

DIÁLOGOS JURISDICCIONALES EN ESCENARIOS DE PLURALISMO CONSTITUCIONAL (*)

RAFAEL BUSTOS GISBERT

I

La obra objeto de comentario se sitúa en el contexto de los nuevos escenarios de pluralismo constitucional de los que cada vez son más conscientes los operadores jurídicos. En tales contextos dos tipos de aproximaciones son posibles. Por una parte, encontramos estudios generales, de naturaleza fundamentalmente dogmática con puntos de vista procedentes de la Teoría General. Por la otra, cada vez más, como señalara Pérez Tremps en el congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España de 2009, estos planteamientos más generalistas en la aproximación a los problemas suscitados por esta cuestión están siendo, afortunadamente, complementados con numerosos estudios centrados en cuestiones más concretas, en conflictos más acotados que la general compatibilidad entre Constitución e Integración.

La profesora de la Universidad Pompeu Fabra, Aida Torres, elige una aproximación que deberíamos calificar como intermedia entre esos dos planteamientos. Examina una cuestión general con indudables aspectos concretos que inciden en la práctica diaria de la aplicación e interpretación del Derecho. Y no rehúye ninguna de las dos perspectivas. El mismo título del trabajo anuncia la doble perspectiva. Una cuestión razonablemente concreta (los conflictos en la aplicación de derechos en la UE) como objeto central de estudio, desde una perspectiva general (una *teoría*) que hace referencia a su vez a la aplicación

(*) Comentario a Aída TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

práctica del Derecho por parte de los jueces y tribunales (*adjudication*). El objetivo es, desde luego, muy ambicioso y la autora, puede ya anunciarse, sale muy airosa de este reto.

Alguna premisa debe ser anunciada al comienzo de este comentario para la plena comprensión de su contenido. El objeto de la obra es la *judicial adjudication*. El término inglés debería ser traducido como la aplicación judicial del Derecho, en este caso de los derechos. Sin embargo, tiene más matices de los que la traducción traslada, pues se refiere también al modo en que se debe construir el proceso argumentativo conducente a la adopción de una decisión judicial. Es, por tanto, algo más que la mera aplicación. Es un concepto típicamente anglosajón no por casualidad. En los países con fuerte presencia de las estructuras propias del Common Law, la *adjudication* constituye un concepto objeto de la máxima preocupación teórica dado su carácter central en la propia construcción del sistema jurídico. No es de extrañar, pues, que éste fuera el objeto de estudio en el origen del presente texto que no es otro que la tesis doctoral defendida por la autora en la Yale Law School. El origen norteamericano del trabajo se nota a lo largo de toda la obra, ofreciendo unas perspectivas poco comunes, pero enormemente interesantes, en los estudios que tienen por objeto la cuestión de la integración supranacional. Un objeto respecto al que no es ocioso recordar la frase atribuida a un famoso juez del Tribunal Supremo norteamericano: «no somos los últimos porque seamos infalibles, somos infalibles porque somos los últimos». La profesora Torres se enfrenta a la cuestión de cómo resolver los problemas de *adjudication* en un contexto en el que no está nada claro «quiénes son los últimos» y hacerlo desde la experiencia constitucional europea y norteamericana.

La tesis fundamental sostenida en el libro es que el diálogo jurisdiccional es no sólo una fórmula correcta para la solución de los eventuales conflictos que pudieran surgir en la aplicación judicial de los derechos en la Unión Europea, sino que también constituye una fórmula para la legitimación del proceso resultante. De este modo se da un paso más en el uso del diálogo jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional, pues habitualmente éste queda en una mera técnica de resolución de conflictos sin ningún potencial legitimador.

II

El texto se desarrolla conforme a una sistemática irreprochable en tres partes claramente diferenciadas.

