

# Apuntes sobre las tres dimensiones de protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea: colaboración y controversia entre tres sistemas

Michelle Reyes Milk<sup>(\*)</sup>

## 1. Introducción

El objetivo del presente ensayo es analizar las tres dimensiones de protección de los derechos fundamentales existentes en el marco de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE)<sup>(1)</sup>: la dimensión internacional (llevada a cabo a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH) la dimensión comunitaria (llevada a cabo a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE) y la dimensión nacional (llevada a cabo a través de los tribunales nacionales -tanto aquellos que velan por el control constitucional como los tribunales ordinarios-)<sup>(2)</sup>. De esta manera, se busca aproximar al lector a la lógica del Derecho Comunitario en el marco de la UE; así como dar un alcance de cómo los tres sistemas no son autónomos, sino que se da una estrecha colaboración entre ellos a través de los

órganos jurisdiccionales de los mismos, pero a la vez se producen una serie de tensiones y hasta controversias, atendiendo principalmente al hecho de que cada órgano jurisdiccional tiene como función velar por el cumplimiento de los instrumentos que dieron pie a la creación de dichos tribunales. Ello, como veremos más adelante, ha tenido implicancias en la protección efectiva de los derechos humanos, sobre todo en el marco del TJCE.

El TEDH se asemeja a los tribunales constitucionales (u órganos similares encargados de velar por el control constitucional) en cuanto a su principal función. En efecto, mientras que el TEDH busca resguardar el cumplimiento de los derechos humanos, consagrados, en el primer caso, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo o CEDH), los tribunales constitucionales internos hacen lo mismo respecto

(\*) Bachiller en Derecho. Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó el Master en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(\*\*) Agradezco a la Dra. Giovanna García Saavedra por sus comentarios y observaciones constructivas durante la realización de este ensayo.

(1) Para efectos de este ensayo, no entraremos a discutir la naturaleza *sui generis* de la Unión Europea (UE), o la vigencia de calificar a la misma, hoy en día, como una Organización Internacional o una integración supranacional. En todo caso, cabe precisar que cuando se habla de UE se suele hacer alusión a la unión política, mientras que al hablar de Comunidad Europea (CE) se hace referencia a la Organización Internacional como tal. Sin embargo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE) dispone, en su artículo I-7 del Título I de la Parte I, que la Unión tendrá personalidad jurídica, por lo que la UE asume la personalidad jurídica de la CE. Asimismo, en el artículo IV-438, inciso 1, de las Disposiciones Generales y Finales (Parte IV) el TCE establece la continuidad jurídica de la UE respecto de la CE y la UE, precisando que "la Unión Europea creada por el presente Tratado sucede a la Unión Europea constituida por el Tratado de la Unión Europea y a la Comunidad Europea".

(2) Si bien trataremos también la protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa, la comparación entre el nivel internacional y nacional de protección de derechos humanos con el nivel comunitario nos lleva a enmarcar el ámbito de análisis dentro de la UE. Ello teniendo en cuenta que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa (actualmente conformada por 46 Estados) son miembros de la UE (actualmente conformada por 25 Estados).

de las constituciones nacionales. Es así como, dentro de cada sistema, el TEDH y los tribunales internos encargados por velar por la primacía de la Constitución se presentan como el máximo intérprete de los instrumentos que dieron pie, o fundamentan, su creación.

El TJCE, creado por los tratados fundacionales de la Unión Europea, también se presenta como un máximo intérprete: interpreta el Derecho Comunitario y vela porque la normativa interna de los Estados miembros de la UE no contradiga el Derecho Comunitario. Así, se puede observar que el TJCE no tiene como principal función el respeto de los derechos fundamentales -por lo menos no es esa su tarea fundacional. Veremos como esta característica, que va acompañada de los principios de primacía y de efecto directo, han suscitado una serie de conflictos con los otros dos niveles, exclusivamente en materia de derechos fundamentales.

Para analizar estos temas, el presente ensayo se divide en dos secciones. En la primera sección se hace una breve descripción de la dimensión comunitaria y la dimensión internacional, para lo cual se revisa las características principales de cada sistema. De otro lado, la segunda sección alude a las relaciones que se dan entre los tres distintos niveles de protección (nacional, comunitario e internacional), y trata de analizar las implicancias que dichas relaciones han tenido en la protección de los derechos fundamentales.

## 2. La dimensión comunitaria e internacional de protección de los derechos fundamentales

### 2.1. La protección de los derechos fundamentales en el marco del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El TJCE es el máximo órgano jurisdiccional de la UE, y vela por controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho Comunitario. La actuación del TJCE se lleva a cabo a través de la existencia de dos principios esenciales al Derecho Comunitario establecidos jurisprudencialmente: el principio de

