



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Demuro, Gianmario
Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de
Derechos Humanos
Cuestiones Constitucionales, núm. 17, julio-diciembre, 2007, pp. 53-83
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501703>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LAS RELACIONES ENTRE LA CORTE DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS*

Gianmario DEMURO**

RESUMEN: El trabajo aborda la difícil relación entre la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, con relación a su competencia y criterios en materia de derechos humanos. Los motivos de preocupación del autor giran en torno a los problemas previsibles en Europa ante la existencia de dos órganos jurisdiccionales con competencia para decidir, sobre asuntos de derechos humanos. Se trata de una confluencia en la posibilidad de decidir no sobre las mismas normas, pero sí sobre contenidos similares en algunas materias, lo que podría llegar a provocar criterios divergentes entre ambos tribunales, al menos en la concepción y el alcance de los derechos sobre los que deciden.

Palabras claves: derechos humanos, competencia, criterios.

ABSTRACT: *This paper studies the difficult relation between the European Court of Human Rights of Strasburg and the European Communities Justice Court located in Luxemburg, about their competence and resolutions on human rights. The author concerns for predictable problems in Europe due to the existence of two judicial institutions deciding about human rights.*

It is a conjunction related to possibilities of decisions concerning not the same rule but the same content in specific subjects, and it could provoke different opinions between both tribunals, at least in meaning and scope of the rights they are involved.

Descriptors: *human rights, competency, opinions.*

* Traducción de Karla Irasema Quintana Osuna, abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Catedrático de Derecho constitucional, Universidad de Cagliari, Italia. El artículo en italiano, "I rapporti fra Corte di Giustizia delle Comunità Europee e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", fue publicado en *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Turin, Giappichelli Editore, 2003, pp. 39-64.

I. PREMISA. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO

Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos pueden ser valoradas bajo múltiples perfiles. Basta con ver el número monográfico de la revista *Pouvoirs* (96 del 2001), “Les Tours Européens–Luxembourg et Strasbourg”, para tener una idea de las relaciones entre las dos Cortes Europeas bajo los más diversos ángulos: desde los procedimientos jurisdiccionales hasta los conflictos jurisprudenciales, y de los efectos de las sentencias a la construcción de las relaciones entre los ordenamientos de competencia.

Entre los muchos perfiles posibles hemos escogido el que, en mayor medida, ha suscitado interés tanto a nivel político como jurisprudencial; nos referimos al conflicto insanable entre las dos Cortes Europeas. No en balde se sostiene que esta relación se traduce en una “lucha subterránea entre las dos Cortes por la primacía en Europa”.¹ El examen de las relaciones entre las dos Cortes *sub specie jura* es aún más necesario en la fase de preparación de la futura Constitución europea que deberá,² entre otras cosas, dar una respuesta sobre el devenir de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE IDENTIDAD DE LAS DOS CORTES

Es evidente que las dos Cortes nacieron con finalidades, exigencias y modalidades de acción completamente diversas, y es igualmente evidente que éstas han ido construyendo su identidad de modo distinto a lo largo de los últimos cuarenta años. En el presente ensayo nos proponemos profundizar, a través del estudio de la construcción progresiva de identidad de las dos Cortes, en el rol referente en la construcción de lo que se ha definido como “la justicia constitucional común europea”.³

¹ La definición es de Gustavo Zagrebelsky, *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali, conferenza que dictó en la LUISA en enero de 2001*.

² Con respecto al tema, véase Siervo, U. de, “La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie”, en Siervo, U. de, *La difficile Costituzione europea*, Bolonia, 2001, pp. 109.

³ Cfr. Peter Häberle, “Germania”, en Palici Di Suni Prat, E. *et al.*, *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padua, 2001, p. 332; *id.*, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, edición italiana a cargo de J. Luther, Roma, 2001, pp. 126 y ss.

En esta larga lucha jurisprudencial encontramos una paralela problemática relativa a la identidad europea de los derechos que las dos Cortes han contribuido a construir en modo esencial a través de tareas y jurisdicciones netamente diferenciadas. Muy por el contrario, puede afirmarse que sin la actuación de los dos “jueces” europeos estaríamos ahora bastante lejos de la posibilidad de haber pasado de una Europa esencialmente mercantil a una Europa fundada sobre los derechos.

