última palabra en el ámbito propio de su competencia.

El diálogo asume, dentro de la comunidad de intérpretes finales, la forma de un *proceso deliberativo colectivo*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. Al final de cuentas, escribe Jacqué, todos los enfrentamientos –entre los diversos intérpretes- terminaron siendo teóricos y, a través de un diálogo sostenido sobre conceptos aparentemente contradictorios, descubrieron que podía llegarse a soluciones concretas: la supervivencia del sistema “debe mucho a la tolerancia y a la apertura recíproca de las jurisdicciones”.<sup>7</sup>

El diálogo judicial al que nos referimos, como se ocupa de aclarar Bustos Gisbert, es la comunicación entre tribunales derivada de una *obligación* de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho. Esto es, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*”.<sup>8</sup>

Para desarrollar dicho diálogo, en consecuencia, los miembros de la comunidad de intérpretes finales –tanto en sede nacional como supranacional- deben fijar como punto de partida *interpretaciones inclusivas* y no *interpretaciones excluyentes*. Es decir, distanciarse de posturas de carácter absoluto –sin punto de equilibrio- para promover posturas integradas. Con este fin, los intérpretes han desplegado en la práctica jurisprudencial sobre las relaciones interordinamentales, distintas *técnicas de cohabitación*. Dichas técnicas han permitido administrar el conflicto propio de las normas interconectadas. En el plano discursivo –donde las técnicas de cohabitación dominan- éstas reconocen una reserva de jurisdicción que facilita la formación de consensos mínimos y básicos por la comunidad de intérpretes en su conjunto.

Sin embargo, no debe olvidarse que, el gran desafío que sucede al consenso alcanzado a través de una técnica de cohabitación, constituye a la vez un límite a la cohabitación misma: *no debe verse afectada la mayor protección reconocida a los derechos humanos por uno de los niveles* (principio *pro homine*).

---

<sup>7</sup> JACQUÉ, Jean-Paul, “«Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n° 69, pág. 7.

<sup>8</sup> BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, pág. 21. Esto es “situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro” (*Idem*).

## 2.- Las técnicas de cohabitación y el reconocimiento de una “protección equivalente” entre los integrantes de la comunidad (el *método Solange*)

En un escenario de fragmentación compuesto por una diversidad de sistemas jurídicos autónomos pero interconectados entre sí y que se influyen recíprocamente, las relaciones interordinamentales refieren a las *relaciones* entre sus respectivos intérpretes finales que se integran en una comunidad. El “diálogo” entre las Cortes, escribe Ruggeri, “es, por lo tanto, *in nuce* una comparación entre interpretaciones”.<sup>9</sup>

Para que el diálogo finalmente pueda expresarse, es necesario entre los miembros intérpretes alcanzar consensos en torno a técnicas de cohabitación. El uso de una técnica de este tipo permite, en el contexto de un proceso deliberativo, que una parte *consienta* a la otra avanzar con su argumentación jurídica sin contradecirla, desconocerla o interfiriendo en sus argumentos. Estas técnicas nos acercan a un ejercicio de tolerancia, de deferencia, puesto de manifiesto en la aceptación –tácita o expresa- de interpretaciones sobre el contenido material de los derechos reconocidos formalmente y de modo concurrente por los distintos componentes normativos que forman la norma interconectada. Las técnicas de cohabitación, en síntesis, son las vías por donde discurre el diálogo. En este sentido, hacen a la vez de *instrumentos formadores de consensos mínimos*.

Cuando hablamos de consensos mínimos señalamos “soluciones de síntesis”. Alcanzar consensos mínimos, implica *articular* entre la comunidad de intérpretes una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los represente. Dicho lenguaje se muestra necesariamente como un *leguaje ambiguo*. A la cohabitación se arriba al costo de sacrificar certeza jurídica. La jurisprudencia –forma de expresión central dentro de la referida comunidad- inicia, de este modo, la construcción de categorías jurídicamente indeterminadas tales como “identidad constitucional”, “tradiciones constitucionales comunes”, “protección equivalente”, “margen nacional de apreciación” o bien “interpretación conforme”. Estas categorías procuraran ser instrumentos para la adaptación de los contenidos de los derechos formalmente reconocidos, a un mosaico de realidades en algunos casos antagónicas entre sí.