aplicación directa y el principio de primacía del Derecho Comunitario. El principio de aplicación directa obliga a los estados comunitarios a “aplicar plenamente el Derecho Comunitario dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que este otorga a los ciudadanos”<sup>(3)</sup>. En este sentido, no se trata de una implementación de una norma en el sentido del Derecho Internacional, donde se requiere que el Estado manifieste su consentimiento y luego una incorporación que inclusive, y de tratarse de un sistema dualista de incorporación del Derecho Internacional, requerirá una transformación ulterior de la norma internacional. Se puede decir que en el caso del Derecho Comunitario la “implementación” no es una implementación en sí sino una aplicación directa<sup>(4)</sup>. Tan directa es su aplicabilidad que una directiva comunitaria no requiere ser publicada en el Boletín Oficial del Estado para poder ser eficaz y entrar en vigencia en el Estado Comunitario. Al respecto, cabe traer a colación el caso italiano, donde las regulaciones y directivas comunitarias, según lo dispuesto por el artículo 3.5 de la Ley 839 de 11 de diciembre de 1984, se publicaban en la *Gaceta Ufficiale*, sin que ello tenga un impacto en el efecto directo. Sin embargo, la UE estableció en dos ocasiones que ello atentaba contra el principio de aplicación directa. El principio de aplicación directa fue establecido por el TJCE en su sentencia *Van Gend en Loos*, del 5 de febrero de 1963<sup>(5)</sup>. A su vez, el Proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE)<sup>(6)</sup> recoge el principio de aplicación directa en su artículo I-33 inciso 1, donde señala que “La ley europea es un acto legislativo de alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Asimismo, el artículo I-39 inciso 1 del mismo instrumento señala que “(...) Las leyes y las leyes marco europeas se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea (...)”.

Por otra parte, el principio de primacía establece que el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho nacional, como lo ha señalado el TJCE en las sentencias *Costa-Enef*<sup>(7)</sup>, *Simmenthal*<sup>(8)</sup>, y *CEE c. Italia*<sup>(9)</sup>, e incluso prevalece sobre las constituciones.

(3) Véase “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ordenamiento jurídico comunitario”. En: [http://www.curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index\\_cje.htm](http://www.curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index_cje.htm).

(4) Cabe señalar que algunas directivas del Derecho Comunitario sí requieren una implementación por los Estados miembros antes de que surtan efectos directos. Sin embargo, de no implementarse dentro de un margen de tiempo establecido, dichas directivas específicas podrán tener efecto directo. Al respecto, véase FOX, H. y otros. *The Reception of European Community Law into Domestic Law*, En: EISEMANN, Pierre M. (director). *L'Intégration du Droit International et Communautaire dans l'ordre juridique national*. La Haya: Kluwer Law International, 1996. p. 30.

(5) Caso *Van Gend en Loos*. Sentencia del 5 de febrero de 1963. Asunto 26/62. Véase resumen en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-03\\_01.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-03_01.htm).

(6) Véase infra nota 13.

(7) Asunto 6/64 del 15 de julio de 1964. Véase resumen del caso en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-03\\_01.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-03_01.htm).

(8) Asunto 70/78 del 28 de junio de 1978. Véase resumen del caso en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-03\\_01.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-03_01.htm).

(9) Asunto 104/86 del 24 de marzo de 1988. Véase resumen del caso en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/)

Ello sin duda ha suscitado una serie de tensiones entre los tribunales nacionales y el TJCE, como se expondrá más adelante. Cabe señalar que el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa recoge el principio de primacía en su artículo I-6 del Título I de la Parte I, donde se señala que “La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el derecho de los Estados miembros”.

En este sentido, existe una garantía de aplicación e interpretación uniforme de todo el Derecho Comunitario en todos los Estados miembros. Ello difiere de la lógica del Derecho Internacional, que si bien apunta a una interpretación uniforme, la propia interpretación del ordenamiento internacional puede variar entre los Estados teniendo en cuenta que no existe un principio de aplicación directa en el Derecho Internacional<sup>(10)</sup>. Ello responde también a la propia naturaleza del Derecho Internacional, donde no existe una integración o uniformidad debido a que el Derecho Internacional no exige a los Estados una forma única de implementar; no se les “dice” a los Estados cómo implementar (un ejemplo de ello es el distinto nivel, dentro de la pirámide kelseniana, que los Estados le pueden asignar a los tratados internacionales ratificados por los mismos), sino tan solo se les exige que cumplan con lo pactado (el llamado principio de *pacta sunt servanda*) y que acaten las decisiones de los tribunales internacionales a cuya competencia contenciosa se someten. En caso de no hacerlo, los Estados incurrirán en responsabilidad internacional. Veremos claramente la distinta lógica que opera en cada Derecho (con mayúscula), y en cada sistema.

El propio TJCE señaló ya en 1964 que el Derecho Comunitario es un orden legal nuevo y autónomo, y enfatizó, en su sentencia de *Costa v. Enel*, que el Derecho Comunitario es un cuerpo distinto al Derecho Internacional; por lo tanto operan bajo dos lógicas distintas. Al respecto, el TJCE señaló en dicha sentencia lo siguiente:

“By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system

which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply”<sup>(11)</sup>.

Asimismo, podemos rescatar de esta precisión el énfasis que se hace en la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario en los ordenamientos nacionales.