En la primera parte, que engloba los dos primeros capítulos de la obra, se examina el contexto de reconocimiento de los derechos en Europa. En particular se plantea con carácter general y diacrónicamente el problema principal en torno a los posibles conflictos en materia de derechos fundamentales en el ámbito europeo como consecuencia de la existencia de una posible «superposición» (overlapping) en el ámbito protegido por los derechos constitucionales de cada Estado y los derechos protegidos por instancias situadas más allá del Estado (en particular la UE), centrandó, así, correctamente el objeto de estudio. Como, probablemente, no podía ser de otra forma, se realiza una panorámica global de los sistemas de protección de derechos en Europa vinculados a la protección estatal, la derivada de la Unión Europea y la procedente del Consejo de Europa. Esta protección «multinivel» de derechos es examinada a partir de las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y los tribunales nacionales; las del Tribunal de Justicia de la Unión (en adelante, TJE) con el TEDH y, por último, las que vinculan al TJE con los tribunales nacionales. La correcta conclusión alcanzada es que las formas de interacción, entre ambas instancias supraestatales con los tribunales internos, es estructural y metodológicamente muy diferente. El TEDH confiere un «suelo común» en materia de derechos fundamentales en Europa que no resuelve el conflicto en aquellos supuestos en los que los Estados miembros de la UE confieran mayor protección a los derechos que los dispensados por el Tribunal de Justicia. Quizás la única objeción que pueda plantearse al desarrollo de estas cuestiones por la autora sea el uso del, por otra parte muy popularizado y por ello justificado en la obra, término «multinivel» para designar el panorama normativo expuesto. La idea de múltiples niveles en la protección de derechos confiere la imagen (que en los planteamientos teóricos no es ni mucho menos totalmente cierta) de escalones necesariamente sucesivos con capacidad de revisión de los niveles superiores sobre los inferiores. Esa imagen puede ser ilustrativa de las relaciones entre TEDH y tribunales nacionales (y eventualmente entre TEDH y TJE una vez la UE forme parte del Consejo de Europa y ratifique el CEDH, si lo hiciera en parecidas condiciones a las del resto de Estados miembros de ambas organizaciones), pero no realmente de las relaciones entre TJE y tribunales nacionales, ni de las peculiares relaciones entre TJE y TEDH hasta el momento. Cosa que, por otra parte, la autora deja muy claro tanto en esta parte del libro como, sobre todo, en la segunda parte.

Efectivamente, los capítulos 3 y 4 que componen la segunda parte de la monografía objeto de comentario desarrollan el contexto de pluralismo constitucional en el que se produce la protección de los derechos en Europa y los eventuales conflictos que tal protección puede generar. Para ello, en el capítulo

tercero, la autora procede a un exhaustivo análisis del paso de modelos jerárquicos a modelos pluralistas en la estructuración del ordenamiento jurídico. Sin dar nada por sentado, estudia tanto los argumentos justificadores de modelos de jerarquía sustentados en la Constitución nacional de cada Estado como de los que pretenden justificar tal jerarquía en la supremacía del Derecho comunitario concluyendo que ninguno de los argumentos utilizados puede ser plenamente justificador de la adopción de un modelo jerárquico. Tampoco, «más allá de la jerarquía», la autora acepta propuestas intermedias, bien por no responder a la realidad normativa previamente expuesta (así, la propuesta de que los derechos en el ámbito de la UE constituyan una base común a todos los Estados miembros que pueden conferir mayor protección no es conforme con la eficacia y uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario), bien por tratarse de propuestas que no son acordes con la arquitectura jurídica de la UE (vinculadas a lo que se suele llamar un sistema de pluralismo constitucional no puro en el que los casos conflictivos sean resueltos por instancias internacionales o creadas *ad hoc* para ello). Opta, por tanto, por un modelo de pluralismo constitucional puro. Esto es, en sus propias palabras (siguiendo de cerca las construcciones de MacCormick y de Walker), «una comunidad constituida por ordenamientos jurídicos parcialmente separados, pero interdependientes, cuyas normas fundacionales no están ordenadas jerárquicamente». Un escenario como éste no es inestable en sí mismo, continúa la autora, pero subsiste siempre la posibilidad del conflicto.

