

## La protección multinivel de los derechos fundamentales entre jueces nacionales y supranacionales en la experiencia europea

Roberto Romboli

Mi exposición se divide en cuatro partes. La primera aborda en qué sentido hablamos de protección multinivel y quiénes son los actores, es decir, los diferentes jueces que pueden intervenir. La segunda parte trata de cuáles son las herramientas más utilizadas; en este sentido, Europa necesita diferenciar entre el ordenamiento del Consejo de Europa y el ordenamiento de la Unión Europea, porque son distintas las herramientas proporcionadas. La tercera parte analiza cuáles son las consecuencias y los resultados de la tutela multinivel. Y la cuarta y última se enfoca en cuál es el futuro de la tutela multinivel de los derechos fundamentales.

### Primera parte

La protección de los derechos fundamentales y de los derechos en general se consideraba hasta la mitad del siglo XX pasado una actividad propia de los estados individuales y una expresión de su soberanía. El principal obstáculo para la realización de cualquier organismo supranacional es, en efecto, representado por la concepción de soberanía estatal.

Las constituciones de la posguerra tienen una apertura contraria a las organizaciones supranacionales, por la voluntad de superar de manera definitiva lo que sucedió en los regímenes autoritarios y fascistas y por la desconfianza hacia los estados nacionales.

La protección multinivel de los derechos fundamentales...

Vladimiro Zagrebelsky —quien fue juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y es hermano del notorio Gustavo Zagrebelsky— no hace mucho escribió que

en los reconocimientos de los derechos fundamentales tiene una verdadera revolución conceptual, cuando en la postguerra se ha reconocido la naturaleza preestatal de los derechos y la comunidad internacional ha asumido la carga de ser un garante y se ha justificado la interferencia en los asuntos internos de otros Estados.

En el ámbito europeo, la primera organización es el Consejo de Europa, que tiene el objetivo específico de proteger los derechos humanos fundamentales. Con respecto al Consejo, fue aprobado en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos; este contiene la afirmación de una serie de derechos civiles y políticos que los estados parte incluidos en él se comprometen a respetar. Hay un juez que tiene la tarea de garantizar la observación de los derechos contenidos en el Convenio; se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo.

La segunda organización es la Unión Europea, que se creó por medio de los tratados institutivos. Originalmente tenía el nombre de Comunidad Económica Europea, que indicaba que el principal interés de la comunidad era el de las relaciones económicas entre los estados que participaron en ella.

Posteriormente, los intereses de la comunidad se abordaron también con respecto a los derechos fundamentales o al menos a los que vinieron a relacionarse con el mercado y las reglas de la economía. La protección de los derechos se convirtió, entonces, en uno de los principios generales de la Comunidad Económica Europea.

Un momento de gran importancia para la Unión Europea fue la aprobación en el año 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, llamada Carta de Niza —por la ciudad en que fue firmada—, que, así como el Tratado de Lisboa de 2009, no se incorporó en los tratados institutivos, pero se le otorgó el mismo valor jurídico de este.

La Unión Europea también tiene su juez, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sede en Luxemburgo, el cual tiene la tarea principal, por un lado, de controlar la legitimidad de los actos de aquella y, por otro, una competencia muy relevante, muy importante,

de proporcionar la interpretación correcta de su legislación y, por lo tanto, también de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La presencia de diferentes cartas que contienen a menudo la protección de derechos similares y de diferentes jueces que garantizan la observancia de esos derechos crea el fenómeno que ahora se llama protección multinivel de los derechos. Si bien es cierto que una protección supranacional puede ser útil en muchos casos para hacer frente a las lagunas y zonas francas de protección en el ámbito nacional, no se deben subestimar los aspectos negativos y los problemas derivados de la protección multinivel. De hecho, para aumentar el nivel de protección de los derechos, no siempre es suficiente aumentar la posibilidad de una apelación o ampliar las vías de acceso; sería demasiado fácil.

