



CoCoA Working Papers

**LA RELACIÓN ENTRE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES CON LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES
ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE NORMAS
INTERCONECTADAS**

por
Calogero Pizzolo
(Universidad de Buenos Aires, Argentina)

ISBN 978-88-8443-532-3

ISSN 2532-3520

La relación entre Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales con los Tribunales supranacionales especializados en materia de interpretación de normas interconectadas

Por Calogero Pizzolo

1. Protección multinivel, comunidad de intérpretes y normas interconectadas: el debate sobre el derecho a la última palabra

El siglo XXI ha potenciado el desarrollo del *pluralismo jurídico* y, por ende, la *pérdida* de la unidad jurídica fundada en las constituciones decimonónicas. Ello ha traído como consecuencia la *erosión* del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad a cargo de un juez nacional que ostentaba, como una de sus principales competencias, el derecho a la última palabra en la interpretación del ordenamiento jurídico. La unidad jurídica quedaba manifestada, por lo tanto, en una *unidad interpretativa*. A los jueces se les reconocía la última palabra en la medida que ellos ocupaban la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente.

La consolidación de ordenamientos jurídicos autónomos *más allá* del Estado, en el *espacio supranacional*, ha traído a su tiempo la aparición de jueces supranacionales que promueven un control de legalidad, ya no inspirado en la constitución como norma suprema, sino en tratados internacionales reconvertidos en tratados fundacionales a los que se les asigna una clara *función constitucional*: constituirse en nuevos parámetros de validez más allá de las normas constitucionales nacionales. En este sentido, el pluralismo jurídico se exhibe así mismo como un pluralismo constitucional.

Dicha autonomía exige a estos ordenamientos supranacionales, ante un conflicto con el derecho interno, la defensa de la primacía de su *derecho originario* como en los siglos precedentes, a nivel nacional, se impuso la defensa de la supremacía constitucional. Consiguientemente, los jueces supranacionales reclaman para sí también el derecho a la última palabra y el monopolio exclusivo que el mismo implica en la interpretación de los tratados fundacionales y, en su caso, del derecho derivado.

El problema que es objeto de esta investigación queda expuesto al indagarse sobre el *ámbito territorial* de aplicación del derecho creado en el espacio supranacional y el *ámbito competencial* a partir del cual éste ha ido evolucionando. En cuanto a lo primero, aquél derecho carece de un territorio propio donde desplegar su vigencia. El problema surge, en efecto, en que se trata de un derecho que se *inserta* en el territorio nacional y, desde entonces, pasa a *cohabitar* con el derecho interno propio de cada Estado.

El principio de atribución de competencias –reconocido en la mayoría de los casos por las constituciones nacionales a través de cláusulas de apertura o fórmulas de atribución de competencias-, como en el caso de la Unión Europea (UE), debiera en teoría evitar los conflictos pero en la práctica son comunes los conflictos de competencias en especial por la *interpretación extensiva* que de éstas hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) generándose no pocos problemas en particular con los jueces constitucionales nacionales. El segundo aspecto, no es menos problemático, tiene que ver con que los distintos ordenamientos que convergen desde el espacio supranacional hacia el territorio nacional convergen también hacia una materia común en especial los derechos humanos. En este último caso, la relación entre los distintos órdenes jurídicos, generalmente, se produce mediante un mandato constitucional de apertura o fórmula puente.

Para explicar este *núcleo problemático* apelamos a la noción de *norma interconectada*. Este tipo de norma presupone la existencia de una *materia común* –por ejemplo las garantías judiciales del debido proceso- y una *regulación plural*: las citadas garantías están reguladas en la constitución nacional, en distintos tratados internacionales e incluso en una declaración de derechos propia de un proceso de integración regional como ocurre en la UE.

Las normas interconectadas son producto del ejercicio de competencias *horizontales* o *transversales*.¹ Cada regulación constituye un elemento normativo interconectado por una materia común pero, además, por un ámbito territorial común de aplicación. En otras palabras, las normas interconectadas señalan la existencia de una *protección multinivel* o *por niveles*, en este caso –por cierto el más emblemático- de los

¹ Nos encontramos con materias *competencialmente horizontales* por lo que se produce una superposición (*overlapping*) entre ordenamientos jurídicos igualmente competentes.

derechos humanos. Se trata de diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el derecho nacional. En ello esencialmente consiste el pluralismo jurídico.

Pero no se trata de una interconexión de normas que dé lugar a una ordenación jerárquica –como puede ocurrir en el derecho nacional con las normas del código penal que regulan las citadas garantías judiciales del debido proceso jerárquicamente subordinadas a las normas constitucionales que regulan la materia-. Los distintos ordenamientos jurídicos *se relacionan sin establecer entre ellos relaciones de jerarquía*.

Lo característico de las situaciones de pluralismo como las descritas, afirma Bustos Gisbert en relación al pluralismo constitucional, es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, “una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos”. En tales casos, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.²

El punto de partida del que arranca el discurso del diálogo, sostiene García Roca, “parece inevitable”. Refiriéndose a Europa, señala que vive tiempos de “pluralismo constitucional”. Ello implica que, en el espacio europeo, las relaciones entre los Tratados de la UE, las Constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el CEDH, “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión común a todas las relaciones fundadas en el diálogo”. La vieja pirámide de la teoría escalonada del derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena –concluye García Roca-, “ya no nos vale

² BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012), pág. 22. En estos casos, por tanto, el diálogo –continúa Bustos Gisbert- “se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional”. Lo esencial “es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta” (*Idem*).

como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema”.³

Las categorías conceptuales elaboradas sobre la base del Estado-nación, a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII –sentencia Torres Pérez-, parecen no poder dar cuenta de la nueva realidad: frente al constitucionalismo de base estatal, se ha formulado como modelo alternativo el pluralismo constitucional. A grandes rasgos, “en un modelo pluralista coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas”.⁴

Las normas interconectadas, en consecuencia, nos permiten detectar la existencia, a la vez, de una *comunidad de intérpretes* y, por tanto, un nuevo perfil problemático. Cada elemento normativo interconectado *remite* a un intérprete que reclama *para sí* el derecho a la última palabra. Ahora bien, siguiendo con nuestro ejemplo, ¿qué pasaría si cada intérprete estableciera niveles de protección *diversos* para las garantías judiciales del debido proceso que debieran aplicarse en un territorio nacional determinado? La conclusión que podemos adelantar es obvia, dichos intérpretes están condenados a entenderse mediante la práctica de un fluido *diálogo judicial* o *interjurisdiccional* para evitar se quiebre el equilibrio o la cohesión interna dentro de la comunidad y se termine privando de eficacia a la norma interconectada.

Para desarrollar dicho diálogo los miembros de la comunidad de intérpretes finales –jueces nacionales y supranacionales- 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 representadas en lo que denominamos *principios de cohabitación de*

³ 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 D. F., 2013, págs. 226-227. Las necesidades inherentes a la integración europea y latinoamericana “nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un tratado puede no ser una constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como v.gr. ocurre en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación” (*Idem*).

⁴ TORRES PÉREZ, Aida, “En defensa del pluralismo constitucional”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, págs. 457-458.

intérpretes. Estos principios, producto generalmente de la práctica jurisdiccional nacional y supranacional, permiten la *solución de conflictos por la última palabra en la interpretación de normas interconectadas*.