Pero, antes de entrar en el conflicto objeto de estudio, la autora con criterio elogiado se detiene en el capítulo 4 en el examen del conflicto de fondo o subyacente. En concreto el conflicto entre uniformidad y diversidad. El problema de fondo es en qué medida en contextos de pluralismo constitucional es exigible la diversidad en la interpretación de las normas de derechos fundamentales o es necesaria la uniformidad para garantizar la coherencia del conjunto del sistema. Ésta es una tensión inherente a todo sistema de pluralismo constitucional por lo que la autora asume como referencia la experiencia del federalismo norteamericano a la hora de apuntar posibles soluciones. Desde esta perspectiva cuatro grandes argumentos sustentan la necesaria uniformidad supranacional (la unidad e identidad supranacional, la eficacia del derecho de la UE, la básica igual protección y la legitimación del ordenamiento jurídico europeo a través de los derechos) y otros dos grandes motivos sustentan el necesario respeto a la diversidad estatal (la garantía de un autogobierno democrático de comunidades políticas con una identidad propia que ha de ser preservada y la protección de la libertad individual —mediante la garantía de una protección dual, la salvaguardia de la posibilidad de opción autónoma y el aseguramiento de espacios terri-

toriales de experimentación de innovaciones en la protección dispensada por los derechos—). De este modo la garantía de la diversidad en un contexto pluralista pasa no por la superioridad de ninguno de los dos órdenes, sino por el establecimiento de un permanente diálogo que asegure la convergencia entre ambos. Con ello, se introduce la idea de diálogo que constituye el núcleo de la obra.

La tercera parte examina la noción de diálogo judicial para la aplicación de los derechos en el escenario de pluralismo constitucional creado como consecuencia de la integración europea. En tal sentido, ya desde el principio de la obra (pág. 6) la autora ha definido el diálogo como «vía de comunicación argumentativa basada en el intercambio de razones que contribuye a llegar a soluciones mejor razonadas para la comunidad como conjunto». Tal examen se realiza en dos pasos: el diálogo como fuente de legitimación (capítulo 5) y la aplicación práctica del mismo a la aplicación judicial de los derechos mediante el razonamiento constitucional comparativo (capítulo 6).

Desde el primer punto de vista, la obra examina el *ideal dialógico* desde una perspectiva general en cuanto justificación del ejercicio del poder en las teorías constitucionales y democráticas de las últimas décadas vinculadas al posmodernismo, el comunitarismo, el ideal deliberativo de los neorrepblicanos norteamericanos o la teoría del discurso habermasiana. Aplicando tales planteamientos a la construcción de la legitimidad del TJE cuando aplica derechos fundamentales, considera que éstos no se justifican «desde fuera», desde un subjetivismo individual ni desde la búsqueda de la «verdad» en la materia por parte de una institución judicial. La legitimidad del TJE deriva de la búsqueda de una interpretación de los derechos que pueda ser compartida por todos los Estados miembros, por lo que necesariamente deberá respetar la identidad constitucional de aquéllos. Dicho en otros términos, la definición de los derechos por parte del TJE sólo puede realizarse a partir de un diálogo con los tribunales de los Estados miembros en la medida en que es el único camino que permite llegar a soluciones mejor razonadas para toda la comunidad y, simultáneamente, permite la participación de todos los implicados en la solución finalmente adoptada. Ello tendría como ventajas añadidas que el método dialógico adoptado permite la creación de una identidad común en el esencial campo de los derechos y constituye la forma más consistente de interacción en marcos pluralistas.

El tipo de diálogo defendido por la autora ha de reunir una serie de características vinculadas a su carácter evolutivo (no es un diálogo simultáneo con todos los tribunales nacionales), fragmentario (caso por caso), continuo en el tiempo y sin un punto de llegada fijo (pues es revisable como consecuencia de la incorporación de nuevos argumentos por alguno de los actores del mismo). La objeción evidente a esta construcción es la presencia de un apreciable grado de

indeterminación. Pero, en contextos pluralistas esto es inevitable. El conflicto último está siempre presente no pudiéndose eliminar totalmente nunca (en tal caso el contexto dejaría de ser pluralista para convertirse en jerárquico). Lo que permite el diálogo, sostiene gráficamente la autora, es «manejar» el conflicto encaminándolo a una solución de «acomodación mutua». Dicho en otros términos. Dado que no es posible una solución última para un eventual conflicto en la aplicación de los derechos, el diálogo provee una fórmula que permite alcanzar a lo largo del tiempo un acuerdo entre todas las partes implicadas en el mismo (fundamentalmente TJE y tribunales nacionales).