Con respecto a los derechos fundamentales en concreto, cabe señalar que en los tratados fundacionales de la UE, no existe una alusión a la protección de los derechos fundamentales concretamente (aunque desde el primer momento se incorpora la libertad de circulación, la libertad de establecimiento, así como la prohibición de discriminación por nacionalidad; libertades relacionadas con la actividad económica que rige la actuación de la Comunidad Europea y el TJCE en sus inicios). De este modo, en sus inicios el TJCE mantuvo silencio ante el tema, lo cual fue objeto de diversas críticas por parte de algunos tribunales internos. Ello teniendo en cuenta que la integración económica podía suscitar problemas de respeto a los derechos fundamentales; derechos que las constituciones de los Estados comunitarios protegían. Veremos más adelante, en la relación entre los tribunales internos y el TJCE, cómo estos problemas llevarán a una evolución en la práctica del TJCE en cuanto a su tratamiento de los derechos fundamentales, al punto que el TJCE ha incorporado los derechos fundamentales como principios generales del Derecho Comunitario, y ha hecho referencia explícita al respeto y observancia del Convenio Europeo. Ello va de la mano con una construcción y evolución jurisprudencial por parte del TJCE en materia de derechos fundamentales. Asimismo, la adopción en el marco de la UE de una Carta de los Derechos Fundamentales ha sido un paso esencial en la protección de los derechos en el marco comunitario<sup>(12)</sup>. La Carta forma hoy parte del Proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE)<sup>(13)</sup> y tendrá carácter vinculante una vez que entre en vigor el TCE (hecho que, a la luz de la no ratificación del TCE por parte de Francia y los Países Bajos, no se ve como algo

[data/index\\_A-03\\_01.htm](http://data/index_A-03_01.htm).

- (10) Cabe precisar, sin embargo, que ciertas normas de Derecho Internacional, las llamadas normas autoejecutivas, son de aplicación directa y no requieren de un acto posterior para su implementación. Empero, ello responde a la naturaleza misma de la norma y no a un principio de aplicación directa como el que existe en el marco del Derecho comunitario. El efecto de la norma autoejecutiva, sin embargo, es el mismo que el de una norma comunitaria: el efecto de aplicación directa.
- (11) “A diferencia de los tratados internacionales generales, el Tratado de la CEE ha creado su propio sistema legal, el cual se convirtió, tras la entrada en vigor de dicho tratado, en una parte integral de los sistemas legales de los Estados miembros y cuyos tribunales tendrán que aplicar” (traducción libre). Sentencia del 15 de julio de 1964. *Costa/E.N.E.L.* (Rec. 1964. p. 1141). Véase resumen del caso en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_cee/data/index\\_B-11\\_00.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_cee/data/index_B-11_00.htm). Al respecto, se puede revisar también FOX, H. y otros. *Op. cit.*; p. 28.
- (12) Adoptada el 7 de diciembre del 2000, esta establece una serie de derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Sin embargo, la misma tiene actualmente un carácter declarativo más no vinculante al no tratarse de un tratado internacional sino de una declaración.
- (13) El proyecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE) fue aprobado el 18 de junio del 2004 y firmado por los Jefes de Gobierno de los Estados miembros el 29 de octubre del 2004. Para que el TCE entre en vigor, deberá ser ratificado por todos los Estados miembros de la UE.

cercano). La Carta, a su vez, no presenta muchas novedades en materia de derechos humanos, sino que principalmente reúne y agrupa una serie de derechos ya existentes en algunas directivas de la UE.

## 2.2. La protección de los derechos fundamentales en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH fue creado en el marco del Consejo de Europa, organización internacional que agrupa actualmente a 46 Estados europeos y cuyo fin último es proteger y promover los derechos humanos, la democracia pluralista, así como la preeminencia del Estado de Derecho en el continente europeo. Este órgano jurisdiccional fue instaurado en 1959 y vela por el cumplimiento de los derechos consagrados en el Convenio Europeo y sus Protocolos. Previo a la reforma llevada a cabo por el Protocolo 11<sup>(14)</sup>, solo podía accederse al Tribunal Europeo una vez que el caso hubiere sido visto por la Comisión Europea de Derechos Humanos y fuere remitido luego ante el Tribunal. Sin embargo, frente a la constatación de una preocupante acumulación de casos presentados ante el sistema que tardaban años en ser resueltos, en el año 1993 se decidió modificar el sistema eliminando la figura de la Comisión y creando un sistema de un solo órgano, dando pie a la creación del nuevo TEDH que reemplazara el antiguo sistema de dos órganos.

La entrada en vigor del Protocolo 11 fue un paso crucial en la protección de derechos humanos ya que significó que por primera vez un individuo pudiera tener, en el marco internacional, un *ius standi* pleno. De este modo, el Protocolo 11 implicó un cambio en la estructura del sistema, más no una modificación en la lista de los derechos protegidos. Sin embargo, los años de funcionamiento del Tribunal, y a pesar de las diversas salas instauradas dentro del TEDH, han demostrado que el mismo atraviesa actualmente una sobresaturación y superinflación de casos que ha repercutido en el tiempo de solución de las demandas, así como en la cantidad de casos declarados inadmisibles.

Como todos los tribunales regionales de protección de derechos humanos, y tal como se da en el caso del sistema universal de protección de derechos humanos, el sistema europeo de protección de derechos humanos opera bajo el principio de subsidiaridad, lo que implica que son

los Estados, en primer lugar, los llamados a resolver las controversias o violaciones de algún derecho contenido en el CEDH o en alguno de sus protocolos. Esto se manifiesta a través de uno de los principales requisitos de admisibilidad para presentar un caso ante el Tribunal: el haber agotado las vías internas, tal como lo establece el artículo 35.1 del CEDH.

En cuanto a la naturaleza vinculante, es necesario recalcar que más allá del principio de subsidiaridad que caracteriza a los tribunales regionales de protección de derechos humanos, y la falta de aplicación directa de sus disposiciones y sentencias, ello no implica que las mismas no sean vinculantes en el sentido de que los Estados se han comprometido a ello al ratificar el CEDH, que, en su artículo 46 señala que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. Ello atendiendo también al principio general del Derecho Internacional inherente a la ratificación de tratados, el principio de *pacta sunt servanda*.