A tal efecto, indican un principio de aplicación que termina siendo aceptado por la comunidad de intérpretes en su conjunto. Situación que se manifiesta en el *bloqueo-neutralización* -no en la derogación del componente normativo afectado y, por ende, de la interpretación hecha del mismo por el intérprete directamente competente-, o bien el *desplazamiento* de dicho componente producto de la primacía como ocurre en el caso del derecho de la UE (DUE).⁵ Ahora bien, el gran desafío que sucede al consenso alcanzado sobre un principio de cohabitación constituye a la vez un límite a la cohabitación misma: *no debe verse afectada la mayor de protección reconocida a los derechos humanos por uno de los niveles* (principio *pro homine*).

2. La necesidad de afrontar un diálogo judicial o interjurisdiccional: diversos modos de relación entre ordenamientos jurídicos

Conforme a lo expuesto el diálogo asume, dentro de la comunidad de intérpretes, 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.

Resulta indudable, sostiene Bustos Gisbert, que el éxito del significativo diálogo judicial se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Por ello, para el citado autor, no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales. Una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de una “comunicación transjudicial”.⁶

⁵ Primacía que, de acuerdo al artículo 4.2 (TUE), lejos de ser absoluta es una primacía integrada en una norma interconectada –bloque normativo– que remite a un principio compartido y aceptado: en este caso la obligación de respetar la “identidad constitucional” de los Estados miembros.

⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ya citado, pág. 18. Con estos términos, sostiene Bustos Gisbert, “se pretendía describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros”. Esta comunicación, se concluye, “ha sido aún más acusada cuando se ha enmarcado en procesos de integración

Dicha comunicación no sólo deriva de una búsqueda de soluciones a problemas parecidos en el marco de procesos de decisión idénticos. Responde, también, “a la *necesidad de garantizar la convivencia* entre los diversos ordenamientos jurídicos generados (el nacional, el de la integración económica y/o política y el de la integración a través de los derechos) tratando de evitar que las soluciones de las diversas instancias jurisdiccionales lleven a *situaciones de bloqueo por incompatibilidad absoluta* entre ellos. Situaciones que no sólo se pueden dar en las relaciones entre ordenamientos internos e internacionales, sino también en el seno del propio orden internacional”.⁷

Este proceso de comunicación transjudicial ha generado, en palabras de Jacobs, una *fertilización mutua (cross-fertilization)*⁸ entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. Es decir, se ha creado una progresiva influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora. Sin embargo, no toda comunicación transjudicial constituye un diálogo en el sentido que el término es utilizado aquí. Como afirma De Vergottini, “influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; ésta implicaría una plausible reciprocidad”. De aquí una observación que nos parece obvia –mantiene el citado autor–: “sólo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo”.⁹

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*”.¹⁰

política y económica o en procesos de homogeneización supraestatal en materia de derechos fundamentales” (*Idem*).

⁷ *Idem*. Sin resaltar en el original.

⁸ Ver JACOBS, Francis G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, núm. 38, págs. 547-556.

⁹ DE VERGOTTINI, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, págs. 487-488.

¹⁰ 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*).

El diálogo, afirma por otra parte Burgorgue-Larsen, induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como la concordia o la aprobación. Sobre todo, el dialogo puede ser *tri* o *multidimensional*: “el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales”.¹¹

El *origen* diverso de los distintos niveles de protección involucrados, presenta al *conflicto* entre ordenamientos como una constante. Esta lógica del conflicto es propia de la comunidad de intérpretes que tratamos y solo parece poder ser superada por los consensos mínimos que nacen del diálogo. En este sentido, el diálogo “es la búsqueda de un equilibrio constante; no establece, una vez por todas, una posición firme y estable respetada por todos los actores”.¹²

Una aproximación inicial al diálogo entre los diversos niveles de protección, en razón de su estudio, nos permite distinguir entre *diálogo reglado* y *diálogo no reglado*.

El diálogo reglado hace referencia a un modo de relación *articulado expresamente mediante un procedimiento reglado* que permita, una vez planteada la duda o cuestión hermenéutica, recurrir a una instancia final que imponga su autoridad interpretativa de forma final o sea, exclusiva. Esta última instancia permite recuperar la unidad y promover la aplicación homogénea del derecho en cuestión.

El único caso conocido hasta el presente de diálogo reglado refiere a la *cuestión prejudicial* prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este recurso ha permitido, y permite, un fluido diálogo entre los jueces nacionales –incluidos los jueces constitucionales– y el TJUE en la aplicación del DUE. Nos encontramos frente al “paradigma del diálogo judicial”¹³, el cual nos permite

¹¹ Ver BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, pág. 132. En efecto, para la citada autora, si el “desacuerdo” aparece “es porque el diálogo se enmarca en la existencia de sistemas que no pueden, de manera radical, negar que sus raíces, sus fundamentos y sus valores son diferentes”. Para agregar, “los jueces de cada sistema, como parte de su oficio, tienen que mantener vigente la idea de la existencia vital de su ordenamiento jurídico, es decir la importancia de su propio ordenamiento jurídico” (*Idem*, pág. 136).

¹² BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, ya citado, pág. 136

¹³ GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, ya citado, pág. 225. Se trata, según el autor, de un procedimiento predeterminado que obliga necesariamente a dialogar a los sujetos judiciales.

hablar de “conexión colaborativa” no parangonable con ninguna otra de las posibles en escenarios de pluralismo constitucional. La cuestión prejudicial “permite una conexión directa sin la intermediación de las instancias máximas de control de constitucionalidad. Es más, permite que los tribunales inferiores cuestionen la interpretación de los tribunales superiores, incluidas las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, los propios tribunales nacionales inferiores actúan como *válvula de seguridad para garantizar interpretaciones mutuamente compatibles* entre Derecho comunitario [DUE] y Derecho constitucional incluso al margen de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros”.¹⁴

Este tipo de diálogo deriva de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales “que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Este diálogo regulado es siempre vertical. En el espacio de la Unión Europea, el mecanismo del reenvío prejudicial es revelador de un diálogo «regulado» por excelencia. Es lo que se podría llamar el «diálogo integrado», es decir, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y efectividad de la integración europea”.¹⁵

El diálogo no regulado, por otra parte, es un modo de relación implícito que está dado por la necesidad de entenderse que encuentra la comunidad de intérpretes. En efecto, al lado del diálogo reglado “existe el diálogo totalmente *libre, desenfrenado, desbocado*, aparentemente espontáneo en el sentido que no deriva de una obligación internacional como tal”.¹⁶ En realidad, escribe Burgorgue-Larsen, muy a menudo este diálogo “es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de

¹⁴ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, pág. 36. Sin resaltar en el original. El mismo autor mantiene que el diálogo judicial en el marco de la UE a través de la cuestión prejudicial “es una realidad extraordinariamente específica difícilmente comprensible fuera de su estricto ámbito de aplicación y no trasladable, en forma alguna, a otras fórmulas de pluralismo constitucional de menor intensidad. Sin embargo, lo que sí podemos apuntar como proposición general es que una intensidad extraordinariamente fuerte en la imbricación entre ordenamientos puede exigir cauces procesales muy desarrollados que conecten ambos ordenamientos” (*idem*, pág. 47).

¹⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, ya citado, pág. 134.