Tal afirmación se justifica en virtud del hecho de que la construcción de la jurisdicción en materia de derechos fundamentales de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante CJCE) se da en un modo no previsto del todo por los *framers* (marcos) de los tratados europeos, sino completamente reformado.⁴ De hecho, en la literatura jurídica se comparte la constatación de que el catálogo constitucional de los derechos fundamentales europeos es, por lo menos hasta el Tratado de Maastricht, mérito principal de la Corte de Justicia. En las comunidades económicas (pensadas y reforzadas en el libre intercambio de mercancías y en la libre circulación de personas) nacen y se refuerzan algunos de los derechos fundamentales más clásicos de la costumbre del constitucionalismo europeo y americano; esto se debe, principalmente, a la constante vigilancia. Por tanto, la base de la jurisprudencia de la CJCE sirve para la construcción del contenido de los derechos europeos, de las costumbres constitucionales comunes en los Estados miembros, de los principios generales de derecho comunitario, así como de la Carta Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDU).

La técnica de reconocimiento de los derechos es notoria; la Corte, partiendo de la capacidad prescrita (creación de derechos y obligaciones) con referencia a los principios generales previstos por los tratados, construye el parámetro de valoración de la legitimidad de los actos comunitarios y, en consecuencia, no reconoce el fundamento jurídico. Al hacer referencia a principios comunitarios, la Corte obtiene también el resultado fundamental de tener tales principios como vinculantes, sea por la Comu-

4 Respecto de la desformalización del derecho constitucional como tendencia generalizada también aplicable a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, véase Dogliani, M., “Diritto costituzionale e scrittura”, *Ars interpretandi*, 1997, *passim*. “Sul sistema comunitario non scritto dei diritti fondamentali”. Además, *cfr.* Azzena, L., “Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, *La difficile Costituzione europea*, *cit.*, nota 2, pp. 257 y ss.

nidad o por la Unión y obtiene, así, la legitimación del *judicial review* en materia de derechos emanados de lo que ha sido definida como una *de facto Confederation of States*.⁵ Como veremos, será justo la tutela de los derechos fundamentales estrechamente ligada a una técnica “funcional” de reconocimiento de los mismos,⁶ la que dará siempre mayor sustancia a la vía europea de la *New-style confederation*.⁷

Por el contrario, la tarea de la tutela de los derechos que había sido atribuida en la Convención Europea de Derechos Humanos con una competencia territorial más bien diversa y con una estructura tradicionalmente internacionalista, había sido expresamente construida con el fin de reforzar la tutela de los derechos humanos mediante la actividad de una Corte *ad hoc*: la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte EDH). La Corte en cuestión nace así ligada funcionalmente a los derechos.

En síntesis, la CJCE y la Corte EDH son órganos jurisdiccionales que nacieron con lógicas funcionales completamente diversas y, por tanto, genéticamente muy lejanas de la posibilidad de reencontrarse algún día para juzgar sobre las mismas cuestiones con el riesgo, ciertamente que llevaría sin duda a cuestionamientos de legitimidad, de pronunciarse en modo opuesto sobre la misma materia.

A la luz de estas premisas, examinaremos brevemente la evolución de la construcción jurisprudencial de las identidades recíprocas y de cómo éstas pueden reflejarse sobre las relaciones entre las dos Cortes.

1. *La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas*

La competencia institucional de la CJCE es la de asegurar el respeto al derecho comunitario en la interpretación y en la aplicación de los tratados. En ese sentido, la Corte ejercita un control de legitimidad de los actos comunitarios y juzga las controversias de derecho comunitario y, en ocasiones indirectamente, las que involucran derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.

⁵ La definición es de Elazar, D. J., *Constitutionalizing globalization. The Postmodern Revival of Confederal Arrangements*, Oxford, 1998, pp. 105 y ss.

⁶ Este aspecto es resaltado por Ridola, “Libertà e mercato nella «Costituzione europea»”, *Anuario 1999-La Costituzione europea*, Padua, 2000, pp. 337 y ss.

⁷ Elazar, D. J., *op. cit.*, nota 5, pp. 136 y 138.

Después de una primera fase de alejamiento total del tema de la tutela de los derechos, la Corte de Luxemburgo llenó esta “laguna” a través de los famosos casos *Stauder* de 1969⁸ e *Internationale Handells-gesellschaft* de 1970,⁹ en los cuales se estableció el eje rector de la jurisprudencia comunitaria en materia de derechos, al establecer que “el respeto de los derechos fundamentales forma parte integral de los principios generales de derecho de los cuales la Corte de Justicia asegura el respeto”. En esta actividad de reconocimiento de materiales, con los cuales se construye un sistema de principios fundamentales no escritos,¹⁰ la Corte se vale de los “instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos fundamentales con los cuales los Estados miembros han cooperado o a los cuales se han adherido” (caso *Nola* de 1974) y de los cuales se puedan sustraer indicaciones útiles para las decisiones en el ámbito comunitario.