Con respecto al carácter de sentencia definitiva, cabe señalar que el TEDH no es una cuarta instancia de los tribunales internos. En este sentido, tanto el TEDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han resaltado ello. En el caso del TEDH, este tribunal alude, en su sentencia del 7 de diciembre de 1976 (*Caso Handyside v. United Kingdom*) y relacionado con la doctrina del “margen de apreciación”, a la visión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (aún existente en 1976) de que el Tribunal Europeo no puede convertirse en una instancia de revisión de la decisión de los tribunales internos sino tan solo analizar si la publicación del texto escolar objeto del litigio vulnera o no el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>(15)</sup>. Por su parte, en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana enfatizó, en su informe 39/96 (*Caso 11.673-Argentina*, también conocido como el “caso Marzioni”), que “el carácter de esa función constituye también la base de la denominada ‘fórmula de la cuarta instancia’ aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”<sup>(16)</sup>.

(14) El Protocolo 11 fue adoptado el 11 de mayo de 1994, y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

(15) “On the other hand, the minority of the Commission sees the Court’s task as being not to review the Inner London Quarter Sessions judgment but to examine the Schoolbook directly in the light of the Convention and of nothing but the Convention”. Párrafo 47, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 7 de diciembre de 1976. Al respecto cabe señalar que si bien en este caso la aclaración proviene de una minoría de la Comisión, esta percepción será adoptada por el Tribunal posteriormente en reiteradas decisiones.

(16) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.673, párrafo 50.

### 3. Relación entre los tres niveles de protección

#### 3.1. Relación entre los tribunales nacionales y el TEDH

Todos los Estados miembros del Consejo de Europa prevén una cláusula de apertura al Derecho Internacional que permite justamente la incorporación del mismo en el ordenamiento interno. En el caso español, la cláusula de apertura al Derecho Internacional establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española señala que la interpretación de la Constitución debe hacerse en torno a la jurisprudencia internacional (principalmente el TEDH), por lo que no solo se convierte en vinculante el mandato del CEDH sino también la jurisprudencia del TEDH.

Es importante precisar que más allá del carácter vinculante del CEDH, este es un convenio de mínimos, en el sentido de que si un Estado contiene una protección más amplia a algún derecho consagrado en el CEDH, primará la protección nacional. Ello está totalmente permitido y alentado en el marco internacional, y atiende a la necesidad de aplicar el principio *pro homine* en la interpretación de los derechos humanos. A su vez, teniendo en cuenta que el Derecho Internacional de los derechos humanos es un derecho dinámico (como lo es todo el derecho en general), que evoluciona, y que el CEDH es un instrumento de 1950 que recoge las preocupaciones de ese entonces, podemos entender la necesidad de permitir y alentar interpretaciones y protecciones en torno a los derechos que sean más amplias que las contenidas en el CEDH. Es este carácter evolutivo el que ha dado pie a que en el marco del Consejo de Europa se adopten 14 protocolos al CEDH, algunos de los cuales implican cambios procesales u orgánicos y otros que incorporan, amplían o desarrollan derechos<sup>(17)</sup>.

Asimismo, cabe señalar que el TEDH ha adoptado, a través de su jurisprudencia, la doctrina del “margen de apreciación”, que vincula al juez nacional con el juez internacional. La idea detrás de esta doctrina radica en “establecer un equilibrio entre los derechos individuales y los intereses generales (de la comunidad)”<sup>(18)</sup>. En ese sentido, esta doctrina deja, tal como su nombre lo sugiere, un margen de apreciación a los Estados para determinar si existe una amenaza a un peligro específico, especialmente

para efectos de la aplicación del artículo 15 del CEDH que versa sobre la derogación y restricción de derechos en casos de urgencia. Ello bajo la lógica de que quién mejor que los Estados, y concretamente el juez nacional, para calificar los hechos acontecidos en su territorio. Coincidimos plenamente con el profesor Carrillo cuando señala que esta doctrina se vincula claramente con el principio de subsidiaridad característico del sistema regional de protección de derechos humanos. Ello, a su vez, demuestra que la implementación del Derecho Internacional no necesariamente acarreará una uniformidad como la que se da -o por lo menos la que se apunta a dar- en el marco comunitario. Tal como hemos señalado, la doctrina del margen de apreciación ha sido establecida por el Tribunal Europeo en el Caso *Handyside*. Sin embargo, el Tribunal ya había hecho alusión al margen de apreciación en el Caso *Lawless v. Irlanda*, del 1 de julio de 1961<sup>(19)</sup>. Asimismo, el TEDH ha reiterado esta doctrina en su sentencia del 18 de enero de 1978 (Caso *Interestatal Irlanda v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*), así como en su sentencia del 26 de mayo de 1993 (Caso *Branningan y McBride v. Reino Unido*). En estas dos últimas sentencias, el TEDH precisó que dicho margen de apreciación está sujeto a límites, que el poder de los Estados al respecto no podrá por lo tanto ser ilimitado, y que dicho margen deberá estar sometido a una fiscalización europea<sup>(20)</sup>.

#### 3.2. Relación entre los tribunales nacionales y el TJCE

En esta sección aludiremos, en primer lugar, a las formas en que se relacionan los tribunales nacionales con el TJCE, y, en segundo lugar, al modo en que la relación entre ambos tipos de tribunales ha influido en la protección de derechos fundamentales a lo largo de la existencia del TJCE.