En la preparación de un congreso —uno de los primeros congresos en el tema de la tutela multinivel—, en 2004, Louis Favoreu Aix en Provence se preguntaba si la intervención de nuevos recursos y nuevos jueces debe ser aclamada como la fiesta de los derechos o más bien como la fiesta de los abogados que vieron la posibilidad de tomar nuevas vías de recurso frente a nuevos jueces. La protección multinivel, claro, determina la necesidad de generar una relación entre los diferentes tribunales, que también pueden examinar casos similares. Esto implica la necesidad de establecer un orden en las relaciones en las diferentes crisis.

Ese orden puede basarse en tres diferentes criterios. Primero, un criterio de jerarquía; es decir, un tribunal toma la posición superior y los otros son como jueces locales o inferiores. Segundo, un criterio de competencia que se puede articular en dos aspectos diferentes: uno, que un tribunal se ocupe de derechos y otro, de las relaciones económicas —hipótesis rechazada por la interconexión necesaria entre los dos aspectos—, u otro aspecto particular acerca de la competencia, la tesis dualista; es decir, cada sistema de derechos tiene su propio juez que opera en autonomía, uno respecto al otro: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por la Unión Europea; el Tribunal de Estrasburgo, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los tribunales constitucionales, por las constituciones nacionales. El tercer criterio es el del diálogo, el de la cooperación entre todos los jueces de todos los niveles; el supuesto es que la protección de los derechos fundamen-

La protección multinivel de los derechos fundamentales...

tales no es una materia objeto de diferentes competencias, sino un objetivo común que debe perseguirse y que tiende a una misma finalidad: la máxima expansión y protección de los derechos fundamentales.

Las diferentes formas de protección de los derechos fundamentales, por lo tanto, están integradas y no son una limitación de la soberanía estatal. Entre los tres criterios, en general, se excluye la posibilidad de aplicar ya sea el criterio jerárquico o el criterio de competencia, y se indica de manera casi unánime como preferible el criterio del diálogo-cooperación.

El gran éxito de este criterio, el diálogo entre las cortes, se debe principalmente a tres factores interconectados: primero, la globalización de las fuentes del derecho; segundo, la internacionalización de los derechos —lo que produjo la superación del monopolio estatal en materia de jurisdicción—, y tercero, la naturaleza muy relacionada de los temas con la realidad social, por ejemplo, el problema de los homosexuales, del aborto, de la inseminación artificial, de la libertad religiosa, etcétera.

## Segunda parte

Respecto a las herramientas utilizadas, como dijimos, es necesario distinguir entre el Consejo de Europa, es decir, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Unión Europea, esto es, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vamos a empezar con el sistema del Consejo de Europa. El recurso directo al Tribunal de Estrasburgo, regla fundamental, puede ser ejercido solo después de agotar todos los recursos disponibles según la legislación nacional, por lo que los tribunales nacionales pueden pronunciarse siempre antes que el Tribunal Europeo; la necesidad de agotar todos los procedimientos judiciales nacionales antes de poder recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina necesariamente una forma de inevitable diálogo entre los jueces nacionales y este, que siempre interviene después de las decisiones de los tribunales nacionales.

El recurso al Tribunal de Estrasburgo es un recurso individual y tiene como objeto, en general, revisar las sentencias de los jueces nacio-

nales, es decir, un caso específico; sus decisiones a menudo van más allá del caso e inciden, en algunas ocasiones, en momentos estructurales del Estado, por medio de la indicación de soluciones específicas.

Un elemento de gran importancia es la ubicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sistema de las fuentes del derecho de cada país, por lo tanto, un aspecto de naturaleza formal. Por ejemplo, en Italia, el Convenio se ratificó mediante una ley ordinaria; por eso, la eficacia en el ordenamiento italiano fue una similar a la ley, a una ley ordinaria del Parlamento, incluso si parece evidente que nos encontramos ante una clara disociación entre la forma de ley ordinaria y la sustancia, es decir, un acto expresamente con fuerza de ley, pero que tiene además un contenido de naturaleza evidentemente constitucional, como se deduce del elenco de los derechos reconocidos: derecho a la vida, a la libertad personal, a la seguridad y a un proceso justo, es decir, principios de naturaleza claramente constitucional.