Consideramos necesario hacer hincapié en las referencias jurisprudenciales. Para ello, nos limitaremos a recordar sólo algunos casos en los que la Corte se refiere directamente a la CEDU.

El primero es el caso *Rutili* de 1975¹¹ en el cual se le atribuyó a la Convención una particular relevancia que se ha afirmado en las decisiones sucesivas, ya que los derechos de la CEDU han sido citados por la CJCE, al lado de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo.¹² Así, al interpretar la Convención, la CJCE se ha referido cada vez con mayor frecuencia a la jurisprudencia de la Corte EDH, y otorga a la CEDU “un significado particular” (caso *Ert* de 1991).¹³ Además, la Corte ha precisado en el caso *Hauer* de 1979, que:

...al garantizar la tutela de tales derechos, ésta debe inspirarse en las costumbres constitucionales comunes a los Estados miembros y no podría admitir normas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garanti-

8 Sentencia del 12 de noviembre de 1969, causa 29/69, en *Racc. Uff.*, 1969, p. 419 y ss.

9 Sentencia del 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, en *Racc. Uff.*, 1970, p. 1124 y ss.

10 Al respecto, véase Cartabia, M. y Weiler, J., *L'Italia*, p. 219.

11 Sentencia del 28 de octubre de 1975, causa 36/75, en *Racc. Uff.*, 1975, pp. 1219 y ss.

12 Sobre el punto véase entre otros, Groppi, Tania, “Commento all’art. 52”, en Bifulco, R. et al., *L’europa dei diritti*, Bolonia, Il Mulino, 2001, p. 357.

13 Al respecto, véase Jacobs, F. G., “Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice?”, *European Law Review*, 2001, pp. 331 y ss.

zados por las Constituciones de tales Estados. Asimismo, los tratados internacionales en materia de tutela de los derechos humanos, a los cuales se han adherido los Estados miembros, pueden igualmente proveer elementos que es necesario tener en cuenta en el ámbito del derecho comunitario.

Como se observa, la Corte no parece particularmente exigente en relación con la construcción de los derechos fundamentales, pues acepta todo el material adquirido de cualquier forma. Esta adquisición puede ser por dos vías; la directa, que se realiza a través de las costumbres constitucionales de los países miembros¹⁴ y la indirecta, a través de la tramitación de los tratados estipulados por los mismos Estados. El material que se convierte en el parámetro para juzgar el derecho comunitario, aunque con algunas excepciones, se toma de las bibliotecas de los Estados. De hecho, la Corte se apresura a subrayar que, cuando le compete “garantizar la observancia de los derechos fundamentales en el sector específico del derecho comunitario, no le compete, sin embargo, examinar la compatibilidad de la CEDU con una ley nacional referente a un campo sujeto a la evaluación del legislador nacional” (caso *Cinéthèque* de 1985).

De este modo, la jurisprudencia de la Corte garantiza la observancia de los derechos fundamentales como parte integral de los principios jurídicos generales y, por tanto, lo realiza mediante técnicas de investigación infalibles, ya que la Corte busca los materiales útiles para la interpretación en donde es posible encontrarlos sin que por ello olvide el uso funcional que debe hacerse.¹⁵ Por ejemplo, cuando la CJCE se apoya en la CEDU, ello sucede sin que esta elección la lleve a valorar la compatibilidad del derecho nacional y el comunitario con la Convención; además, dicha elección está siempre limitada a las normas conexas con el derecho comunitario (caso *Grogan* de 1990). La consolidación y la *implementation* del ordenamiento comunitario se convierten así en el estímulo para

¹⁴ No profundizaremos en este punto ya que es objeto de otro estudio.