Un “potencial choque de jurisdicciones”, producto de la superposición de competencias en materia de derechos –característica distintiva de las normas

---

<sup>9</sup> RUGGERI, Antonio, “«Dialogo» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, disponible en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) [n. 24/2013], pág. 7.

interconectadas-, entre los Tribunales constitucionales, el TEDH, el Tribunal de Justicia, y demás tribunales y organizaciones internacionales se ha resuelto, en opinión de Sabel y Gerstenberg, con la creación de un “nuevo orden de constitucionalismo coordinado [*novel order of coordinate constitutionalism*]” donde cada uno de sus promotores “acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales”.<sup>10</sup> Este nuevo orden asume como propios los principios de la doctrina *Solange* desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) para articular –en el ámbito de la hoy UE- su relación con el Tribunal de Justicia.<sup>11</sup>

Dichos principios hacen referencia a que, cada “orden legal”, acepta las decisiones de los “otros órdenes”, incluso si otra decisión podría haber sido más coherente con la tradición constitucional nacional, “«siempre que [*as long as*]» dichas decisiones no signifiquen una sistemática violación de contenidos constitucionales entendidos como esenciales”. La doctrina *Solange*, sentencian Sabel y Gerstenberg, convierte a cada orden jurídico en “monitor” de la jurisprudencia de los otros ordenamientos involucrados, y subordina la aceptación de posibles “desviaciones” de las preferencias nacionales a un continuo encuentro de “equivalencias” en las cuestiones fundamentales. Estaríamos, por tanto, de frente a un *overlapping consensus* (consenso entrecruzado). Esto es, un acuerdo sobre compromisos y principios fundamentales donde, esencialmente, cada orden jurídico requiere a los otros que respeten sus decisiones a condición de respetar sus diferencias. Cada parte en este tipo de consenso sabe que ha llegado a un acuerdo en lo *esencial* – como la defensa de la democracia en tanto sistema de gobierno o el respeto por el individuo como una condición de la libertad y la justicia-, a través de distintas, o bien de “sólo parcialmente concordantes” interpretaciones de tales ideas. Es precisamente porque las partes de dicho consenso reconocen estas diferencias, y su influencia continua sobre la interpretación de principios compartidos, que se “reservan el derecho de interpretar los principios esenciales”, dentro de límites amplios y compartidos, como mejor les parezca, y el acuerdo de este derecho a las otras partes. Todo ello permitiría crear “un mecanismo

---

<sup>10</sup> SABEL Charles F. y GERSTENBERG, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Nr. 5, septiembre 2010, págs. 511–550.

<sup>11</sup> STCFA de 29 de mayo de 1974 [*Solange I*]. En este caso en particular, la técnica de cohabitación permitió preservar la cohesión dentro de la comunidad de intérpretes finales reconociendo de manera positiva la interpretación de una de las partes –sobre el derecho supranacional- como *equivalente* a la interpretación que otra de las partes hacen de las normas constitucionales en una materia común como los derechos.

institucional para articular e ir ajustando el significado práctico de estos ideales compartidos”.<sup>12</sup>

La apuntada convergencia –advierten Pollicino y Martinico- no significa, evidentemente, una coincidencia perfecta [*perfect coincidence*], pero describe un proceso de acercamiento mutuo entre “entes jurídicos” que se caracterizan por objetivos diferentes en sus orígenes. A pesar de los conflictos que a veces existen entre los actores judiciales, nuestra impresión –afirman los citados autores- es que estamos tratando con una especie de “clima de cooperación” entre los jueces quienes prefieren garantizar la coherencia entre los sistemas legales (en nombre de la protección de los derechos fundamentales que representan un campo axiológico común en un contexto de múltiples niveles). Especialmente a través del desarrollo de modos informales de diálogo [*informal ways of dialogue*], las cuales recuerdan la experiencia de cortesía judicial propia del derecho internacional público y la deferencia judicial. Refiriéndose en particular a la integración europea, Pollicino y Martinico recuerdan que el denominado *método Solange* implica el reconocimiento de una “reserva de jurisdicción” para los tribunales nacionales y el reconocimiento al derecho de la UE de una especie de “primacía limitada”: esto es, tal primacía estaría garantizada “siempre y cuando [*as long as*]” no afecte los principios fundamentales de las constitucionales nacionales [*the “counter-limits”*]. En lo que hace a la relación entre los tribunales constitucionales y supremos con el Tribunal de Justicia, se hace notar que el *método Solange* es una manera de encontrar una solución a la situación inducida por la fragmentación del derecho. Consecuentemente, Pollicino y Martinico definen el *método Solange* como una “herramienta” para determinar el *alcance* de la reserva de jurisdicción de un tribunal en relación con la competencia existente de otro tribunal. Su aplicación tiene como consecuencia la *abstención* [*refrain*] por parte de un Tribunal del ejercicio de su jurisdicción en favor de la jurisdicción de otro Tribunal.<sup>13</sup>