En 2007, la Corte Constitucional italiana pronunció dos decisiones con las cuales introdujo un cambio fundamental de su doctrina, abriendo, de este modo, una nueva fase riquísima de perspectivas para el papel del Convenio Europeo de Derechos Humanos en Italia respecto a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. En estas dos sentencias, la Corte Constitucional afirmó que la ley que se pone en contraste con el Convenio de manera indirecta lo hace también con la Constitución. Debido a eso, y mediante esta doctrina, la violación del Convenio por parte de una ley nacional deviene en un problema de constitucionalidad, y por esa razón la última década en Italia se caracterizó por un interés cada vez mayor por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Son muchos también los problemas que han surgido en los últimos años. Voy a explicar dos casos en particular, concernientes a dos grandes ámbitos materiales. Primero, la posición de los jueces nacionales, sean ordinarios o constitucionales, acerca de los criterios de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el valor que tiene para los jueces nacionales la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; es decir, los jueces nacionales son libres en la interpretación del Convenio o deben tener como base la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo. Segundo, el pro-

La protección multinivel de los derechos fundamentales...

blema relacionado con la efectividad y la ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo en el sistema italiano y el impacto de estas en los procesos judiciales; respecto al primero, la Corte Constitucional italiana procede a valorizar mucho la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, al afirmar que los jueces nacionales deben aplicar la disposición del Convenio en el sentido que el Tribunal de Estrasburgo les atribuye; eso crea una fuerte reducción del poder de interpretación de los jueces nacionales. Después, esta posición ha sido especificada y sustancialmente redimensionada por la Corte Constitucional. En cuanto al segundo aspecto, ¿cómo reconocer la efectividad de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en el ordenamiento nacional?

El obstáculo ha sido principalmente de naturaleza procesal, es decir, en particular, el tema de la cosa juzgada y el valor, también de tipo constitucional, que se le reconoce para la garantía de seguridad jurídica. Dado el carácter subsidiario del recurso frente al Tribunal Europeo, esto es, antes todas las herramientas de índole nacional, es natural que la resolución del Tribunal Europeo pueda estar en conflicto con la cosa juzgada que mientras tanto se ha producido en el ámbito nacional; de ahí la necesidad de conciliar respecto a la cosa juzgada, que tiene también un valor constitucional, y la obligación de ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo, prevalencia a la cosa juzgada o prevalencia a la necesidad de reconocer un sentido a la sentencia de condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional italiano llegó a la declaración de inconstitucionalidad de la norma procesal y valoró, así, que la obligación de cumplir con las decisiones del Tribunal Europeo debe prevalecer sobre el principio también importante de la cosa juzgada; en particular, declaró la inconstitucionalidad de la disposición del Código Procesal en la parte en la que no contemplaba un caso de revisión de la decisión cubierta de la cosa juzgada, específicamente dirigido a permitir la reapertura del proceso cuando sea necesario para cumplir con una sentencia final del Tribunal, diferente al sistema de la Unión Europea.

La Unión Europea, en comparación con el Estado, tiene su propio sistema de fuentes del derecho, es decir, su nivel constitucional, su nivel de ley ordinaria. Esto plantea claramente un problema de relación entre la legislación de la Unión Europea y la legislación del Estado miembro; para ajustar estas relaciones, se prevén algunos principios generales y algunos instrumentos de conexión.

Respecto a los principios generales, es fundamental, en primer lugar, el principio de la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho nacional; en segundo lugar, la aplicación directa del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento del Estado miembro, sin la necesidad de un acto normativo de traducción de recepción del derecho de la Unión Europea, y en tercer lugar, la obligación para los jueces, en caso de contraste entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea, de no aplicar el derecho nacional.

Entre los instrumentos de conexión, el más importante, sin duda, es la cuestión prejudicial. Es decir, los jueces nacionales pueden o deben plantear una cuestión frente al Tribunal de Luxemburgo si tienen dudas en cuanto a la correcta interpretación del derecho de la Unión Europea; en particular los jueces de última instancia tienen la obligación de plantear la cuestión, mientras que los demás jueces tienen solo la facultad de hacerla.