¹⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, ya citado, pág. 134.

obligaciones invisibles; el juez está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo de manera definitiva”.¹⁷

El diálogo puede dividirse también en *vertical* y *horizontal* según la el espacio que ocupen los distintos intérpretes. Es vertical cuando la relación se da entre intérpretes del espacio supranacional y del espacio nacional. Pero no debe omitirse que, ya se dijo, la relación vertical no significa una relación ordenada jerárquicamente. Es horizontal, en cambio, cuando involucra a intérpretes de un mismo espacio (sea nacional o supranacional).

3. El objetivo del diálogo: alcanzar una síntesis que permita superar la pluralidad de interpretaciones

El diálogo planteado como una necesidad propia de toda comunidad de intérpretes –frente al conflicto como constante–, persigue alcanzar soluciones que permitan a la protección multinivel seguir funcionando sin *renunciar* a los elementos esenciales característicos del propio nivel de protección (identidad constitucional).

Lo anterior supone la necesidad de alcanzar, en palabras de Bustos Gisbert, “soluciones mutuamente aceptables”. Estas soluciones son, por tanto, “soluciones de síntesis”. El diálogo se dirige a la consecución de “soluciones compatibles, no de soluciones idénticas o de soluciones de plena conformidad”. El juicio no es un juicio de plena adecuación entre sí de los ordenamientos constitucionales en conflicto; sino de compatibilidad de ambos ordenamientos. Lo que el diálogo persigue (o si se quiere, la razón por la que el diálogo es necesario) *es asegurar el funcionamiento simultáneo de dos (o más) ordenamientos jurídicos en espacios en los que ambos podrían ser aplicables*. No pretende que sean dos ordenamientos que regulen las cuestiones controvertidas de idéntica forma. La presencia de formas distintas de regulación es consustancial a la situación de pluralismo constitucional. El problema es que esa diversidad “no sea tan excesiva como para impedir el funcionamiento conjunto de ambos ordenamientos”.¹⁸

¹⁷ *Idem*, págs. 134-135.

¹⁸ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, págs. 39-40. El mismo autor advierte, sin embargo, que “debe tenerse en cuenta que, por definición, se trata de soluciones temporales, esto es, que a menudo no ofrecerán una solución definitiva al problema planteado que podrá, bajo otras circunstancias, volver a plantearse en el futuro como consecuencia de cambios en las normas o en las circunstancias” (*Idem*).

4. Principios de cohabitación: consensos mínimos de una comunidad de intérpretes

Al hablar de soluciones de síntesis hablamos, precisamente, de consensos sobre principios que permiten mantener la cohabitación dentro de un espacio y una materia común. Así, encontramos síntesis centradas en evitar la “no contradicción” y síntesis que dan un paso más tratando de integrar las previsiones normativas de los ordenamientos afectados. A las primeras pertenece una de las técnicas más habituales de solución de los conflictos constitucionales como es la asignación de la preferencia de aplicación de uno de los ordenamientos en conflicto mediante la renuncia al ejercicio de la propia jurisdicción. La síntesis consiste en este caso *en aceptar sin cuestionar* las decisiones adoptadas por el otro ordenamiento. *No en incorporar dichas decisiones al propio ordenamiento constitucional.*¹⁹ Observemos más de cerca los citados principios de cohabitación.

a. Principio de la “protección equivalente”

No se trata aquí tanto de una solución interpretativa –como en el caso específico del principio de la interpretación conforme–, sino de una solución *procedimental* o *procesal*. En otras palabras, se afirma la propia competencia para resolver la cuestión debatida, pero *renunciando al ejercicio de la misma* en tanto en cuanto se cumplan unas determinadas condiciones mínimas aseguradoras de que la solución final es compatible con el orden jurídico afectado. De este modo, el intérprete renunciante *ejerce no un control sustantivo en profundidad sino un control limitado a la constatación de las condiciones exigidas*.

Este principio supone, por tanto, la aceptación de que la solución ofrecida por el *otro* ordenamiento jurídico es equivalente (no idéntica) a la ofrecida por el propio por lo que el guardián jurisdiccional de éste renuncia a enjuiciar el fondo del asunto. Esta técnica implica la realización de un juicio general sobre la equivalencia de la protección dispensada en el otro ordenamiento jurídico que puede producirse en una sola ocasión sin que el tribunal afectado vuelva sobre la cuestión en casos sucesivos, o bien en cada supuesto concreto sometido a su consideración.

¹⁹ Cuando dichas decisiones se incorporan como propias al ordenamiento constitucional podremos hablar de síntesis comprensivas. Síntesis que se producirán cuando el diálogo lleve a la inclusión de una jurisprudencia sobre derechos externa en la jurisprudencia interna o cuando se confiera relevancia constitucional interna a normas o procedimientos fijados por el ordenamiento externo.

Propuesta originalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán²⁰ reconoce la vigencia de las interpretaciones en materia de derechos fundamentales desarrolladas por una parte de los intérpretes de la comunidad –en este caso los jueces con sede en Luxemburgo- “mientras que” o “en tanto en que” aquellos mantengan el nivel de protección reconocido por otra parte de los intérpretes –los jueces constitucionales con sede en Karlsruhe- en el nivel nacional. Este principio preserva la cohesión dentro de la comunidad de intérpretes finales reconociendo la interpretación de una de las partes como equivalente a la interpretación que otra de las partes hacen de las normas constitucionales.

El mismo principio es desarrollado, años más tarde, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹ (TEDH) frente a las interpretaciones que sobre la materia desarrollan los mismos jueces de Luxemburgo dentro del sistema de la UE.

b. Principio del “contra límite”

Desarrollado en un principio por la Corte Constitucional italiana²², de gran consenso entre los jueces constitucionales de diversos Tribunales europeos²³, esta Regla fue finalmente incorporada por el Tratado de Lisboa al TUE en su artículo 4.2. La misma no desconoce el derecho a la última palabra de uno de los intérpretes –digamos preferido en razón de la materia- pero los jueces constitucionales nacionales no renuncian a expresar la última palabra, si mediaran circunstancias extraordinarias, excepcionales, o bien “aberrantes” para utilizar el lenguaje de los jueces de la *Consulta*, respecto al nivel de protección de los derechos fundamentales que ellos mismos infieren de las normas constitucionales. El “contra límite” se activaría entonces cuando una de las partes considera que la otra *quiebra* el equilibrio o consenso alcanzado dentro de la comunidad de intérpretes finales sobre el nivel de protección generalmente reconocidos a los derechos humanos.

²⁰ Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia 29 de mayo de 1974 (caso *Solange I*).

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de junio de 2005 (caso *Bosphorus*).

²² Corte Constitucional italiana, sentencia Nr. 183 de 27 de diciembre de 1973 (caso *Frontini*).