Los argumentos a favor del diálogo judicial son sistematizados por la autora en cuatro grandes grupos: los resultados finales son los mejor razonados; permite la participación de múltiples actores de modo que el resultado es fruto de un esfuerzo colectivo en varios niveles; permite la construcción de una identidad europea sin eliminar las identidades estatales y, por último, respeta el contexto pluralista característico de la construcción europea. Ahora bien, para que estos argumentos puedan ser aplicables en la justificación del diálogo deben estar presentes una serie de prerequisites: la existencia de diversidad de puntos de vista; de una base común de entendimiento (un sustrato conceptual compartido); la ausencia de una «completa autoridad» de uno de los actores dialogantes sobre el resto; el reconocimiento y respeto mutuo entre los sujetos dialogantes; la presencia de idénticas oportunidades de participación de todos los sujetos afectados y, finalmente, la garantía de la continuidad del diálogo en el tiempo.

La obra concluye con la explicación, en el capítulo 6, del método jurídico aplicable para la adopción del diálogo judicial como fórmula de solución de conflictos en la aplicación judicial de los derechos en la UE. El método es, lógicamente, el comparativo. Tras examinar las bases conceptuales de este método y el debate en torno a la interpretación constitucional comparativa (de nuevo la perspectiva norteamericana resulta en este punto particularmente interesante) con un exhaustivo análisis de los argumentos a favor y en contra, la autora demuestra no sólo su aplicabilidad, sino también sus ventajas en el marco de la UE que pueden resumirse en que es el único que puede garantizar un diálogo deliberativo que encontrará la mejor solución posible a cada problema. Esta genérica afirmación es demostrada en el texto examinando cómo opera el método en la actuación del TJE y cómo conduce a soluciones de síntesis en el nivel supranacional de aplicación de los derechos. Síntesis que no implica la existencia de una absoluta equivalencia entre la protección de los derechos en el ámbito supranacional y en el estatal, pero que es mutuamente aceptable. Ello supone que no puede ni debe esperarse una absoluta uniformidad en la aplicación de los derechos, sino que lo que se ha de esperar es la adopción de soluciones

mutuamente aceptables. Por tanto, debe existir un *principio de deferencia* hacia la actuación de los tribunales de los Estados miembros en la protección de los derechos permitiendo un cierto grado de diversidad acorde con la *preocupación democrática* que les aqueja cuando una norma legal interna es declarada contraria a una norma supranacional por una instancia judicial no estatal (y que no es más que una manifestación cualificada de la general objeción contramayoritaria del control de constitucionalidad de las leyes). Desde este punto de vista, el TEDH ha canalizado tal deferencia a través de la doctrina del margen de apreciación nacional. En definitiva, concluye la profesora Torres, la doctrina de la deferencia significa decidir cuándo una cuestión es mejor que sea resuelta por el nivel estatal y cuándo se requiere una interpretación común a nivel supranacional. Ello, en el plano europeo, tiene una clara conexión conceptual con la propia idea de subsidiariedad inspiradora del orden de distribución competencial entre Estados y UE. Tras examinar varios casos de aplicación de la doctrina de la deferencia parece haber funcionado más o menos correctamente (Omega, Familiapress, Abrahamsson). La conclusión es razonablemente clara: el TJE ha de respetar debidamente los derechos constitucionales estatales mediante un razonamiento comparativo que permita encontrar soluciones de síntesis válidas en el nivel supranacional. El diálogo con los tribunales nacionales y con otros actores facilita esta búsqueda dando buenas razones para que la solución alcanzada sea aceptada y acatada. Pero en tal operación también pueden existir buenas razones para «diferir» la decisión a los Estados miembros cuando el nivel de protección conferido a los derechos implicados es más elevado y no hay una conexión directa con el Derecho comunitario.