En cuanto a la forma en que se relacionan los tribunales nacionales con el TJCE, cabe precisar, en primer lugar, que, al igual que el TEDH, el TJCE no es una cuarta instancia. En este sentido, la relación de los tribunales nacionales con el TJCE se da, directamente, a través de seis mecanismos.

El primero de estos mecanismos es la cuestión prejudicial. Dicho mecanismo consiste en la consulta que podrá llevar a cabo el juez nacional ante el TJCE

(17) Los protocolos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 y 14 introducen cambios procesales u orgánicos (el Protocolo 2, por ejemplo otorgó competencia consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos), mientras que los protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13 incorporan nuevos derechos o desarrollan derechos ya existentes (por ejemplo, el Protocolo 6 introdujo la prohibición de la pena de muerte, pero el mismo presenta una cláusula en la que se permite a los Estados regular la pena de muerte en tiempos de guerra o amenaza inminente de guerra. El Protocolo 13, adoptado nueve años después, establece la prohibición de pena de muerte en toda circunstancia).

(18) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 91.

(19) En este caso en concreto, fue la Comisión Europea de Derechos Humanos la que aludió, en primer lugar, a la doctrina del “margen de apreciación”.

(20) Sobre el margen de apreciación, puede revisarse CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Op. cit.*; pp. 91-94.

cuando tenga alguna duda sobre la aplicabilidad e interpretación de una disposición comunitaria, en el marco de un proceso interno. Ello tiene como efecto la paralización de la causa a nivel interno mientras la consulta al TJCE sea resuelta. Una vez resuelta la duda por el TJCE, el tribunal interno deberá dictar sentencia según lo establecido -o aclarado- por el TJCE. Cabe señalar que la sentencia del TJCE vinculará también al resto de los tribunales nacionales que se enfrenten al mismo problema o duda en ocasiones posteriores. Esto último es un ejemplo de cómo la cuestión prejudicial funciona como una garantía para que exista uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario.

Un segundo recurso planteado ante el TJCE es el recurso por incumplimiento. El mismo tiene como fin regular que los Estados cumplan con las obligaciones interpuestas bajo el Derecho Comunitario. Con anterioridad a dicho recurso, se da lugar a un procedimiento previo ante la Comisión Europea<sup>(21)</sup>, donde se requiere al Estado que responda ante las imputaciones de incumplimiento. Si el Estado no pone fin a dicho incumplimiento, entonces se interpone el recurso de incumplimiento ante el TJCE, recurso que podrá ser interpuesto tanto por la Comisión Europea como por un Estado miembro.

Un tercer recurso es el recurso de anulación, que consiste en que un demandante exige la anulación de un acto de alguna institución comunitaria. Este recurso podrá ser interpuesto por un Estado comunitario así como por una institución comunitaria contra otra institución comunitaria. Este recurso también podrá ser interpuesto por particulares (sea una persona natural o una persona jurídica) cuando se encuentren directamente afectados por una norma en concreto; en ese caso podrán presentar el recurso al TJCE solicitando la derogación de esa norma.

El recurso por omisión, un cuarto recurso, tiene como fin controlar la legalidad de las instituciones comunitarias, pero solamente podrá ser interpuesto una vez requerido a la institución que actúe. Una vez que se declare la ilegalidad de la omisión, podrá presentarse dicho recurso ante el TJCE. Podrá ser presentado por algún Estado miembro, alguna institución comunitaria, y en algunos casos un particular.

Un quinto recurso es el recurso de casación. Este recurso se presenta ante el TJCE contra las sentencias emitidas por el Tribunal de Primera Instancia (órgano jurídico de primera instancia en el marco de la UE). De admitirse el recurso jurídico, el TJCE anulará la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

Finalmente, un sexto recurso consiste en el recurso de reexamen, en el cual las resoluciones dictadas por el Tribunal de Primera Instancia, en los

recursos interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, podrán ser reexaminadas, excepcionalmente, por el Tribunal de Justicia.

Como bien podemos apreciar, la colaboración entre el juez natural y el juez comunitario se da sobre todo en el marco de la cuestión prejudicial. Ahora bien, cuando un juez nacional se encuentra ante dos ordenamientos diferentes (el nacional y el comunitario) y deberá aplicar una norma de uno de ellos, pueden surgir tres problemas. El primero de ellos, relacionado con el principio de primacía, surge cuando la protección de los derechos que ofrece la UE es menor a la que ofrecen los Estados. Trataremos ello en breve, pero tan solo señalaremos ahora que ello obligó al TJCE a elevar su estándar de protección de los derechos fundamentales.

El segundo problema que surge para el juez nacional es el problema del control de legalidad de la ley en relación al Derecho Comunitario. Ello ha generado una suerte de recelo entre algunos jueces constitucionales, en el sentido de que el juez nacional está facultado a inaplicar una norma interna cuando vulnera el Derecho Comunitario, mas no podrá hacerlo cuando dicha norma interna vulnera la Constitución (en los ordenamientos que no prevean un sistema de control difuso, como es el caso del ordenamiento español). En este sentido, los jueces están facultados a llevar a cabo una suerte de "control difuso comunitario". A pesar de ello, el TJCE no podrá ordenar la expulsión de una norma interna que vulnere el Derecho Comunitario (ya que el juez nacional estaría llamado a inaplicarla). Ello ha implicado la aparición de nuevas formas de control para el juez interno.