²³ Ver entre otras las siguientes expresiones de la Regla del contra límite, Tribunal Constitucional español, declaración 1/2004 de 13 de diciembre, y sentencia de 20 de febrero de 2014; Tribunal Constitucional checo, sentencia de 26 de noviembre de 2008, (caso *Lisboa I*); y Tribunal Constitucional polaco, sentencia de 24 de noviembre de 2010, (caso *Lisboa*).

c. Principio de la “tolerancia al error en la interpretación” (derecho a equivocarse)

Propuesto por el Tribunal Constitucional Federal alemán²⁴ frente a la primacía absoluta del derecho de la UE defendida por el TJUE, este principio afirma que los jueces de Luxemburgo tienen derecho, bajo ciertos límites, a sostener posturas interpretativas respecto del derecho de la UE que, aunque difieran de la mantenida por los jueces de Karlsruhe, resulten aceptables. Se reconoce, en este sentido, que el TJUE tiene un “derecho a la tolerancia del error” [*has a right to tolerance of error*]. Es decir, un caso aislado de extralimitación de las competencias atribuidas a la UE que sea tolerado por el TJUE no daría lugar a una control *ultra vires* por parte de los jueces constitucionales alemanes.

d. Principio que remite a un “patrimonio jurídico compartido”

Este principio, elaborado a partir de los años setenta del siglo pasado²⁵ por el hoy TJUE bajo la mención a la “tradición constitucional común a los Estados miembros”, ha permitido recientemente asimilar como propia interpretaciones nacionales sobre *valores* que se suponen comunes a la comunidad de intérpretes finales. En la práctica, esta Regla le ha permitido a los jueces de Luxemburgo atenuar el carácter absoluto que pretende impregnar al principio de primacía del derecho de la UE y evitar así desconocer valores constitucionales básicos como la dignidad²⁶, la prohibición de títulos nobiliarios por atentar contra la igualdad²⁷ o bien la protección de la lengua nacional²⁸ que los hubiera enfrentado a los jueces constitucionales nacionales en situaciones particularmente sensibles para la opinión pública de sus países.

e. Principio que reconoce un “margen nacional de apreciación”

Este principio consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una *protección suficiente*. En estos casos, lo

²⁴ Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia de 6 de julio de 2010 (caso *Honeywell*).

²⁵ STJ, de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 (caso *Internationale Handelsgesellschaft*). Ver también, STJ, de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73 (caso *Nold*).

²⁶ STJ, de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02 (caso *Omega*). Ver también, STJ, de 14 de febrero de 2008, asunto C-244/06 (caso *Dynamic Medien y otro*).

²⁷ STJ, de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09 (caso *Sayn-Wittgenstein*).

²⁸ STJ, de 12 de mayo de 2011, asunto C-391/09 (caso *Runevič-Vardyn y otro*).

que el intérprete realiza es una labor de supervisión de la protección otorgada al Derecho, marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento.²⁹

Desarrollada por el TEDH, esta herramienta “multiuso” –según referencia de García Roca- ofrece una diplomática aproximación internacional a ciertos problemas domésticos, “fundada en la deferencia hacia las autoridades nacionales”. El mismo autor la califica como una consecuencia de la lógica de una protección internacional, “de mínimos y subsidiaria” respecto de la más intensa garantía interna y constitucional que deben dispensar los Estados parte. Y, sobre todo, “un corolario difícilmente evitable dada la amplitud del espacio convencional europeo sobre derechos”.³⁰

En opinión de Repetto, mediante el margen de apreciación -no previsto por el CEDH- los órganos de control de Estrasburgo “han atribuido a los Estados un área fuera de control en el que la valoración de las peculiaridades locales recomienda que competa a los Estados adoptar las decisiones consideradas oportunas para perseguir un fin garantizado por el Convenio”.³¹ La comparación jurídica, en esta clave –afirma el citado autor-, constituye un instrumento con el cual el TEDH puede “registrar y reelaborar la diversidad de las esferas culturales (no solo estatales) en tema de derechos, intentando encuadrarlos de la mejor forma posible en el sistema del Convenio”. Los intérpretes supranacionales intervienen así sobre el CEDH, efectuando un análisis del impacto que una cierta decisión puede tener sobre las “coordenadas constitucionales e histórico-sociales de un cierto ordenamiento”. Margen de apreciación e interpretación evolutiva, por tanto –concluye Repetto-, han sido dos instrumentos gracias a los cuales el TEDH “logra integrar estas esferas culturales con la diversidad y la transformación de las orientaciones sociales y culturales, alimentando el sentido y el ámbito de los derechos deducidos de diversos contextos nacionales”.³²

²⁹ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, pág. 50.

³⁰ GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, ya citado, pág. 221.

³¹ REPETTO, Giorgio, “El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada - Instituto Andaluz de Administración Pública, año 10, Núm. 20, Julio-diciembre (2013), pág. 291.

³² *Idem*, pág. 293.

También es utilizada por el TJUE en casos de gran repercusión en la opinión pública como la posibilidad de reconocer el derecho de residencia a ciudadanos extracomunitarios.³³

f. Principio de “interpretación conforme”

Este principio supone la aplicación de *técnicas interpretativas* que permitan la comprensión de las normas en conflicto de *modo compatible entre sí*. La técnica 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 “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”.³⁴

Reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al desarrollar el control de convencionalidad sobre una norma constitucional nacional³⁵, permite *conformar* la interpretación de los jueces nacionales –teniendo en cuenta la interpretación que éstos hacen de su derecho interno- a la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) hacen los jueces supranacionales.

5. La relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales: ¿un escenario de no diálogo?

El pluralismo jurídico tiene aquí como ámbito territorial a los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y que han ratificado a la vez la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ordenamiento

³³ Ver, entre otros, STJ, de 10 de octubre de 2013, asunto C 86/12 (caso *Alokpa*).

³⁴ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, pág. 48.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párrafo 338. Este precedente allanó el paso a la reforma del artículo 1 de la constitución mexicana que introduce una referencia expresa a la interpretación conforme y a la obligación de los jueces nacionales de realizar el control de convencionalidad. Reforma que, además, en el caso en cuestión, permitió que la Suprema Corte de Justicia mexicana cambiara de posición frente al citado control admitiendo su procedencia y su ejercicio difuso. Esto último significó un cambio en el control de constitucionalidad en México hasta entonces de tipo concentrado en la nombrada Corte.

jurídico de dichos Estados se ha integrado en normas interconectadas a una materia común.

Ahora bien, dentro de la comunidad de intérpretes constituida la relación entre la Corte Interamericana y las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales parece presentarse -en la actualidad- como un *escenario de no diálogo*. En efecto, no ha sido posible alcanzar ninguna solución de síntesis, consensos mínimos sobre principios de cohabitación. Es probable que ello se deba a que, los jueces con sede en San José, plantean la relación entre ordenamientos como una *relación de subordinación jerárquica*. Defienden así la primacía absoluta de la interpretación -excluyente- que hacen de la CADH, imponiendo a los jueces nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, siguiendo aquella interpretación que la Corte interamericana se atribuye como intérprete final de la propia CADH. De este modo, el espacio que se deja para el desarrollo de un diálogo interjurisdiccional, ya se dijo, es ínfimo.

Dan testimonio de lo expuesto dos casos recientes contra Uruguay y República Dominicana. En el primero, se encontraba en discusión -en lo que aquí es objeto de análisis- el monopolio del control de constitucionalidad a cargo de los jueces supremos uruguayos.³⁶ En el segundo, la interpretación y alcance de normas constitucionales referidas a la obtención de la nacionalidad dominicana.³⁷

La disputa sobre quien tiene la última palabra en la comunidad de intérpretes propia de las normas interconectadas en materia de derechos humanos, es resuelta *a su favor* por la Corte Interamericana invocando su condición de intérprete final de la CADH. Con ello prácticamente se *cierra* el ingreso, a los parámetros de validez utilizados en sede supranacional, a las interpretaciones y principios constitucionales nacionales. Esto último implica un alejamiento del principio de la interpretación conforme elaborado por la Corte Interamericana en precedentes anteriores.