La citada cortesía, establece Shany, puede crear un “marco para la interacción jurisdiccional que permita a los juzgados y tribunales aplicar reglas originadas en otras instituciones judiciales”. Ello, a su vez, “estimulará la fertilización cruzada [*cross-fertilization*]” y puede resultar en un aumento de la legitimidad de las sentencias

---

<sup>12</sup> SABEL Charles F. y GERSTENBERG, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Nr. 5, septiembre 2010, págs. 511–550.

<sup>13</sup> MARTINICO, Giuseppe y POLLICINO, Oreste, *The Interaction between Europe’s Legal Systems Judicial. Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (Reino Unido)-Northampton (EE.UU.), 2012, pág. 16.

internacionales a causa de la utilización de la autoridad de otros tribunales y cortes internacionales.<sup>14</sup> Shany define la *judicial comity* como sigue: “De acuerdo con este principio, que se encuentra en muchos países (mayoritariamente en los sistemas de derecho común) los tribunales de una jurisdicción deberían respetar y demostrar un grado de deferencia [*degree of deference*] en relación a la legislación de otras jurisdicciones, incluyendo la decisiones de los órganos judiciales que allí operan”.<sup>15</sup>

La *judicial comity* se considera, mantiene Lavranos, más bien como una especie de “acuerdo entre caballeros [*gentlemen's agreement*]” entre las cortes y tribunales. En otras palabras, cada corte o tribunal es totalmente libre de decidir si desea o no aplicar la cortesía, y sus consecuencias, a un determinado caso. Por otra parte, se acepta, que todas las cortes y tribunales internacionales tienen la obligación de garantizar la eficiencia y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional al ejecutar sus funciones. Por tanto, la aplicación de la *judicial comity* (es decir, el *método Solange*) debe ser considerado como una “obligación jurídica inherente y fundamental a cada juez o árbitro”.<sup>16</sup>

El *método Solange*, escribe Lavranos, ha sido utilizado por el TCFA de “manera flexible” con el fin de acomodar [*accommodate*] su relación jurisdiccional con el Tribunal de Justicia y su jurisprudencia, así como, en general, al desarrollo del escenario político europeo. Por consiguiente, dicho método permitió al TCFA limitar su jurisdicción a favor de la jurisdicción del Tribunal de Justicia en función del nivel actual de protección de los derechos fundamentales en la UE.<sup>17</sup>

### **3.- Un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional: el principio de “identidad constitucional” o de los *controlimiti***

El desarrollo del *método Solange* nace con la defensa que hace el intérprete final de la primera palabra –esto es de las normas constitucionales nacionales- de un área *cerrada* a la interpretación en sede supranacional. Es decir con la reserva expresa de jurisdicción en relación a la interpretación de los que se señalan como principios fundamentales del orden constitucional a partir de los cuales se materializa la *identidad constitucional* de un

---

<sup>14</sup> SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, pág. 261.

<sup>15</sup> *Idem*, pág. 260.

<sup>16</sup> LAVRANOS, Nikolaos, “The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals”, en *Loyola Marymount University and Loyola Law School*, vol. 30, 2008, págs. 325-326.

<sup>17</sup> *Idem*, pág. 323.