El tercer problema que surge en la aplicación del Derecho Comunitario sobre el ámbito nacional radica en la existencia de dos sistemas de derechos fundamentales distintos al sistema nacional: el sistema del TJCE y del TEDH. Ello también será analizado en breve, en la sección correspondiente a la relación entre el TJCE y el TEDH.

Ahora bien, volviendo al primer problema, consideramos que más que un problema se trata de una cuestión: la influencia que han tenido los tribunales nacionales en el tratamiento que el TJCE le ha dado a los derechos fundamentales. Aquí es importante destacar el rol esencial que han tenido los tribunales nacionales, sobre todo aquellos encargados en interpretar la Constitución, en presionar al propio TJCE para que brinde una protección efectiva a los derechos fundamentales. Ello ha generado, en palabras de Alejandro Saiz, un "diálogo constitucional" entre el TJCE y los tribunales nacionales, en particular los tribunales

(21) La Comisión Europea es el órgano ejecutivo que personifica y defiende el interés general de la Unión Europea. Véase <http://europa.eu>.

constitucionales<sup>(22)</sup>. Tal como mencionamos anteriormente, en sus inicios el TJCE se mantuvo en silencio respecto a los derechos fundamentales. No se trató, inclusive, de un mero silencio, sino que en sus inicios el TJCE rechazó la tutela de derechos contenidos en las Constituciones nacionales, tal como se dio en las decisiones *Stork* (C-1/58), *Geitling* (C-36, 37, 38 y 40/59) y *Sgarlata* (C-40/64)<sup>(23)</sup>. El rol esencial de la antigua Comunidad Económica (CE), en sus inicios en materia económica, llevó a que, con la aplicación del principio de primacía se excluyan inclusive algunos derechos fundamentales protegidos en las constituciones, lo cual fue generando una tensión evidente entre la protección nacional de los derechos fundamentales y la actividad de la CE y, específicamente, del TJCE. Sin embargo, esta tensión no se quedó en una mera aceptación de este principio. Todo lo contrario. La década de 1970 presenció una mayor incidencia de los actos de la Comunidad Europea sobre los ciudadanos, razón que llevó a que varios tribunales internos, siendo los “pioneros” el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Constitucional italiana, exigieran al TJCE una mayor garantía a los derechos fundamentales. Es así como estos tribunales serán los primeros en sublevarse contra el TJCE, enfatizando que en aras de la integración no se puede vulnerar o sacrificar derechos fundamentales, y llegando a cuestionar la primacía del Derecho Comunitario cuando se atente contra los derechos fundamentales. Es en atención a este conflicto que en 1967 el Tribunal Constitucional alemán estableció, en su sentencia del 18 de octubre, que existen límites a la transferencia del poder público a las comunidades. Asimismo, la Corte Constitucional italiana, en su sentencia 98 de 1965 (Caso *Solange*) señaló que no sería aceptable adherirse a una organización internacional que no asegurase el respeto a los derechos inviolables consagrados en el artículo 2 de la Constitución italiana<sup>(24)</sup>. Esta presión por parte de los tribunales internos tuvo sus efectos en el TJCE, razón que llevó a que en 1967 el TJCE estableciera, en su sentencia *Stauder*, del 12 de noviembre de 1969, que “los derechos fundamentales de las personas están comprendidos dentro de los principios

generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”<sup>(25)</sup>. Asimismo, en su sentencia del 17 de diciembre de 1970, en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>(26)</sup>, el TJCE agregó que la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario se inspira “en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros”. La evolución tendrá un hito fundamental en 1974, cuando en su sentencia del 14 de mayo de 1974, en el Caso *Nold*<sup>(27)</sup>, el TJCE afirma que, junto a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, se podrá también deducir principios generales de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a derechos humanos que hayan sido ratificados por los Estados miembros, sobre todo el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>(28)</sup>. Ahora bien, cabe señalar que esta última precisión del TJCE y remisión al CEDH es afortunada teniendo en cuenta la imprecisión que puede surgir con el empleo de los términos “principios generales del Derecho Comunitario” y “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. Con respecto al primero, el problema se suscita en la falta de precisión de cuáles exactamente son aquellos principios generales. Si bien los principios generales se presentan como una fuente legítima de Derecho, la construcción jurisprudencial y no escrita, en este contexto, dejó un margen ambiguo que abrió la posibilidad de generar una serie de cuestiones en torno a la seguridad jurídica, así como afectar la uniformidad de aplicación del Derecho Comunitario. Lo mismo sucedió al tratar de identificar cuáles son las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

En cuanto al principio de primacía, este es reconocido en todos los Estados miembros. Ahora bien, tal como señala Fox y otros<sup>(29)</sup>, si bien esto podría ser una afirmación evidente debido a que la obligación de los Estados a reconocer el principio de primacía es una obligación establecida por el propio TJCE, lo cierto es que en la mayoría de los Estados el principio de primacía se encuentra establecido en normas de Derecho interno. Ello, según Fox y otros, deja abierta la cuestión de la posición precisa en la que se deben ubicar las distintas disposiciones de

(22) Al respecto, véase SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa*. En: CARTABIA, Marta y otros (directores). *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. pp. 532 y siguientes.

(23) Véase SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *Op. cit.*; p. 543.

(24) *Ibid.*; p. 544.

(25) Caso *Stauder/Stadt Ulm*. Sentencia del 12 de noviembre de 1969. pp. 29-69. Véase resumen en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-01\\_02\\_01\\_00.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-01_02_01_00.htm).