Como resultado directo de lo expuesto, el espacio jurídico bajo la CADH parece convertirse en el presente en un espacio de conflicto entre intérpretes finales que no renuncian a ejercer de modo absoluto su derecho a la última palabra.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C Nr. 221, párrafo 193. Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Gelman vs. Uruguay*, Resolución de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 64.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C Nr. 282, párrafos 313 a 325.

6. La relación entre el TJUE y los Tribunales Constitucionales

En el espacio jurídico bajo el derecho de la UE la relación entre el TJUE y los jueces constitucionales nacionales, representó y representa –es cierto que por época y con matices- un espacio de diálogo interjurisdiccional. En efecto, se ha logrado como vimos consenso sobre principios de cohabitación de intérpretes finales principalmente por intermedio del desarrollo de la “protección equivalente” y el “contra límite”.

Ambos principios permiten la configuración –más retórica que práctica- de un área de reserva desde donde los jueces constitucionales se consideran habilitados y legitimados para ejercer, a través de un *control de identidad constitucional*, su derecho a la última palabra sobre si ha ocurrido alguna extralimitación en el ejercicio de las atribuciones reconocidas a la UE (*ultra vires*).³⁸ Esta posibilidad de ejercer un control de legalidad *a posteriori* del control ejercido por el TJUE, con una clara finalidad revisoria, cuestiona el monopolio defendido por los jueces de Luxemburgo en la interpretación del derecho de la UE³⁹ y, por ende, pone en duda la visión absoluta y excluyente del TJUE sobre el principio de primacía de dicho derecho.⁴⁰

En el presente asistimos a uno de esos momentos de repliegue del TJUE sobre sí mismo –o lo que es lo mismo sobre sus interpretaciones finales- como lo testimonia el caso *Melloni*.⁴¹ Frente a la primera cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional español que –en lo que aquí interesa involucra la interpretación del artículo 53 de la Declaración de Derechos Fundamentales de la UE en relación con el artículo 24 de la constitución española- el TJUE opta por una *defensa cerrada* del derecho de la UE apelando a su primacía absoluta. Ello a pesar que la normativa comunitaria en cuestión⁴² preveía un nivel de protección *menor* en los derechos que el reconocido por la constitución española. Los jueces constitucionales aceptaron como final para el caso la interpretación de los jueces de Luxemburgo, no sin antes llamar la

³⁸ Ver en este sentido Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencias de 30 de junio de 2009 (caso *Lisboa*) y de 6 de julio de 2010 (caso *Honeywell*).

³⁹ Ver STJ, de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85 (caso *Foto-Frost*).

⁴⁰ Ver STJ, de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 (caso *Internationale Handelsgesellschaft*).

⁴¹ Ver STJ, de 26 de febrero de 2013, asunto C 399/11 (caso *Melloni*).

⁴² Nos referimos a la Decisión marco 2002/584 que tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado en el principio de reconocimiento mutuo.

atención sobre que, en el futuro, podrían llegar a *desconocer* las interpretaciones provenientes del TJUE que juzguen contrarias a la identidad constitucional de España.⁴³

La tensión entre el TJUE y los jueces constitucionales nacionales ha escalado en el último tiempo al punto de llegar a materializarse –por primera vez- en una sentencia del Tribunal Constitucional checo el tan declamado ejercicio de un control *ultra vires* por entender que el TJUE se había extralimitado en sus competencias.⁴⁴

La crisis del Euro y el capítulo de ayudas económicas y compra de deuda soberana promovido por el Banco Central Europeo, ha abierto un interesante y actual diálogo entre el Tribunal Constitucional Federal alemán quien ha presentado en relación con esta materia su primera cuestión prejudicial ante el TJUE. El contencioso, que ya ha tenido respuesta del abogado general criticando la posibilidad⁴⁵ –manifestada expresamente en la presentación- de que los jueces de Karlsruhe se reserven la última palabra en una materia de competencia comunitaria, tiene un final incierto que amenaza el equilibrio alcanzado a lo largo de los años en esta comunidad de intérpretes finales.

7. La relación entre el TEDH y los Tribunales Constitucionales: la cohabitación de intérpretes en materia de libertad de religión

Dentro del contexto expuesto de pluralismo jurídico donde intervienen diversos intérpretes del alcance que debe reconocérsele a la libertad de religión, el TEDH partiendo de la afirmación que identifica al CEDH con “una norma constitucional de orden público europeo”, procura *reconstruir la unidad interpretativa en materia de derechos humanos*, unidad que se ha perdido a causa de la fragmentación que se origina en la protección multinivel. Se abre así un interesante diálogo –que también incluye el disenso más allá de los consensos- entre jurisdicciones.

Ahora bien, para mantener vivo dicho diálogo, el TEDH ha desarrollado una técnica de *self-restraint* como principio de cohabitación en una comunidad de intérpretes donde todos sus integrantes –al menos en el plano formal- reclaman para sí

⁴³ Ver Tribunal Constitucional español, sentencia de 20 de febrero de 2014, fundamento jurídico 3.

⁴⁴ Tribunal Constitucional checo, sentencia Nr. 5/12 de 31 de enero de 2012 (caso *Slovak Pensions*).

⁴⁵ Ver TJUE, Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14.

el derecho a la última palabra.⁴⁶ En este rumbo, el TEDH se ha referido al principio que reconoce un margen de apreciación nacional, doctrina que se ha colocado en el centro del debate de la cuestión que nos ocupa.⁴⁷ Dicho principio, un ejercicio de diplomacia procesal en palabras de García Roca, es correspondida en parte por los jueces constitucionales nacionales y por el TJUE.

El primer caso ante la jurisdicción de Estrasburgo data de 1978.⁴⁸ El demandante era un sij residente en el Reino Unido, al que habían sido impuestas repetidas multas de tráfico por negarse a cumplir con la norma que imponía a los conductores de motocicleta el uso obligatorio de un casco de protección. Argumentaba el demandante que, para poder cumplir con la norma, habría debido quitarse el turbante que resulta obligatorio para los varones de su religión; y que, si debía elegir entre la ley divina y la ley humana, su conciencia le impulsaba a inclinarse por la primera.⁴⁹ La actitud asumida

⁴⁶ La jurisdicción europea del TEDH, mantiene Carrillo Salcedo, ha oscilado entre “una tendencia de autocontrol judicial”, que acentúa el carácter subsidiario de su jurisdicción, y que en virtud del margen de apreciación nacional ha sido permisiva con determinadas limitaciones a los derechos reconocidos; y una tendencia más favorable a la dimensión constitucional del Convenio, como instrumento de orden público europeo de derechos y libertades (cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 423-427).

⁴⁷ Escribe Vázquez Alonso que el denominado “margen de apreciación nacional”, ha servido al TEDH para orientar una difícil operación de “funambulismo” a partir de la cual se integra lo nacional en el seno de una jurisdicción de las libertades a nivel europeo. Para concluir en que “la armonización entre lo nacional y lo supranacional requiere una especial prudencia por parte de los órganos de Estrasburgo, necesariamente al amparo de un margen de discrecionalidad judicial más amplio del que disfrutaban las jurisdicciones constitucionales nacionales. La importancia mediadora inherente a toda hermenéutica jurisprudencial, de cara a favorecer la comunicación y el consenso, se agrava cuando se trata de integrar distintas realidades nacionales en una jurisdicción común. Las potencialidades interpretativas del Convenio no son en este contexto sino potencialidades inclusivas, que facilitan una cierta discrecionalidad para favorecer la integración (cfr. VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., “Laicidad y libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: una convivencia necesaria y difícil”, en *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, Bilbao, Vol. 56/2, julio-diciembre 2008, pág. 138). Para García Roca, la protección de los derechos en el ámbito del CEDH no puede entenderse al margen de la necesidad de “conjugar un intenso pluralismo de base territorial -más que la vieja soberanía absoluta- con una integración europea a un tiempo prudente que puedan asumir las opiniones públicas de los Estados miembros”. En este sentido, es inevitable que en determinadas materias especialmente sensibles, se plantee el conflicto de “¿Cuándo debemos avanzar en integración o respetar las diferencias nacionales?” (cfr. GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Núm. 20, 2007, págs. 120-131).