Esta última frase es importante a la hora de determinar el modelo resultante. La deferencia es posible en la medida en que la permisividad de interpretaciones divergentes en el seno de los Estados no afecta a la unidad y eficacia del Derecho comunitario. Cuando bien por la afectación directa y en un aspecto importante del Derecho comunitario, bien por una excesiva divergencia en la interpretación de los derechos, sea necesaria la intervención uniformadora del TJE el diálogo evolutivo descrito por la autora sería el único camino posible para la búsqueda de soluciones.

III

Tratando de valorar críticamente el trabajo objeto de comentario, ciertamente presenta una gran seriedad en su planteamiento, una enorme coherencia metodológica en su desarrollo y unas conclusiones más que suficientemente fun-

dadas. Estas características, exigibles a todo trabajo de investigación merecedor de tal nombre, vienen acompañadas de una serie de elementos positivos que deben destacarse en estas páginas. Así, debe resaltarse, en primer término, que si bien la idea de diálogos jurisdiccionales como característica particular de la integración europea había sido ampliamente destacada por la doctrina española y europea, faltaba un desarrollo global de la cuestión que abarcara los elementos legitimadores que tales diálogos encierran. Del mismo modo era necesaria una formulación de conceptos que no siempre resultaban claros en la doctrina. Ello, obviamente, tiene riesgos que la autora asume. Pero es reconfortante observar un estudio sobre integración europea realizado desde una óptica constitucional donde se adoptan, sin miedo, conceptos claros para realidades nuevas como diálogo judicial; principio de deferencia; conflicto de derechos en el ámbito de la Unión; pluralismo constitucional; etc. Ello puede generar disenso en el lector, pero sólo así podrán generarse categorías conceptuales dignas de tal nombre en un campo claramente necesitado de ellas. Del mismo modo, resulta aplaudible el intento permanente de no perder de vista la realidad de los problemas prácticos que deben tratar de resolverse. No se realiza una mera enunciación de problemas en términos más o menos generales. Se exponen también las soluciones prácticas o las vías para solucionar problemas derivados de la aplicación diaria del Derecho por los operadores jurídicos.

En particular, a mi juicio, hay algunos hallazgos en el trabajo dignos de todo elogio. Así el uso de la idea de *superposición* («overlapping») en la protección de los derechos es perfectamente descriptiva de la situación creada como consecuencia de la integración. Superposición no es, ni mucho menos, igual a conflicto, ni induce necesariamente a la necesidad de una solución uniformizadora en materia de derechos fundamentales que pudiera ahogar las especialidades definidoras, en una u otra medida, de la identidad constitucional de los Estados miembros. Igualmente interesante es la aplicación del principio de deferencia a la realidad jurídica de la Unión Europea. Idea que entronca directamente con principios tradicionales de nuestro entorno jurídico como son los de *self-restraint* en la supervisión judicial de la constitucionalidad de las leyes; el principio de subsidiariedad en la intervención de los poderes públicos europeos y la doctrina del margen de apreciación nacional en la interpretación de los derechos realizada por el TEDH. Si bien ello puede generar también problemas, pues estos tres principios no están tan nítidamente definidos como para ser aplicados con claridad, demuestra o *traduce* al campo de la Unión la solución a un problema específico de ésta tomando como referencia tres de las facetas esenciales que lo componen (equilibrio de poderes y objeción democrática, el primero, distribución vertical correcta de competencias, el segundo, y respeto

a las identidades y especificidades nacionales en materia de derechos, el tercero). Por último el intento de legitimar el papel del TJE cuando aplica derechos fundamentales a partir de la idea de diálogo constituye un camino digno de ser estudiado con detenimiento en la difícil búsqueda de la legitimación de la Unión desde un punto de vista constitucional.

Quizás al lector más tradicional o apegado a las fórmulas clásicas de razonamiento en materia de derechos fundamentales el trabajo de la profesora Torres resulte insatisfactorio en la medida en que la respuesta final a esa pregunta básica que enunciábamos al principio de estas páginas (quién es el juez último de los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la UE en los casos en que la protección dispensada por el Derecho comunitario sea inferior a la estatal) deba centrarse no tanto en un órgano cuanto en un método. Pero, quizás también, la pregunta esté mal formulada. No se trata de que busquemos un juez último porque éste ya no existe. Se trata de que busquemos, y encontremos, un *proceso* que resuelva el problema y no un órgano que decida. Esto es lo que, acertadamente, hace la autora. Quizás eso suponga cambiar algunos de los paradigmas más clásicos sobre los que se asienta el modo de razonar jurídicamente en Europa, pero probablemente sea el único camino para resolver la cuestión.