¹⁵ En tal sentido, *cfr.* Rossi, L. S., “«Costituzionalizzazione» dell’UE e dei diritti fondamentali”, en Rossi, L. S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milán, 2002, pp. 273 y ss. según el cual, el uso funcional de los derechos lleva a la CJCE a interpretar de modo reduccionista los derechos de la CEDU y “tiende a privilegiar los intereses generales de la Comunidad respecto de los derechos individuales”.

la Corte para superar el aumento de una tutela escrita de los derechos fundamentales en las Comunidades.¹⁶

Así, la técnica de la Corte de *incorporation* de los derechos en el ordenamiento comunitario encuentra desembocadura en el tratado de Maastricht, en cuyo artículo 6o., párrafo 2 (versión definitiva) del TUE prevé que “la Unión respeta los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que son resultado de las costumbres constitucionales comunes de los Estados miembros, ya que se consideran principios generales del derecho comunitario”. Parece evidente que el texto de dicho artículo tiene la intención de dotar a las Comunidades de valores fundamentales así como habían venido consolidándose en la jurisprudencia de la Corte de Justicia. De este modo, se incorpora en los tratados la *acquis jurisprudentiel* que, por medio de los principios generales de derecho, ha construido derechos fundamentales forjados sobre los objetivos del derecho comunitario.¹⁷

También en su más reciente camino hacia los derechos, la Corte ha incursionado en una atmósfera europea de derechos humanos,¹⁸ en un ambiente favorable¹⁹ en el cual, como ha escrito Weiler, se convive con *The Principle of Constitutional Tolerance*,²⁰ ya que es compatible con la estructura y las finalidades de las Comunidades.²¹

16 En tal sentido, *cfr.* Gambino, S., “Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali”, en Gambino, S., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milán, 2002, p. 40.

17 Al respecto, *cfr.* Lenaerts, K. y Smijter, E. de “A «bill of rights» for the European Union”, *Common Market Law Review*, 2001, pp. 273 y ss.

18 Para estudiar la jurisprudencia comunitaria de 2000, *cfr.* Gaudin, H., “Chronique de jurisprudence communautaire 2000”, *Revue du Droit Public*, 2001, p. 1003.

19 *Cfr.* Senese, S., “La protezione internazionale dei diritti fondamentali”, en Bonacchi, G., *Una Costituzione senza Stato*, Bolonia, 2001, pp. 493 y ss.

20 Weiler, J. H. H., *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en la dirección electrónica www.jeanmonnetprogram.org.

21 Si se quiere profundizar en la crítica a la funcionalidad de la tutela comunitaria de los derechos, véase mimeo Luciani, M., “Il lavoro autonomo di una prostituta”, *Quaderni costituzionali*, 1 de 2002, en relación con el pronunciamiento de la Corte de Justicia en materia de prostitución (sentencia del 20 de noviembre de 2001, Causa 268/99, *Jani e altri*) en la que ésta es considerada como “una prestación de servicios retribuida la cual...está comprendida dentro de la noción de «actividades económicas»” (punto 49) y,

En este sentido, la tolerancia también puede dar la apariencia de una postura sustancialmente ambigua e hipócrita cuando se le confronta con los materiales utilizados por las decisiones que, inevitablemente, son sometidos a los fines comunitarios. La representación simbólica de lo que se sostiene es el parecer de la Corte de Justicia sobre la posibilidad de adhesión de la Comunidad a la Convención.²² Sobre este tema regresaremos más adelante; sin embargo, no puede negarse que tal parecer (aun antes que representar un acto de legítima defensa de la CJCE en los límites de la posible supremacía de la Corte EDH) marca los límites de la actividad como juez de primera instancia de la Corte Europea cuando de-

por consiguiente, en la CJCE “no es de su competencia sustituir su valoración a la de los legisladores de los Estados miembros en el cual, una actividad afirmativamente inmoral es lícitamente practicada” (punto 56). A la luz de tal premisa, la Corte sostiene que “la prostitución, lejos de ser prohibida en todos los Estados miembros, es tolerada o también prevista en la mayor parte de éstos y, en particular, en el Estado miembro interesado en el procedimiento principal” (punto 57), “un comportamiento no puede considerarse lo suficientemente grave para legitimar las restricciones al acceso o a la residencia, en el territorio de un Estado miembro, de un ciudadano de otro Estado miembro, en el caso en el que el primer Estado no adopte medidas represivas u otras disposiciones concretas y efectivas para reprimirlo, en el cual dicho comportamiento sea puesto en existencia por parte de los mismos ciudadanos” (punto 60). El autor resalta el propósito de que “también aquí los aspectos éticos de la cuestión permanecen completamente en la sombra, mientras todo el caso ha sido leído desde el punto de vista económico-jurídico de las situaciones económicas ventajosas en juego.

Sería totalmente injustificado imputar a los jueces de la Corte de Justicia la falta de sensibilidad y de atención en el tema de los derechos y de la dignidad de la persona, el cual está inevitablemente ligado a la cuestión de la prostitución. La Corte debe pronunciarse con base en los parámetros que el derecho comunitario vigente le ofrece, y entre los parámetros en los cuales la dignidad de la persona está ausente. La larga travesía del ordenamiento comunitario a través del desierto de valores personalísimos, en la cual ha encontrado (sobretudo, gracias a la jurisprudencia de Luxemburgo) muchos oasis, está todo menos que concluida, porque la perspectiva economicista de los Tratados no ha disminuido completamente, y no todos los valores son judicialmente utilizables”.