⁴⁸ Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 7992/77, 12 julio 1978 (*X c. Reino Unido*).

⁴⁹ Aunque sólo un caso de esta clase llegó a Estrasburgo, los conflictos en Reino Unido -donde hay una importante población sij- habían sido numerosos; hasta el punto de que la legislación inglesa de tráfico fue modificada, como resultado de la presión política de la comunidad sij, para permitir una excepción al uso obligatorio del casco de protección en el caso de motociclistas varones de esa religión. De hecho la legislación fue modificada antes de que el demandante presentara su solicitud ante el TEDH: cfr. *Motor-*

en esta demanda por la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante Comisión)⁵⁰, anticipa lo que será la postura predominante en el TEDH para los supuestos de colisión entre uso personal de simbología religiosa y norma estatal: *una justificación de la injerencia del Estado en el derecho de libertad religiosa amparada en el margen de discrecionalidad estatal al aplicar los límites indicados en el artículo 9.2 (CEDH)*.⁵¹ En efecto, la Comisión se limitaría a declarar inadmisibile la demanda por “manifiesta falta de fundamento”, aludiendo genéricamente al margen de apreciación discrecional de las autoridades británicas al entender las consecuencias de la protección de la salud pública como restricción legítima a la libre expresión de la propia religión o creencias.⁵²

Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976, Section 2A. El Reino Unido no es el único país occidental en establecer excepciones a normas generales a favor de los sij. Otro caso es el de Canadá, donde las reglas de la policía montada permiten a los sij llevar su tradicional turbante en lugar del reglamentario y característico sombrero de ala ancha. Esa excepción ha sido *declarada constitucional* por la jurisprudencia canadiense en respuesta al recurso formulado por un grupo de ex-policías contra esa dispensa: caso *Grant v. Canada (Attorney General)*, [1995] S.C.C.A. No. 394 (S.C.C. Feb 15, 1996).

⁵⁰ Eliminada con la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH, el 1 noviembre 1998, que modificó importantes aspectos del procedimiento ante el TEDH. Es el propio Tribunal quien se encarga, desde entonces, de declarar la admisibilidad o no de las solicitudes presentadas.

⁵¹ Ver entre otros, Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 16278/90, 3 mayo 1993 (*Karaduman c. Turquía*) y decisión sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 18783/91, 3 mayo 1993 (*Bulut c. Turquía*); TEDH, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 42393/98, 15 febrero 2001 (*Dahlab c. Suiza*).

⁵² Muchos años después, la propia exigencia del turbante sij generaba algunas demandas análogas, con respuesta también similar por parte del TEDH. En el contexto de las *medidas de seguridad de los aeropuertos* cabe citar la decisión de 11 enero 2005 sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 35753/03 (*Phull c. Francia*) donde el demandante era un ciudadano británico de religión sij que, al pasar por los controles de seguridad del aeropuerto (precisamente el aeropuerto de Estrasburgo), fue obligado a despojarse de su turbante, a pesar de que no había rehusado pasar por el arco de detección de metales y se había ofrecido a ser reconocido con detector manual. El TEDH rechazaría la admisibilidad de su demanda por manifiesta falta de fundamento, alegando el margen de discrecionalidad estatal en materia de medidas de seguridad, que constituyen uno de los límites previstos por el citado artículo 9.2 (CEDH). También se involucran normas administrativas que regulan la *fotografía de identidad que ha de figurar en el permiso de conducir* en relación a la decisión de 13 noviembre de 2008 sobre la admisibilidad de la solicitud Núm. 24479/07 (*Mann Singh c. Francia*). El demandante era aquí un varón sij, conductor de vehículos pesados, que solicitaba en 2004 un duplicado de su permiso de conducir por haberle sido sustraído el anterior durante un robo a mano armada. Su solicitud fue rechazada por aportar fotografías con turbante en lugar de con cabeza descubierta; aunque no había tenido problemas para renovar su permiso de conducción en ocasiones anteriores en esas condiciones, la normativa había cambiado en 1999. El TEDH rechazaría la admisibilidad de su demanda como manifiestamente infundada, por las mismas razones que en el caso *Phull*.

En el caso *Leyla Şahin* (2005)⁵³ -que fue decidido por el TEDH en dos instancias: sala y Gran sala- el debate que seguimos agiganta sus dimensiones a causa de su difusión mediática y de la atención que despertó en la doctrina jurídica.⁵⁴

El TEDH aplicó al caso su doctrina del margen de apreciación nacional, con la consiguiente remisión a la discrecionalidad del Estado turco para aplicar restricciones a los derechos fundamentales. Reconoció de este modo la legitimidad de las políticas contrarias al uso del velo islámico, las cuales estarían justificadas por la finalidad de mantener la vigencia del principio constitucional de laicidad, que el Tribunal aceptaba como necesario en Turquía, de acuerdo con su historia, para mantener la democracia frente a la posible difusión de interpretaciones extremas del Islam. Además, admitía también el TEDH el argumento del gobierno turco según el cual la prohibición de símbolos religiosos tenía por objeto generar un clima de tolerancia y evitar una presión social sobre aquellas estudiantes femeninas que no desearan llevar el velo.⁵⁵

Este contexto le da a los Estados un margen nacional de apreciación y el TEDH debe controlar si las medidas tomadas en el marco de ese margen están fundadas en un principio que las justifique y que las mismas son proporcionadas. Ese es el control de convencionalidad que el TEDH, según el mismo, puede realizar sobre los actos que el Estado efectúa dentro de ese margen de apreciación o discrecionalidad.⁵⁶

⁵³ TEDH (Gran sala), sentencia de 10 noviembre 2005 (*Leyla Şahin c. Turquía*). Esta sentencia reafirma, con razonamiento muy parecido, la previa sentencia que, el 29 de junio de 2004, había adoptado una de las salas del Tribunal. La decisión de la sala fue adoptada por unanimidad, y la de la Gran Sala por dieciséis votos a uno.

⁵⁴ El caso se refería a la demanda de una joven turca, estudiante de Medicina, que había sufrido las consecuencias de una normativa universitaria que prohibía tanto el uso de barbas (a los varones) como de pañuelos que cubrieran la cabeza (a las mujeres). Esas normas tenían por objeto restringir la “visibilidad” del Islam en las aulas universitarias, con el declarado fundamento era garantizar el “clima laico” de la Universidad pública. La estudiante terminaría por ser suspendida de la Universidad durante un semestre, después de haber reclamado infructuosamente contra las normas del Rectorado, tanto en la vía administrativa como judicial. Al final, decidiría concluir sus estudios de medicina en Viena, donde no tuvo problema alguno para vestir las prendas que consideraba obligadas según su religión.