Estado. Identidad que viene dada por ese demiurgo que es el poder constituyente originario representante de la soberanía popular. El recorrido, en este sentido, que siguen diversos tribunales constitucionales –además de Alemania e Italia, en España, Francia, República Checa y Polonia, entre otros- lleva a señalar la existencia de *límites constitucionales* a la apertura propuesta por el derecho interno hacia el derecho internacional. Dichos límites estarían en condiciones de activarse frente a situaciones calificadas como “extremas” o “extraordinarias”. La utilidad de esta técnica en las relaciones interordinamentales entre los jueces de Luxemburgo y los jueces nacionales ha quedado expuesta en la “europeización” de la misma operada vía el artículo 4.2 (TUE)<sup>18</sup>.

Por otra parte, la doctrina de los *controlimiti* –cuya paternidad pertenece a los jueces constitucionales italianos- es una derivación de la identidad constitucional y de la defensa propuesta de ésta. En su formulación dogmática, expuesta como técnica de cohabitación, parte de la premisa que reconoce en el “otro” ordenamiento una *entidad o cualidad suficiente* que permite considerarlo, por el intérprete final del ordenamiento nacional, como compatible –equivalente- con éste. Pero tal reconocimiento, se acompaña con una declaración *a priori* sobre la existencia de *límites constitucionales* cuya violación por los jueces supranacionales, el juez nacional no está dispuesto a tolerar.

Ahora bien, como los límites invocados por los *controlimiti* –según Randazzo una categoría “más predicada que declarada”<sup>19</sup> o en palabras de Bignami un “quimérico instituto”<sup>20</sup>- difícilmente puedan defenderse en abstracto –o sea más allá de un plano eminentemente dogmático- cumpliendo ciertos mínimos de certeza jurídica, su configuración queda para el caso concreto. Esto es, los *controlimiti* se materializarían como tales en situaciones más precisas que hipotéticas. Mientras tanto, el intérprete nacional, obtendrá a su favor un valioso margen de discrecionalidad que le permitirá *consentir* diversas interpretaciones hechas en sede supranacional a la vez que *administrar* el grado de conflictividad interordinamental que éstas puedan crear. En efecto, tanto la noción de

---

<sup>18</sup> La norma citada dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su *identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sin resaltar en el original.

<sup>19</sup> Ver RANDAZZO, Alberto, “I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponible en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>20</sup> BIGNAMI, Marco, “I controlimiti nelle mani dei giudici comuni”, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponible en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)



*controlimiti* como su derivado, la noción de identidad constitucional, son representativas de nociones *jurídicamente indeterminadas*. Está claro –afirma Bon- que esta incertidumbre “debilita en gran medida el carácter operativo de la noción de identidad constitucional”.<sup>21</sup> Pero dicha ambigüedad, pareciera representar su mayor ventaja para el intérprete final nacional.

#### **4.- Afirmación de un “margen nacional de apreciación” por parte de los intérpretes supranacionales que integran la comunidad de intérpretes finales**

El reconocimiento de un *margen nacional de apreciación* “juega un rol similar” al reconocimiento de una “protección equivalente”.<sup>22</sup> Esta técnica de cohabitación tiene que ver, en lo argumental, con el reconocimiento de un margen nacional de apreciación por parte de un intérprete que actúa en sede supranacional hacia el intérprete nacional con quien comparte la comunidad de intérpretes finales. También aquí se trata de delimitar un *área de reserva cerrada* a la interpretación supranacional –*pero no a su control*-, de modo de consentir al intérprete nacional imponer su opinión en hechos donde, en virtud de su cercanía fáctica y axiológica, se encuentra en una mejor posición para interpretar.

No se debe olvidar que dicho margen debe circunscribirse, o sea mantenerse, dentro de un *área mayor* delimitada por el juez supranacional al ejercer el control de convencionalidad al caso concreto. Dicho de otro modo, no se trata de reconocer una especie de inmunidad jurisdiccional estatal absoluta para casos específicos, por otra parte, incompatible con una protección internacional de los derechos humanos. De lo que se trata es de alcanzar un *punto de articulación* entre los intérpretes finales integrados en la comunidad.

Estamos en presencia, pues, según Anrò, de un “espacio de elección y evaluación” reconocido por los jueces supranacionales a los Estados.<sup>23</sup> En palabras de García Roca, consiste “no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien de una protección suficiente”. En estos casos, lo que el intérprete supranacional

---

<sup>21</sup> BON, Pierre, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nr. 100, enero-abril 2014, pág. 185.