Quizás también en este punto es donde los lectores menos tradicionales o apegados a las fórmulas clásicas de razonamiento (entre quien esto suscribe se encontraría) podamos plantear alguna objeción. Y ello en, al menos, dos sentidos.

Por una parte, se podría echar de menos una mayor elaboración dogmática del funcionamiento del diálogo como fórmula de solución de conflictos entre derechos. En otro lugar hemos defendido, siguiendo las tesis ackermanianas que tan bien conoce la autora, que el proceso de acomodación mutua en la interpretación de los derechos desarrollado a través del diálogo lleva soluciones de síntesis que en unos casos serán *particularistas* y en otras *comprendivas*, actuando las primeras como una primera fórmula de solución de conflictos y las segundas como el resultado posterior o final del mismo. Esto supone una nueva forma de evolución en la argumentación jurídica bien conocida en la experiencia norteamericana (convivencia de principios constitucionales no necesariamente coincidentes en la medida en que son consecuencia de momentos históricos diversos) que el citado Ackerman llama *the path of the Law* expresión en la que resultan claros los ecos de las posiciones del Juez Holmes. Quizás una descripción más dogmática (esto es, utilizando conceptos y categorías del Derecho) de este *sendero* del Derecho en la *adjudication* de derechos en la Unión habría sido muy interesante para comprobar si la noción de diálogo realmente puede explicar y resolver los problemas planteados por la superposición

de derechos. Porque, y ésta sería la segunda objeción, quizás la noción diálogo *judicial* utilizada por la autora pudiera no ser suficiente cuando no es posible una síntesis (ni particularista ni comprensiva) en materia de superposición de derechos. Si la deferencia no es utilizable, por tratarse de aspectos esenciales de aplicación de Derecho comunitario; pero la divergencia interpretativa entre el ámbito comunitario y el ámbito constitucional interno es insalvable en la medida en que afecta a elementos identitarios del Estado afectado, el diálogo judicial no hará más que constatar la imposibilidad de síntesis. Dicho en otros términos si el «choque de trenes» judicial se convierte en inevitable como consecuencia de la lógica interna de cada uno de los dos sistemas constitucionales componentes del escenario de pluralismo, el diálogo no podrá resolverlo. Como mucho retrasará el choque, pero no podrá impedirlo. El diálogo entonces deberá dejar de ser judicial y convertirse en un diálogo de otro tipo. Probablemente un diálogo político, entre actores políticos, donde la acomodación mutua en los derechos afectados se produzca como consecuencia de cambios no en la interpretación de los mismos, sino en los textos, europeos y estatales, donde están reconocidos. La historia de la Unión esta plagada de este tipo de *diálogos*, que no son judiciales, sino políticos, horizontales y verticales. Diálogos que han servido para resolver, a veces anticipándose a los conflictos y en ocasiones precisamente como consecuencia de los conflictos, los problemas planteados. Quizás, en tal caso se trate más de *negociaciones* que de verdaderos *diálogos*. Pero, a mi juicio, una panorámica general del funcionamiento de la *adjudication* en materia de derechos en la UE deberá en el futuro ampliar el foco para incluir en el estudio este tipo de factores.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que ha de ser de referencia obligada en cualquier trabajo posterior sobre los conflictos de derechos en la UE. Obra que constituye, no sólo, un magnífico análisis de la cuestión objeto de estudio, sino que propone ideas novedosas asentadas en una sólida formación jurídica. Las objeciones que, en cuanto «ser crítico» que es todo universitario, se pueden formular no empecen en absoluto al contenido de la obra. Son, más bien, otra forma más de profundizar en ese diálogo que ha de sustentar en la Europa de nuestros días el camino para resolver del mejor modo posible cada problema planteado.