⁵⁵ La sentencia que anotamos se ubica en la línea de las dos sentencias sobre el *Refah Partisi* o Partido de la Prosperidad (2003-2001), en las que el TEDH justificaría la disolución de un partido político de inspiración islámica ante el alegado riesgo de fundamentalismo y ante el hipotético peligro de que, llegado al poder, pudiera imponer una norma religiosa -la sharia- como reguladora de ciertas áreas de la vida civil. Así como en la línea de las sentencias que, desde el caso *Kalaç* (1997), han justificado las cribas ideológicas entre los oficiales del ejército turco (TEDH, sentencia de 1 julio 1997 [*Kalaç c. Turquía*]).

⁵⁶ TEDH (Gran sala), sentencia de 10 noviembre 2005 (*Leyla Şahin c. Turquía*), apartados 110-111.

Finalmente, el TEDH entendió que las acciones del Estado turco resultaron justificadas por las finalidades ya nombradas, y que eran proporcionadas para lograr esos fines buscados en un país tan particular como Turquía, donde las manifestaciones de fundamentalismo han atentado contra la paz social y el desarrollo de la democracia.⁵⁷

Hasta el momento se han expuesto casos en los que el TEDH aplicó el principio de laicidad bajo los objetivos de neutralidad e imparcialidad, y donde el proceder de los Estados se justificó por considerar que las medidas tenían una finalidad legítima suficiente, eran proporcionadas a dichos objetivos y existía un margen nacional de apreciación sobre la situación. En el *caso Lautsi y otros c. Italia* (2011) la situación es diferente, y la posición del TEDH parece cambiar.⁵⁸

El TEDH, en su primera intervención resolvió en favor de la petición de los tres accionantes. Para ello sostuvo que la presencia de los crucifijos en las escuelas italianas violaba los derechos consagrados en el CEDH, porque la ostensible presencia de estos en el aula no solo implicaba un acto de proselitismo, sino que también afectaba emocionalmente a los niños que no profesaban esa religión, generando disturbios.⁵⁹

Cuando el caso llegó año y medio después a la Gran Sala del TEDH, esta mantuvo la doctrina de la Sala (sección segunda), según la cual el crucifijo es claramente un signo religioso y que no pueden dársele otros significados. Sin embargo, contrariamente a la Sala preopinante, entendió que la decisión italiana sobre los crucifijos parecía ser una razonable aplicación, de acuerdo con el contexto interno del Estado italiano, del principio de autonomía de los Estados al que el TEDH refiere mediante el margen de apreciación estatal. Así, la Gran Sala sostuvo que los Estados miembros son responsables de asegurar, mediante la neutralidad e imparcialidad el libre

⁵⁷ Idem, apartados 109 y 111-116.

⁵⁸ TEDH (Gran Sala), sentencia de 18 de marzo de 2011 (*Lautsi y otros c. Italia*). Este pronunciamiento revoca un pronunciamiento anterior de la Sala (sección segunda) que se había manifestado a favor de la recurrente mediante sentencia de 3 de noviembre de 2009. Se discutió aquí si el hecho de tener crucifijos en las escuelas públicas afectaba los derechos humanos.

La presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas se basaba en el artículo 118 del Real Decreto Nr. 965 de 30 de abril de 1924 que especifica que cada aula debe estar provista del retrato del Rey y de un crucifijo (reglamento interno de los establecimientos de enseñanza media) y en el artículo 119 del Real Decreto Nr. 1297 de 26 de abril de 1928 que incluye el crucifijo en la lista de los muebles que deben equipar las aulas (aprobación del reglamento general de servicios de enseñanza primaria). En su sentencia de 17 de marzo de 2005 el Tribunal Administrativo desestimó el recurso argumentando que las normas citadas se encontraban vigentes.

⁵⁹ TEDH (Sala, sección segunda), sentencia de 3 de noviembre de 2009 (*Lautsi y otros c. Italia*), apartados 47 y 55-57.

ejercicio de varias religiones, de acuerdo con las exigencias que surgen del artículo 9 (CEDH).⁶⁰ Pero el deber de respeto al ejercicio de los derechos por parte de los particulares, en el ámbito de confluencia con el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 (CEDH), *varía considerablemente en cada caso, porque se deben tener en cuenta las particulares circunstancias que se presentan en cada Estado miembro. O sea que el modo de aplicar los principios receptados en la normativa referida varía de acuerdo con el lugar y el momento.*⁶¹

Como podemos apreciar, en el caso *Lautsi y otros c. Italia* postura adoptada por la Gran Sala del TEDH intenta parecer coherente con las resoluciones tomadas con anterioridad, subrayando el margen nacional de apreciación. No deben extrañar entonces las continuas referencias a casos anteriores y, principalmente, al caso *Layla Sahin*. Sin embargo, se observa un importante cambio en la jurisprudencia que seguimos del TEDH. El Tribunal con sede en Estrasburgo ha pasado de entender que es proporcionado que un Estado decida expulsar de la universidad turca a una estudiante de quinto año de Medicina por llevar un pañuelo en la cabeza, o expulsar de la escuela a menores de edad en Francia por igual motivo, dado que en esos casos la razón por la que usaban el velo era religiosa, manifestando su religión, a considerar legítimo con relación a la imparcialidad y neutralidad que se ponga en toda escuela pública un símbolo claramente reconocido como religioso, y aun así enseñar directa o indirectamente religión de modo objetivo, no proselitista, pacífico y admitiendo el pluralismo crítico, sin que estas sean medidas que violenten los derechos de los demás ni el orden público.

Pero apenas dos años después, tratando un nuevo caso contra Francia, el TEDH volverá sobre la senda de la laicidad proyectando sus efectos de manera absoluta e intolerante con las expresiones ostensibles de símbolos religiosos.

El caso *S.A.S* (2014)⁶² constituye la última expresión del TEDH en la materia que analizamos. La denuncia contra el Estado francés tiene como finalidad cuestionar Ley 2010-1192 por entender que es contraria al CEDH. La recurrente, una ciudadana

⁶⁰ TEDH (Gran Sala), sentencia de 18 de marzo de 2011 (*Lautsi y otros c. Italia*), apartado 60. Esta frase de “*neutrality and impartiality*” había sido extensamente desarrollada en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, ya citado, caso al que el TEDH hace referencia en el referido apartado.

⁶¹ Idem, apartados 61 y 62.

⁶² Ver TEDH (Gran Sala), sentencia de 1 de julio de 2014.

francesa nacida en 1990, de origen pakistaní, que declaraba ser musulmana devota y vestir ocasionalmente las prendas mencionadas en la normativa impugnada, de acuerdo con su fe religiosa, cultura y convicciones personales. Subrayaba hacerlo sin presión ni de su esposo ni de ningún otro miembro de su familia, de forma esporádica, cuando deseaba encontrarse en paz interior consigo misma, o en momentos especiales para su credo (por ejemplo durante el Ramadán), todo ello sin intención alguna de molestar a nadie. De hecho, reconocía no vestir el velo integral cuando necesitaba acudir al médico o cuando deseaba socializar en público o quedar con amigos, y manifestaba su comprensión acerca de la conveniencia de no vestirlo o descubrirse si se lo solicitaban en lugares particulares como bancos o aeropuertos.