(26) Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Sentencia del 17 de diciembre de 1970. pp. 11-70. Véase resumen en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-01\\_02\\_01\\_00.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-01_02_01_00.htm).

(27) Caso *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. CEE*. Sentencia del 14 de mayo de 1974. pp. 4-73. Véase resumen en [http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-01\\_02\\_01\\_00.htm](http://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-01_02_01_00.htm).

(28) Sobre la evolución de la protección de los derechos humanos en el marco del TJCE, puede revisarse CARRILLO SALCEDO, J.A. *Op. cit.*; pp. 114-117.

(29) FOX, H. y otros. *Op. cit.*; pp. 32 y 33.

Derecho Comunitario dentro de la jerarquía normativa interna. En este sentido, en el caso de Francia, Grecia, Irlanda, Italia y los Países Bajos, la ubicación o el rango de los tratados de la UE y las directivas comunitarias se encuentra determinada por disposiciones constitucionales. En el caso de la Constitución de Irlanda se hace una referencia directa al principio de supremacía del Derecho Comunitario. En el caso de Francia, Grecia, Italia y los Países Bajos, la incorporación del Derecho Comunitario dentro del Derecho interno se lleva a cabo a través de la cláusula general de incorporación de los tratados y resoluciones de las organizaciones internacionales.

En el caso alemán, con respecto a la primacía del Derecho Comunitario, la relación entre algunos aspectos de la Constitución y el Derecho Comunitario ha dado pie a algunas precisiones y controversias. En este sentido, el Derecho Comunitario no podrá prevalecer sobre el artículo 79(3) de la Ley Fundamental de Bonn, el cual prohíbe cualquier enmienda sobre la división actual de la Federación en Landers, así como prohíbe cualquier enmienda sobre los principios básicos contenidos en los artículos 1 (que versa sobre la protección de la dignidad humana) y 20 (alude a los principios básicos de orden estatal así como el derecho a oponerse o resistirse a aquellos personas que busquen abolir el orden constitucional).

Finalmente, en España, el artículo 96 de la Constitución dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado, forma parte del ordenamiento interno, y que sus disposiciones solo podrán ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Por analogía, las disposiciones de las organizaciones internacionales son tratadas de manera similar y por lo tanto adquieren una ubicación superior a disposiciones del ordenamiento interno (esta disposición se aplica también a las disposiciones adoptadas en el marco de la UE; en otras palabras, se aplica al Derecho Comunitario). Sin embargo, cabe señalar que en su sentencia 64/1991, el Tribunal Constitucional español señaló que en el caso de un conflicto entre una disposición constitucional que verse sobre derechos fundamentales, y una provisión del Derecho Comunitario, primaría la disposición constitucional. Estamos en este caso ante otra precisión de aplicabilidad del Derecho Comunitario, tal cómo se dio en el caso alemán.

### 3.3. Relación entre el TJCE y el TEDH

Tal como hemos señalado, la sentencia del TJCE relativa al Caso *Nold*, en 1974 se presentó como un primer punto de encuentro entre el TJCE y el TEDH. Ello se dio teniendo en cuenta que para este año ya los seis<sup>(30)</sup> Estados miembros, en ese momento, de la Comunidad Europea eran Estados parte del CEDH (Francia ratificó el CEDH en 1974). A partir de ese entonces, las referencias a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros han tendido a diluirse en la jurisprudencia del TJCE, y este último tribunal ha empleado como criterio estándar el CEDH, tal como lo interpreta el TEDH (aunque en ocasiones se ha dado el problema de que el TJCE haga su propia interpretación del CEDH, alejándose de lo interpretado por el órgano encargado de esa tarea: el TEDH)<sup>(31)</sup>. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, el TJCE asume la lectura de los derechos fundamentales que lleva a cabo el TEDH.

Esta evolución y construcción jurisprudencial por parte del TJCE ha sido incorporada tanto en el Tratado de Maastricht de 1992 (artículo f.2) así como en el Tratado de Amsterdam de 1997, donde, en su artículo 6.1 y 6.2, se hace una mención expresa a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales como principios comunes a los Estados miembros, y donde se precisa que la Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH.

Cabe resaltar, asimismo, que este no ha sido un fenómeno unidireccional. En este sentido, el TEDH tiene en cuenta lo señalado por el TJCE, así como lo señalado por algunos tribunales nacionales. De este modo, mediante esta observancia de la evolución e interpretación de los derechos que llevan a cabo los otros tribunales, el TEDH alimenta su credibilidad ante los otros sistemas. A su vez, el TEDH ha hecho alusión, en diversas sentencias, a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, a pesar de que la misma aun tenga un valor declarativo y no vinculante. Al respecto, puede observarse esta remisión en el Caso *Sorensen v. Dinamarca y Rasmussen v. Dinamarca*<sup>(32)</sup>, así como en el Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlanda*<sup>(33)</sup>.

A pesar de ello, la remisión por parte del TEDH al Derecho Comunitario no siempre ha sido bien recibida. En este supuesto, podemos traer a colación el Caso *Matthews*, del 18 de febrero de 1999, donde el TEDH señaló que el Reino Unido había vulnerado

(30) Los seis miembros originales de la Comunidad Europea son Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

(31) Este es uno de los problemas que se manifiesta en el fenómeno de la fragmentación por la que atraviesa actualmente el Derecho Internacional. Al respecto, puede revisarse el informe de la Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. En: <http://www.un.org/law/ilc/>.