22 Al respecto, véase Rossi, L. S., “Il parere 2/94 sull’adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Il diritto della Unione Europea*, 1996, pp. 839 y ss.; Bultrini, A., “La questione dell’adesione della Comunità europea alla convenzione europea dei diritti dell’uomo di fronte alla Corte di giustizia”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesale*, 1997, pp. 97 y ss.

clara que no le es posible sustituir a los Estados ni en la modificación de los tratados ni en las *political questions* internas.²³

Por tanto, la CJCE se ha apoyado en la CEDU y en otros materiales normativos para legitimar sus decisiones jurisprudenciales, a falta de otros materiales idóneos para tal finalidad. En la actualidad, sin embargo, la Corte tiene a su disposición una Carta sobre la cual, si bien no le sirve para justificar, sí le es de utilidad, al menos, para articular decisiones, compartiendo el valor cultural.²⁴

Así por ejemplo, para poder juzgar la compatibilidad *sub specie jura* de los actos normativos y administrativos comunitarios referentes a los derechos de los ciudadanos europeos (pero también de los ciudadanos no europeos como se trata en el caso *Oyowe* de 1989), en contraste con los actos nacionales de elecciones comunitarias, la Corte debió buscar las fuentes de legitimación fuera de la propia “comunidad política”. En la actualidad, dicho material ha sido recogido en un texto único.

²³ Al respecto, véase Cartabia, M. y Weiler, J., *L'Italia*, p. 221.

²⁴ Sobre el punto, *cfr.* Angiolini, V., “Carta dei diritti dell’Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri”, *Diritto Pubblico*, 2001, p. 931. La primera sentencia que hace explícita la referencia a la Carta es *Max-mobil Telekommunikation Service GmbH vs. Comisión*, del 30 de enero de 2002; ésta prevé textualmente que: “El presente caso se trata de un recurso contra un acto de rechazo de una denuncia. Se debe subrayar, de manera preliminar, que el trato diligente e imparcial de una denuncia encuentra expresión en el derecho a una buena administración, que se encuentra comprendido en los principios generales del estado de derecho comunes a las costumbres constitucionales de los Estados miembros. De hecho, el artículo 41, núm. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, confirma que «cada individuo tiene derecho a que las cuestiones que le conciernen sean tratadas de modo imparcial, igual y dentro de un término razonable por las instituciones y por los órganos de la Unión...». Para ello es necesario examinar antes que nada, la naturaleza y el alcance de tal derecho y de la obligación concomitante de la administración, en particular, el contexto de la aplicación del derecho comunitario de la concurrencia en un caso individualizado, como hace valer la recurrente en el caso tratado. Asimismo, el sindicato jurisdiccional se encuentra comprendido en los principios generales del estado de derecho comunes a las costumbres constitucionales de los Estados miembros, como lo confirma el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, el cual prevé que cada individuo cuyos derechos garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo frente a un juez”.

En esta perspectiva, se multiplican las señales que nos inducen a afirmar la relevancia jurídica de la Carta de los Derechos.²⁵ Tenemos, por ejemplo, las decisiones del Tribunal de primera instancia, en causa T-112/98, *Mannesmannröeren-Werke AG vs. Comisión de las Comunidades Europeas*,²⁶ del 20 de febrero de 2001, y *Max-mobil Telekommunikation Service GmbH vs. Comisión*, del 30 de enero de 2002. Asimismo, existen, entre otras tantas, las conclusiones del abogado general (procurador) Léger, en *Stix-Hackl* presentadas el 6 de diciembre de 2001 en Causa C-224/00, *República Italiana vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, por el Abogado general, Tizzano, presentadas el 10 de julio de 2001 en Causa C-353/99 P y, en Causa C-173/99, *BECTU*, por el abogado general, Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 4 de diciembre de 2001 en la Causa C-208/00, *Überseering BV vs. NCC*.²⁷

25 Para un primer acercamiento, *cfr.* Scala, G., “L’emergere della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 250.