La prejudicialidad comunitaria sigue un proceso muy similar a la más conocida prejudicialidad constitucional. Es decir, un juez en un juicio, si tiene una duda respecto a la conformidad de la ley o la Constitución, plantea la cuestión de constitucionalidad por la vía incidental al Tribunal Constitucional y espera su decisión en cuanto a la conformidad o no de la ley o la Constitución, esto es, espera la sentencia estimatoria o desestimatoria del Tribunal Constitucional.

Se puede exponer el caso de la doble prejudicialidad. La prejudicialidad comunitaria y la prejudicialidad constitucional pueden subsistir al mismo tiempo; es decir, si el juez tiene una duda, sea referente a la correcta interpretación del derecho de la Unión Europea o a la conformidad de la ley o de la Constitución, es el caso de la llamada doble prejudicialidad.

¿Cuál es el orden: la prejudicialidad antes frente al Tribunal de Luxemburgo o antes frente al Tribunal Constitucional? Países diferentes, soluciones diferentes. Francia decide ver la prioridad frente al Consejo Constitucional, frente al juez constitucional francés. En Italia se decide, por medio de la doctrina de la Corte Constitucional, que sea antes frente al Tribunal de Luxemburgo, antes frente al juez europeo y solo después frente al Tribunal Constitucional, porque así este último puede decir la última palabra.

La protección multinivel de los derechos fundamentales...

En diciembre de 2017, una sentencia del Tribunal Constitucional italiano estableció una excepción a esta consolidada doctrina, en el caso en el que la cuestión de constitucionalidad tiene como parámetros constitucionales en el mismo tiempo ya sea una disposición de la Constitución o una disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. ¿Eso por qué?, porque se considera que no se trata de reglas del derecho nacional y reglas del derecho de la Unión Europea, sino de principios, pues la carta constitucional contiene principios, no reglas. En este caso, si se propone una situación por la cual es objeto de la violación, sea de la disposición de la Constitución, sea de la Carta, el Tribunal Constitucional italiano dice que antes es él, porque es necesario hacer una disposición que tenga una eficacia general, una eficacia *erga omnes*, mientras que el juez ordinario puede solo no aplicar la ley, en su caso, sin eficacia general.

### Tercera parte

En este apartado se exponen las principales consecuencias de la tutela multinivel de los derechos. La primera consecuencia es que el diálogo directo entre los tribunales no aumenta la posibilidad de desacuerdos, sino de enfrentamientos en casos similares, debido a la existencia clara de diferentes sensibilidades. Por ende, hoy el tema principal es analizar e individualizar los medios por los cuales se pueden prevenir o reducir los momentos de conflicto.

La segunda consecuencia es la gradual expansión del derecho jurisprudencial en relación con el derecho político. El diálogo entre los órganos jurisdiccionales es, de hecho, un diálogo entre intérpretes y entre diferentes interpretaciones, por lo que el fundamento de las decisiones, la motivación y la capacidad de convencer son cruciales; debido a eso es una regla, que siempre es más una regla establecida por los jueces, y no por los órganos políticos.

La tercera consecuencia es que se crean diferentes modelos que defienden si se va a juzgar la relación entre la ley y la Constitución nacional, entre la ley y el Convenio Europeo de Derechos Humanos o entre la ley y el derecho de la Unión Europea.



En cuanto al primer caso, la ley y la Constitución, tenemos un Tribunal Constitucional, un control concentrado. El Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional la ley; esta declaración es vinculante, claro, pero no lo es la interpretación de la Constitución, no es vinculante la interpretación de la ley a la luz de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional.

Respecto al segundo caso, la ley y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre hay un control centralizado. Está el Tribunal de Estrasburgo, pero su decisión no tiene efecto directo, y la legislación nacional, por lo tanto, también en caso de condena sigue siendo válida y exigible. La interpretación del Tribunal de Estrasburgo es una interpretación que determina el derecho viviente del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En lo referente al tercer caso, la ley y el derecho de la Unión Europea, tenemos un control diferente, un control difuso. Cada juez nacional puede no aplicar la ley nacional que se pone en contraste con el derecho de la Unión Europea. Las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia tendrán efecto vinculante para los jueces nacionales y la naturaleza de fuente del derecho, modelos por lo tanto diferentes, tanto en su naturaleza concentrada o difusa como en la eficacia de la interpretación y la eficacia de las sentencias de los jueces constitucionales o supranacionales. Por eso puede resultar necesario, hoy en día, repensar el modelo; también con el fin, en la medida de lo posible, de exigir por parte del juez un comportamiento más homogéneo frente a los diferentes niveles de protección.