En lo que aquí interesa, el TEDH estudia si la prohibición persigue alguna de las finalidades convencionalmente legítimas, que califica de *numerus clausus*⁶³ e interpretación restrictiva, y en concreto analiza las dos empleadas por el Gobierno francés a saber: la seguridad pública, y la protección de los derechos y libertades de los demás, concretada entre otros en el necesario “respeto por el elenco mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática”.⁶⁴ El TEDH es consciente y así lo afirma que este último valor no coincide con ninguno de los expresados por el CEDH en los artículos de referencia, aunque el Gobierno francés sugiere que deriva directamente de la necesidad de proteger los derechos ajenos. Precisamente, en nuestra opinión, es este punto el que debe concentrar la mayor atención en la medida que el TEDH creó un nuevo paradigma de legalidad para juzgar la responsabilidad de un Estado parte frente al CEDH.

El TEDH se muestra dispuesto a aceptar que, bajo ciertas condiciones, el objetivo convencionalmente legítimo de la protección de los derechos y libertades ajenos puede abarcar el “respeto de los requisitos mínimos de vida en sociedad”, descrito por la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión como “vida en común” (*le vivre ensemble* o *living together*).⁶⁵ El TEDH admite la argumentación proporcionada por el Gobierno francés, según la cual el rostro juega un papel importante en la

⁶³ Idem, apartado 113. Es de hacer notar que, a pesar de dicha calificación, como vemos de inmediato el TEDH admite una nueva causal limitativa definida por el Gobierno francés como “vida en común” (*le vivre ensemble* o *living together*).

⁶⁴ Idem, apartado 82.

⁶⁵ Idem, apartado 25.

interacción social. Acepta que “los. individuos presentes en lugares abiertos a todos puede ocurrir que no deseen ver prácticas o actitudes que (...) básicamente ponen en duda la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, lo cual, por obra de un consenso establecido, constituye un elemento indispensable de la vida en común dentro de la sociedad en cuestión. El Tribunal puede así aceptar que la barrera levantada contra los demás por un velo que oculte el rostro es percibida por el Estado demandado como una actitud que conculca el derecho de los otros a desenvolverse en un espacio de socialización que haga la vida en común más fácil”.⁶⁶

El TEDH reconoce la flexibilidad de la noción de “vida en común”, por lo que se propone examinar con mayor detenimiento el último de los requisitos, a saber, la necesidad de la medida en una sociedad democrática, lo que en otras palabras podríamos describir como juicio o test de proporcionalidad constitucional, en este caso convencional, de la medida.

Concluye el TEDH su análisis general de la cuestión centrándose en el margen de maniobra que debe respetarse al Estado en su tarea de dirección política, como agente mejor situado para evaluar las necesidades y condiciones locales, sin perjuicio del control del propio TEDH. Este margen debe ser en palabras del TEDH amplio, considerable, en un ámbito como el de la expresión de símbolos religiosos en el ámbito público, a la vista de que el enfoque nacional a la cuestión difiere mucho según los países. El TEDH cita expresamente el caso *Leyla Sahin* –entre otros- para exponer que en Europa no existe consenso acerca del diferente significado e impacto de la expresión pública de las religiones y creencias, y justificar así el amplio margen de discrecionalidad que debe garantizar a los Estados.⁶⁷

El TEDH entra luego en el núcleo de su argumentación para analizar la necesidad de la prohibición discutida en una sociedad democrática, y lo hace desde la perspectiva de la seguridad pública y de la protección de los derechos y las libertades de los demás. Desde la primera de las perspectivas, el TEDH establece que una prohibición total de vestir en lugares públicos prendas que oculten el rostro, atendida la afectación de los derechos en juego, sólo puede ser considerada proporcional al fin perseguido en un contexto de amenaza general a la seguridad pública. En este sentido, el Gobierno

⁶⁶ Idem, apartado 122.

⁶⁷ Idem, apartado 130.

francés no ha acreditado la existencia de este contexto, por lo que la medida no puede considerarse necesaria para la salvaguarda de la seguridad en una sociedad democrática, en el sentido de los artículos 8 y 9 (CEDH). En particular, el TEDH advierte que el objetivo alegado por el Gobierno pudo alcanzarse con medidas menos invasivas, como la mera obligación de descubrirse e identificarse en momentos o lugares de riesgo concreto o sospecha de fraude.⁶⁸ Por lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades de los demás, el TEDH comienza reiterando la conclusión a la que ya había llegado antes, según la cual la prohibición impugnada puede considerarse justificada en abstracto para garantizar las condiciones de “vida en común”.⁶⁹

En último término, el TEDH afirma que la decisión acerca de si debe prohibirse o no este tipo de prendas pertenece a la sociedad que elige. Este último argumento es el considerado definitivo y lleva al TEDH, por mayoría de los magistrados de su Gran Sala, a considerar que la prohibición no viola las disposiciones del CEDH. Entiende que, con ella, el Gobierno francés respondía a una práctica que el Estado considera incompatible, en la sociedad francesa, con las reglas básicas de la comunicación social y, en general, con las exigencias de vida en común. En este contexto, el Estado demandado persigue proteger un principio de interacción entre los individuos, que se contempla como esencial para la expresión no sólo del pluralismo, sino también de la tolerancia y apertura de espíritu, sin los cuales no existiría una sociedad democrática.⁷⁰

Visto lo cual, el TEDH concluye estableciendo que Francia tenía un amplio margen de apreciación en el caso de referencia, y que la prohibición impuesta por la Ley francesa 2010-1192 se considera proporcionada al objetivo perseguido de preservación de las condiciones de vida en común, como elemento de la protección de los derechos y libertades ajenos.⁷¹

El debate jurídico sobre la prohibición integral del velo islámico ha permitido desarrollar un importante diálogo entre las jurisdicciones que intervienen en los distintos niveles de protección de los derechos humanos en Europa. Fuera de este

⁶⁸ Idem, apartado 139.

⁶⁹ Idem, apartado 122, al que se remite el 141.

⁷⁰ Idem, apartado 153.

⁷¹ Tras esta declaración, entiende que por los mismos motivos carece de objeto la pretendida violación del artículo 10 (CEDH, libertad de expresión) y que cualquier posible sospecha de violación del artículo 14 (CEDH) queda descartada por la razonabilidad y objetividad que justifican la prohibición examinada.

acuerdo, donde se expresan por igual consensos y disensos, todo está por discutirse. El espacio jurídico europeo está muy lejos de una postura común –o cuanto menos mayoritaria respecto a la prohibición integral del velo islámico-, por lo tanto, hasta que ello no ocurra los Estados parte del CEDH darán al artículo 9 de dicho instrumento el alcance que consideren más adecuado a su ordenamiento constitucional. Así lo ha consentido, por otra parte, el TEDH al desarrollar su doctrina sobre el margen de apreciación nacional, lo cual de ningún modo significa –como vimos- renunciar al control de convencionalidad de las medidas restrictivas nacionales.

En este sentido, el TEDH se reserva la última palabra en tanto intérprete final del artículo 9 (CEDH), pero tratándose de un cuestión tan conflictiva y que despierta intereses tan contrapuestos, los jueces con sede en Estrasburgo han preferido escuchar a las jueces nacionales aun a costa de socavar su propia credibilidad ante la opinión pública europea. Esto es, cambiando, en pocos meses, de opinión al revocar la Gran Sala la sentencia de la Sala –como vimos en el caso *Lautsi y otros c. Italia*-, o bien permitiendo la exhibición de crucifijos en las aulas italianas al tiempo que consiente la prohibición de ostentar símbolos religiosos en el espacio público francés apelando a un parámetro de legalidad ausente en la CEDH.