26 En la cual se sostiene que “en cuanto a la eventual incidencia de la Carta invocada por la recurrente (véase el precedente punto 15), en la valoración de la presente causa, debe recordarse que dicha Carta ha sido proclamada por el Parlamento europeo, por el Consejo y por la Comisión el 7 de diciembre de 2000. Por tanto, la Carta no puede tener consecuencia alguna sobre la valoración del acto impugnado, adoptado anteriormente” (punto 76). Sobre el tema, *cfr.* Montanari, L., “Una decisione del tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 670 y ss.; Barbera, A., “La carta dei diritti dell’Unione Europea”, artículo presentado en el Convenio en memoria de Paolo Barile (Florenia, 25 de junio de 2001); Biavati, P., “L’art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario: spunti dal caso Mannesmannröeren”, *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Turín, 2002, pp. 207 y ss., según el cual “el encanto del artículo 47 ha tenido gran importancia y, aunque indirecto, se trata de un primer efecto de la Carta de los derechos”.

27 El abogado general ha calificado dicho principio como un “derecho civil fundamental” (47). Según el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “cualquier ciudadano de la Unión o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga la sede social en un Estado miembro, tiene derecho de acceder a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión”. 79. La calificación de derecho fundamental atribuida al derecho de acceso a los documentos constituye una fase suplementaria en la obra de reconocimiento y jerarquización de tal principio en el ordenamiento jurídico comunitario. 80. Ciertamente, no se debe ignorar la voluntad expresada claramente por los autores de la Carta, de no dotarla de fuerza jurídica obligatoria (48). Sin embargo, aparte de cualquier consideración relativa a su alcance normativo, la naturaleza de los derechos enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales prohíbe consi-

Asimismo, están las declaraciones de los órganos políticos de las Comunidades que se preocupan por fundar sus actos sobre el respeto de los derechos fundamentales europeos. Para dar un ejemplo, baste con leer la propuesta de reglamento de la Comisión de la Unión Europea del 6 de febrero de 2002 que aborda el tema de la seguridad social para los trabajadores no comunitarios y en la cual se afirma, entre otras cosas, que “el reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios que están reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Otro claro ejemplo sería la comunicación enviada por la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social, y al Comité de las regiones, bajo el título de “La biotecnología y las ciencias de la vida. Una estrategia para Europa” (Bruselas, 23 de enero de 2002), en la cual se dice expresamente que “Nuestras sociedades democráticas deberían ofrecer las garantías y los espacios de diálogo necesarios para asegurar que el desarrollo y las aplicaciones de la biotecnología y de las ciencias de la vida sean respetuosos de los valores fundamentales reconocidos por la CEDU”.²⁸

A la luz de estos hechos de relevancia constitucional debemos revalorar un recorrido de armonización que podrían encontrar las dos Cortes respecto de los derechos, ya que por los datos que tenemos, no hay indi-

derarla como una listado sin consecuencias compartidos por los Estados miembros, los cuales han decidido hacerlos visibles al transcribirlos en una Carta, con la finalidad de reforzar su tutela (49). Innegablemente, la Carta ha ubicado los derechos que constituyen el objeto al más alto rango de los valores comunes a los Estados miembros. Por tanto, el juez comunitario considera la Carta como texto que resume los derechos que son ahora patrimonio común de los Estados de la Unión, es decir, en virtud del artículo 6o. del TUE, principios generales del derecho comunitario. En la misma perspectiva, la Carta sirve para definir y aclarar los principios generales de derecho comunitario (abogado general Tizzano). En cambio, la posición de Jacobs parece diversa, ya que se refiere a la Carta como instrumento proclamado por las instituciones comunitarias y, en consecuencia, tiene carácter vinculante.

²⁸ En materia de biotecnología, ver la sentencia *Pays-Bas vs. Parlamento e Consiglio*, del 9 de octubre de 2001 en causa C-377/98 de la CJCE, que niega que haya habido violación de los derechos humanos por parte de la directiva en materia de biotecnología.

cios para sustituir la Carta de Niza por el material utilizado en el pasado por la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁹

2. *La Corte Europea de Derechos Humanos*

La Corte EDH construye su identidad de modo más sencillo y lineal porque, dicho muy brevemente, no tiene que buscar en otro lugar el material para legitimar su competencia de tutela de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.³⁰ De hecho, la Corte de Estrasburgo ha sido construida (y después reformada en 1998 con la continuación de la participación en el Consejo de Europa del Este y la fusión entre la Comisión y la vieja Corte)³¹ para desempeñar la tarea de Corte de última instancia —se pronuncia, según el artículo 35 de la Convención, a condición de que hayan sido agotados todos los recursos internos y después de seis meses de la fecha de la decisión interna definitiva—, a la cual se le atribuye el control, la verificación y la declaración de la existencia de la violación de derechos a individuos, organizaciones no gubernamentales, grupos de individuos o Estados que han suscrito la Convención Europea (artículos 33 y 34 de la Convención).