## **Cuarta y última parte**

Un elemento que podría afectar el futuro de la tutela multinivel es la reciente aprobación del Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este prevé específicamente la posibilidad de solicitar a la Corte de Estrasburgo un dictamen consultivo no vinculante acerca de cuestiones de principios relativos a la interpretación o aplicación de los derechos y las libertades definidos en el Convenio o sus protocolos.

La protección multinivel de los derechos fundamentales...

La nueva situación que viene a crearse podría ser llamada como la triple prejudicialidad, porque un juez puede plantear una cuestión ya sea de constitucionalidad frente al juez constitucional nacional, de comunitariedad frente al Tribunal de Luxemburgo o de convencionalidad por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como dictamen consultivo al Tribunal de Estrasburgo. Los sujetos que pueden plantear la cuestión, que pueden demandar el dictamen del Tribunal de Estrasburgo, son los tribunales designados por parte del Estado, es decir, una designación política y que puede ser diferente de un país a otro. Por ejemplo, los jueces constitucionales son legitimados a plantear la cuestión. Puede ser que sí, puede ser que no; lo decide el poder político, porque es una decisión de cada Estado que, mediante una ley, indica los sujetos legitimados a plantear la cuestión de un dictamen consultivo por parte del Tribunal de Estrasburgo. El dictamen, como dijimos, no es vinculante, pero es legítimo pensar que si el juez que demanda el dictamen en su decisión expresa se aparta después de él, es casi obvio que sigue el recurso frente al Tribunal de Estrasburgo, el cual ha pronunciado el dictamen que no ha seguido el juez, y entonces será difícil que eso no estime procedente el recurso, una vez llamado a decidir en la posición de juez.

Una última reflexión de naturaleza general: en conclusión, las relaciones entre los jueces nacionales y los jueces supranacionales son la consecuencia de lo que Häberle llama Estado cooperativo o Estado abierto. Cada Estado posee ahora solo un fragmento de soberanía y ha pasado de una situación de supremacía absoluta de las constituciones a una estructura que Häberle define como constituciones parciales no conectadas según un criterio jerárquico, sino en un plan de los contenidos, expresando, por lo tanto, una tendencia a un patrimonio común, a los derechos, y asignando especialmente en el ámbito supranacional una centralidad a la protección de estos.

El futuro de las constituciones nacionales es jugar un papel importante y decisivo para connotar la identidad política y cultural de su país y realizar el principio que se llama de la unidad en la diversidad, por medio de la afirmación de su propia identidad cultural y constitucional, aunque en la conciencia de hoy el espacio ya no puede ser estatal, sino claramente supranacional.

Para este fin, los jueces nacionales, en particular los jueces constitucionales de cada país, en sus relaciones con los jueces supranacionales en Europa, el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, como dijimos, desempeñan un rol muy importante; por ende, no se trata tanto de determinar quién puede decir la última palabra, sino de fijar el momento más conveniente de intervención de cada juez, con la finalidad de lograr una mejor protección de los derechos; esto puede también significar que sea necesario o mejor que algunos jueces, por ejemplo, los constitucionales, puedan decir la primera palabra y no la última.

Por lo tanto, todos los tribunales y jueces deben considerarse comprometidos en pie de igualdad para crear un *ius commune* de derechos en la lógica de leal cooperación; esto, con la conciencia de que la protección de los derechos fundamentales representa el elemento más auténtico, no solo de la identidad nacional, sino también de la identidad europea común, basada, entre otras cosas, en valores compartidos, como el principio de no discriminación, el repudio a la pena de muerte, a la tortura y a los tratos inhumanos y degradantes, la protección de la libertad personal y la protección, hoy en día muy importante, de la dignidad humana.

Este apartado pertenece a la obra  
Tiempos de pandemia. Diálogos sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, la cual es acervo del TEPJF.