<sup>22</sup> Ver SABEL Charles F. y GERSTENBERG, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Nr. 5, septiembre 2010, pág. 519.

<sup>23</sup> ANRÒ, Ilaria, “Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en *La funzione giurisdizionale nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento comunitario. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Torino*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoles, 2010, nueva serie, nr. 5, pág. 9.

realiza es una labor de supervisión –mediante el control de convencionalidad- de la protección nacional otorgada al Derecho, marcando sólo algunos *mínimos* y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento.<sup>24</sup>

La legitimación de tal “teoría”, en opinión de Sagüés, parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional.<sup>25</sup>

Desarrollada en sus aspectos centrales por el TEDH, esta herramienta “multiuso” –según referencia del propio García Roca- en manos de los jueces de Estrasburgo ha dado soporte a una “*diplomática deferencia internacional* que no existe en los tribunales constitucionales ni se practica por ellos del mismo modo respecto de los órganos judiciales domésticos”.<sup>26</sup>

El margen nacional de apreciación adquiere su funcionalidad articuladora en las relaciones interordinamentales, a partir de una clara indeterminación jurídica en lo conceptual. Esto es, un instrumento impreciso que Kastanas define como un concepto de “*geometría variable* en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por el CEDH”.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Ver GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2010.

<sup>25</sup> SAGÜÉS, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, Talca, vol. 9 nr. 1, 2003, págs. 205-221.

<sup>26</sup> GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pág. 188. Sin resaltar en el original.

<sup>27</sup> KASTANAS, Elias, *Unité e diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans jurisprudence de la Cour européenne des droits d'hommes*, Bruylant, Bruselas, 1996, pág. 16. Sin resaltar en el original.

Ver también GALETTA, Diana-Urania, «Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, núm. 3-4, pág. 750.

## 5.- La “interpretación conforme”

Esta técnica de cohabitación tiene que ver con una clásica técnica de adjudicación o solución interpretativa a los potenciales conflictos en una comunidad de intérpretes finales vinculados por normas interconectadas. Se trata, en este caso, de una técnica que facilita la comprensión de las normas en conflicto de *modo compatible entre sí*. Su formulación habitual es conocida bajo la forma de una interpretación conforme, pero con una importante particularidad como es que se trata de una *interpretación mutua o doblemente conforme*, pues como bien explica Bustos Gisbert, “implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme), sino *simultáneamente a dos normas superiores*”.<sup>28</sup>

No nos encontramos aquí de frente a una declarada área de reserva, sino a un intento del intérprete por conciliar lo que, a primera vista, aparecen como interpretaciones divergentes entre sistemas que regulan una competencia común. La técnica de la interpretación conforme es el *actor central* en un escenario de fragmentación jurídica. Ello porque permite moldear puntos de convergencia argumental desde donde fundar los consensos mínimos necesarios.<sup>29</sup>

El “control difuso de convencionalidad”, escribe Ferrer MacGregor, no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro de convencionalidad”, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar la norma nacional con la convencional”. Esto significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional”. Por lo que, en realidad, se realiza un “control” de la interpretación que no cubra dicho

---

<sup>28</sup> Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, pág. 48. Sin resaltar en el original.

<sup>29</sup> La Corte IDH ha utilizado la interpretación conforme como técnica para alcanzar una cohabitación pacífica con los jueces nacionales, al momento de ejercer el control de convencionalidad de normas constitucionales. En el caso *Radilla Pacheco* (2009), por ejemplo, se expresa directamente que, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana, “debe ser coherente con los *principios convencionales y constitucionales* de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana” (Corte IDH, caso *Radilla Pacheco*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C No. 209, párrafo 338. Sin resaltar en el original).

parámetro.<sup>30</sup> El mismo autor, define a la interpretación conforme como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.<sup>31</sup>