La jurisdicción de la Corte EDH es esencialmente declarativa, ya que juzga el comportamiento, los actos administrativos, las prácticas administrativas, los actos normativos estatales, también de naturaleza consti-

²⁹ Sobre el punto, ver las declaraciones de A. Vitorino, Comisario Europeo para la Justicia y los Asuntos Internos, que en la audiencia pública del 17 de abril de 2002, llevada a cabo en la Comisión de los Derechos de libertad y de los derechos de los ciudadanos, de la justicia y de los internos del Parlamento Europeo, manifestó la necesidad, desde la óptica de mejorar la situación actual de tutela de los derechos humanos en el ámbito europeo, de integrar la Carta en los Tratados y/o de hacer adherir la Comunidad a la CEDU. Tales declaraciones pueden leerse en www.europa.eu.int.

³⁰ La bibliografía de la materia es vastísima. En idioma italiano se encuentran las siguientes obras: Bartola, S. *et al.*, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001. En literatura europea, *cfr.* *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, bajo la dirección de L. Pettiti, E. Decaux et P. Imbert, París, 1999.

³¹ Sobre tal reforma, *cfr.* Tosi, D. E., “Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea”, *Rivista di Diritto Comparato ed Europeo*, 2000, pp. 147 y ss.

tucional y financiera, así como las decisiones tomadas por las Cortes Constitucionales de los Estados firmantes de la Convención.

Con base en el artículo 32.1 de la Convención, la Corte EDH es competente para valorar “todas las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención y de sus protocolos”. En el ámbito de la competencia *ratione materiae* se valora la existencia de una violación cualquiera de la Convención cometida por uno de los Estados contrayentes que haya comportado una lesión, por efecto de la violación *de qua* de un derecho reconocido al individuo protegido por la CEDU. En síntesis, todas estas condiciones en conjunto son conocidas por la Corte como competencia *ratione personae*, la cual debe ir de la mano con la competencia *ratione materiae* con la finalidad de que la Corte pueda decidir sobre el caso sometido a ella.

Evidentemente, en este trabajo no es posible hacer un recorrido de los cuarenta años de jurisprudencia de la Corte. Por dicha razón, nos limitaremos, entonces, a señalar al menos una regularidad útil para los fines de la definición de los perfiles de identidad de la misma. En su actividad jurisprudencial, la Corte ha creado un camino autónomo e independiente en la interpretación de la CEDU —transformando “los valores” y el significado a la luz de sus propios precedentes— y siempre ha evitado entrar en relación con las decisiones de la Corte de Justicia dejándole, en buena medida, el campo asignado por los tratados europeos.³² De este modo, la Corte de Estrasburgo ha mantenido sin perjuicio la alternativa de la adhesión formal de la Unión Europea a la CEDU, o la formulación de la parte comunitaria de un verdadero catálogo de los derechos.

En síntesis, la Corte de Estrasburgo se ha afirmado como juez trasnacional de última instancia y, a través de su jurisprudencia, ha proporcionado una ventaja concreta para los ciudadanos, a los cuales la Convención ha ofrecido formas de garantía individual que han sido radicadas de tal forma, que han hecho dudar acerca de la necesidad de una nueva Car-

32 Entre los muchos casos que permiten distinguir la contraposición de las dos Cortes se encuentra la sentencia *Wachauf* de la CJCE, del 10 de enero de 1992. Sobre el punto, *cfr.* Montanari, L., “Una decisione del tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza”, *cit.*, nota 26, p. 672.

ta de Derechos en Europa.³³ No en vano el argumento más fuerte para la adhesión a la CEDU de parte de las Comunidades es todavía aquél que subraya la circunstancia que, de este modo, brindaría una protección ulterior de los derechos de los individuos respecto de los ya existentes, ya sea porque los individuos tendrían un recurso de más, o porque la Corte EDH realmente podría ser un juez “tercero” respecto del comunitario y del de los Estados miembros.³⁴ En efecto, es posible que el recurso directo de los individuos represente la fuerza y la originalidad del sistema de protección de la CEDU.³⁵