(32) Caso *Sørensen v. Dinamarca y Rasmussen v. Dinamarca*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 11 de enero del 2006. Véase parágrafo 37.

(33) Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 30 de junio del 2005. Véase parágrafo 80.

el artículo 3 del Protocolo I al CEDH al incorporar el Acta Electoral Europea y negarle de este modo el ejercicio al derecho al voto al Parlamento Europeo a los ciudadanos británicos que residan en Gibraltar. Esto, en palabras de Carlos Esposito, parece haber abierto, por parte de TEDH, una vía indirecta de revisión de actos del Derecho Comunitario<sup>(34)</sup>.

En este último caso, podemos apreciar cómo la relación entre estos dos tribunales se presentaría, para este caso concretamente, a través de la actividad de un tercer actor: los estados comunitarios que también son miembros del Consejo de Europa (es el caso de la totalidad de los Estados miembros de la UE). En este sentido, el TEDH podría pronunciarse sobre la compatibilidad de los tratados constitutivos o alguna directiva comunitaria (Derecho Comunitario derivado) con el CEDH, de manera indirecta. Ello tomando en cuenta el principio de primacía y el principio de aplicación directa que caracterizan al Derecho Comunitario. De este modo, en un caso concreto, en que un Estado aplique una norma comunitaria que vulnere algún derecho consagrado en el CEDH, el sujeto demandado sería el propio Estado y no la UE (teniendo en cuenta que el TEDH tiene competencia para juzgar solamente a los Estados parte que hayan ratificado el CEDH, y que esa competencia -por el momento- se extiende solo sobre Estados y no sobre una organización internacional, o a una integración supranacional, como es la UE<sup>(35)</sup>).

Al respecto, no podemos dejar de comentar la posibilidad de ratificación, por parte de la UE, del CEDH<sup>(36)</sup>. Si bien este ha sido un tema presente en el TJCE desde fines de la década del setenta, el 28 de marzo de 1996, el TJCE emitió un dictamen en el que se pronunció negativamente acerca de la cuestión planteada por la Comunidad Europea sobre si tenía competencia o no para adherirse al CEDH. Sin embargo, y tal como critica el profesor Carrillo Salcedo, la negativa del TJCE sorprende en torno al fundamento: el TJCE señala que la Comunidad (UE) carece de competencias en materia de derechos humanos, tema que contradice la amplia jurisprudencia en la materia previamente mencionada. En todo caso, el problema quizá radicaría no en las competencias de la UE sino en la naturaleza del Consejo de Europa y el hecho de que el CEDH es un tratado abierto a la adhesión por Estados. Sin embargo, cabe señalar que la adhesión por parte de la UE al CEDH no es un asunto cerrado aún, ya que el Protocolo 14 al CEDH alude a la posibilidad futura de que la UE se adhiera al CEDH. Ello teniendo en cuenta que la protección a los

derechos humanos en el marco de la UE sigue siendo aún, a pesar de los avances, una protección que, en palabras del profesor Carrillo, es en muchos aspectos aun deficiente. Asimismo, esta posibilidad ha sido recientemente contemplada en el marco de la UE, teniendo en cuenta que el artículo I-9 inciso 2 del Proyecto de TCE señala que “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución”.

#### 4. Comentarios finales

A lo largo de este ensayo hemos tratado de exponer, de manera breve, la lógica de la existencia de tres sistemas de protección de derechos humanos en el marco europeo. Como hemos podido observar, esto ha implicado una serie de tensiones entre los distintos órganos encargados de velar por el cumplimiento de los instrumentos que a su vez los crearon. Sin embargo, la existencia de tres sistemas también ha implicado una presión e influencia permanente entre los tres niveles de protección cuyo fin último ha radicado en cómo garantizar la mayor protección posible de los derechos fundamentales de los individuos. Ello responde justamente al carácter no sinalagmático inherente a la protección de los derechos fundamentales, lo que en el ámbito internacional supone que los Estados asumen obligaciones que no son bilaterales sino “unilaterales”, en el sentido que se centran en el individuo. Este objetivo, como hemos podido observar, ha traído una serie de conflictos sobre todo en el marco del TJCE y la aplicación del Derecho Comunitario, principalmente a través de la obligación de observancia del principio de primacía.

Más allá de estas tensiones, creemos que lo esencial es rescatar estos tres niveles como sistemas de cooperación, pero también de vigilancia, que se retroalimentan en la evolución de la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, mientras el “diálogo constitucional” (siguiendo las palabras del profesor Saiz Arnaiz) siga contribuyendo a que la interpretación de los derechos sea cada vez más proteccionista, y tome siempre en cuenta el principio *pro homine*, entonces solo nos queda seguir animando la mayor colaboración y cooperación entre los tres sistemas, sobre todo teniendo en cuenta la ampliación, competencial y territorial, a la que se está viendo sometida la Unión Europea, y la implicancia que ello tiene sobre los individuos sometidos a su jurisdicción. 

(34) ESPÓSITO, Carlos. Presentación en debate *Fragmentación o consolidación de los Derechos humanos: el papel de los tribunales europeos*, Ciclo de debates sobre Justicia Penal Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional. Véase en: <http://www.fride.org/Activities/Activity.aspx?Id=615>.

(35) Véase supra nota 1.

(36) Al respecto puede revisarse CARRILLO SALCEDO, J.A. *Op. cit.*; pp. 123-129.