## **6.- La relación horizontal entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

A nivel supranacional –en el ámbito de las relaciones jurisdiccionales horizontales-, la protección equivalente, como técnica de cohabitación, es defendida por el TEDH frente a las interpretaciones que, sobre los derechos también reconocidos por el CEDH, desarrollan los jueces de Luxemburgo dentro del sistema de la UE (en especial cuando aplican la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). Como va a demostrar el desarrollo de esta técnica por los jueces de Estrasburgo, el planteo en el caso en concreto de la cuestión prejudicial (cfr. art. 267, TFUE) que permite conocer la opinión a los jueces de Luxemburgo, será determinante para mantener la existencia de la “equivalencia” en la protección. En este sentido, la relación entre el Tribunal de Justicia y el TEDH va a presentar *problemas análogos* a la relación del primero con el TCFA y, por tanto, la solución a dichos problemas resultará también análoga a la alcanzada por los jueces de Karlsruhe.

Fue en el caso *Bosphorus (2005)*<sup>32</sup> la primera vez que el TEDH aplicó esta doctrina directamente. Aunque podría pensarse que se encontraba implícita de una u otra forma en

---

<sup>30</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 2011, pág. 535.

<sup>31</sup> Idem, pág. 549.

<sup>32</sup> STEDH (Gran Sala), de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS / Irlanda* [núm. 45036/98].

La sentencia que comentamos tiene su origen en la demanda introducida en 1998 ante el TEDH por la compañía aérea turca *Bosphorus Hava Yollari Turizm (Bosphorus Airways)* contra Irlanda, por el apresamiento por parte de las autoridades irlandesas de un avión, que la demandante había alquilado a la compañía aérea yugoslava JAT, mientras éste se encontraba en territorio irlandés para llevar a cabo operaciones de mantenimiento. El apresamiento se llevó a cabo, en mayo de 1993, en aplicación del Reglamento comunitario 990/933, que recogía el régimen de sanciones decidido por la ONU contra la República Federal de Yugoslavia. La empresa arrendataria, *Bosphorus Airways*, recurrió la Decisión del Ministro de Transportes irlandés ante la *High Court* de Dublín que, en su sentencia de 21 de junio de 1994, la anuló, por considerar que el Reglamento (CEE) 990/93 no era aplicable a la aeronave en cuestión. La sentencia fue apelada ante el Tribunal Supremo, que decidió presentar una *cuestión prejudicial* ante el Tribunal de Justicia, acerca de si el Reglamento comunitario era de aplicación en este caso. La respuesta de los jueces de Luxemburgo fue

el principio de subsidiariedad del sistema europeo de protección. El TEDH estableció que: “A juicio del Tribunal, una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas debe ser considerada justificada en *tanto en cuanto* se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales [entendiendo que esta categoría incluye a la vez tanto las garantías sustanciales ofrecidas como los mecanismos para controlar su cumplimiento] una protección al menos equivalente a la que garantiza el Convenio (...). Por «equivalente», el Tribunal entiende «comparable»: toda exigencia de protección «idéntica» por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación internacional perseguida”.<sup>33</sup>

Los jueces de Estrasburgo dejarían en claro que esa consideración de *protección equivalente* no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales.<sup>34</sup> El TEDH estimó que si se consideraba que, efectivamente, la organización de la que se trate (la hoy UE en este caso) otorgaba la mencionada protección equivalente, se *presumiría* que *un Estado no faltaría a sus obligaciones para con el CEDH si no hacía más que ejecutar las obligaciones derivadas de su pertenencia a la mencionada organización*. Sin embargo, argumentaría el TEDH, tal presunción puede ser destruida si “atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente”. En tal caso, el interés de la cooperación internacional cedería ante el papel del CEDH en tanto que “instrumento constitucional del orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos.

Esta *equivalencia de legitimidad* en materia de protección de derechos fundamentales otorgado por el TEDH al derecho de la UE, como se observa, lejos está de ser absoluta. La regla de aplicación sería: cuanta más discrecionalidad dejen los jueces de Luxemburgo en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales, menos espacio habrá para aplicar la presunción. Siempre ha constituido una presunción *iuris tantum* que puede

---

positiva (STJ, de 30 de julio de 1996, asunto C-84/95). En su sentencia de 29 de noviembre de 1996, el Tribunal Supremo irlandés, aplicó la decisión del Tribunal de Justicia y, declarando que se encontraba vinculado por la misma, resolvió a favor del Ministro.

<sup>33</sup> STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS / Irlanda* [45036/98], apartado 155.

<sup>34</sup> *Idem*.

invertirse si en un determinado asunto se demuestra una deficiencia manifiesta de esta protección, como ha ocurrido en el caso *Michaud* (2012).<sup>35</sup>

### **7.- La relación vertical entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales y Supremos. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos**

Cuando el Tribunal Constitucional español (TCES) presentó su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia –máxima instancia jurisdiccional de la UE- mediante ATC 86/2011, de 9 de junio, el contenido de un largo debate doctrinario asumió, *per se*, el cuerpo de un complejo dilema presentando con toda crudeza al juez constitucional: en un escenario de protección multinivel de los derechos –caracterizado por la fragmentación jurídica y la consiguiente pluralidad interpretativa-, se *debe* admitir o no una protección de los derechos menor de la reconocida constitucionalmente.

A partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, con la evolución de los sistemas internacionales de protección, y la consolidación de los tribunales internacionales allí previstos, se planteó un escenario de *pluralismo normativo* que no tardo en manifestarse en un pluralismo argumental para explicar el alcance de derechos que obtienen un *común* o *simultáneo* reconocimiento formal. En este contexto, cobran relevancia las denominadas “cláusulas de mínimos” que, por un lado, garantizan un *piso* en la protección en el nivel internacional pero, a la vez, no excluyen una protección *mayor* en otro nivel internacional o nacional.<sup>36</sup> En otras palabras, de frente a la fragmentación no se propone un *techo* en la protección sino un *acuerdo* para otorgar la protección mayor en beneficio de la persona (*pro homine*).

Sin embargo, el dilema en cuestión no se presenta –al menos en la compleja forma que estudiamos- con relación al derecho internacional de los derechos humanos. El TCES en el asunto *Melloni* (2013) debía resolver sobre *interpretaciones divergentes* no en relación –por ejemplo- con el CEDH interpretado por el TEDH, sino sobre el derecho de la UE interpretado por el Tribunal de Justicia. Este último es un derecho *autónomo* que presenta una naturaleza supranacional que le es propia. Naturaleza representada por los principios de *primacía* y *efecto directo*. Ambos principios desarrollados por una ajeja

---

<sup>35</sup> STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud vs. Francia* [nº 12323/11].

<sup>36</sup> Es el caso del artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), o bien del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

jurisprudencia del Tribunal de Justicia en base a la interpretación de la atribución de competencias, otrora estatales, con la que se benefician las Instituciones de la UE. Dicha jurisprudencia, dota a la citada primacía de un carácter *absoluto* con el objeto de garantizar la *aplicación uniforme* del derecho de la UE en todos los Estados que la integran.

El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman – y se les reconoce- la competencia exclusiva en la interpretación del derecho de la UE, interpretan un derecho *interconectado* a un derecho constitucional –en el caso las garantías del debido proceso- de manera más restrictiva que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación de la constitución.

El Tribunal de Justicia va a responder<sup>37</sup> a la cuestión prejudicial planteada, *blindando* sus argumentos a la influencia argumental del TCES –desatendiendo así la propuesta de diálogo- y, por tanto, *cerrando* el debate en torno a *quién* es la autoridad interpretativa en la materia en cuestión. Al quedar la última palabra en los jueces de Luxemburgo –palabra que asume así la expresión de un áspero monólogo-, se reafirma con toda crudeza el carácter *absoluto* de la primacía del derecho de la UE. Al actuar así, dichos jueces parecen alejarse completamente de cualquier solución *maximalista*, esto es rechazando adaptarse al mayor nivel de protección que ofrezca un Estado parte de la UE. Por el contrario, se reclama para la UE un sistema de derechos fundamentales propio y autónomo reafirmando para sí una entidad constitucional.

El asunto *Melloni* (2013) y sus derivaciones dejan en evidencia los problemas que debe enfrentar, en una materia común como los derechos fundamentales, una comunidad de intérpretes finales integrada por jueces constitucionales y los jueces de Luxemburgo actuando todos ellos bajo la sombra de los jueces de Estrasburgo en el tan mentado triángulo jurisdiccional europeo.

---

<sup>37</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, asunto C 399/11 [caso *Melloni*].