En resumen, la Corte de Estrasburgo, haciendo referencia a parámetros suficientemente homogéneos, ha podido desarrollar, a diferencia de la Corte de Luxemburgo, su propia doctrina partiendo de la interpretación de un único documento jurídico, la CEDU que siempre ha sido utilizada como un documento con un estándar mínimo e irrenunciable de tutela de derechos fundamentales. Por el contrario, la CJCE ha construido una tutela de derechos fundamentales no preexistente en los tratados, interpretando *per se* los materiales que tenía a su disposición.³⁶ Sin embargo, si partimos de diferentes identidades genéticas, en el curso del desarrollo de los ordenamientos respectivos, las Cortes se han unido en un punto de instauración de criterios (o prácticas compartidas) de *mutual cooperation*.³⁷

³³ En tal sentido, *cfr.* Weiler, J. H. H., “Does European Union Truly Need a Charter of Rights?”, *European Law Journal*, 2000, p. 95.

³⁴ Véase Rossi, L. S., *op. cit.*, nota 22, p. 843.

³⁵ *Cfr.* Raimondi, G., “Commento art. 34, in Commentario alla Convenzione Europea”, p. 559, en la cual se subraya el abandono del recurso interestatal y la “riquísima” jurisprudencia sobre el recurso individual. En general, sobre la temática del derecho al recurso efectivo *cfr.* Pertici, A. y Romboli, R., “Commento all’art. 13, in Comentario”, pp. 377 y ss.

³⁶ Al respecto, *cfr.* Carducci, M., “Il problema esplicativo delle trasformazioni costituzionali. Appunti per una comparazione di teorie e prassi”, en Spadaro, A., *Le “trasformazioni” costituzionali nell’età della transizione*, Turin, 2000, p. 162.

³⁷ La expresión es de Schemers, H. G., “Guest editorial”, *Common market Law Review*, 1998, p. 4. De “Debida cooperación” escribe Paciotti, E., “La carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: una cronaca”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2000, p. 2003.

III. LAS RELACIONES SOBRE EL PLANO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Al pasar por los perfiles de identidad a las relaciones recíprocas, las relaciones entre las dos Cortes pueden ser sintetizadas como relaciones fundadas en el reconocimiento recíproco equívoco.³⁸ La jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, como se ha descrito antes, puede ser dividida en dos fases: hasta antes de 1969 la Corte se declaraba incompetente para juzgar sobre los derechos fundamentales; a partir de la sentencia *Stauder* de 1969, los derechos fundamentales entran a formar parte de la reconstrucción de los principios generales del derecho comunitario y la Corte se vuelve su principal garante, utilizando, para sus fines, la CEDU.³⁹ A partir del exordio de la CJCE en materia de derechos fundamentales, surge el problema de aclarar que las relaciones entre las dos Cortes no fueran otras que el uso conjunto de la misma fuente normativa que, como es evidente, es una cuestión que se enfrenta en las primeras sentencias en materia de derechos. Ciertamente, en el análisis del material normativo de uno a otro sistema no faltan las sorpresas y podemos notar cómo el primer campo de relaciones controvertidas está representado por la reconstrucción del significado y del alcance de los derechos previstos por la CEDU.

Las dos Cortes a menudo se pronuncian de modo contrario respecto del mismo derecho.⁴⁰ Tomemos como ejemplo el caso *Hoechst*⁴¹ de 1989, en el cual la CJCE interpretó el derecho a la inviolabilidad del domicilio previsto por la CEDU en el artículo 8o. el cual sería, pocos meses después, interpretado de manera totalmente opuesta por la Corte de

38 Véase Simon, D., “Des influences réciproques entre CJGE et CEDH: «je t’aime, moi non plus»?”, *Pouvoirs*, 96, 2001, pp. 34 y ss.

39 Sobre el punto, *cfr.* Pinelli, C., “Judicial Protection of Human Rights and the Limits of a Judge-Made System”, *Il Diritto della Unione Europea*, 1996, p. 1001.

40 Al respecto, *cfr.* Lawson, R., “Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg”, *Essays Schermers*, III, Londres, 1994, pp. 219 y ss.

41 Sentencia del 21 de septiembre de 1989, causas reunidas 46/87 e 227/88, *Hoechst A.G./ Comisión de las Comunidades europeas*, en *Racc. Uff.*, 1989, pp. 2859 y ss.

Estrasburgo en la sentencia *Chapell* contra Reino Unido en 1989 y confirmada por la sentencia *Niemietz* contra Alemania en 1992.⁴²

El artículo 8o. de la Convención ha sido interpretado por la CJCE en el sentido que del derecho al respeto al domicilio deben ser excluidos los locales comerciales añadiendo que “por otra parte, debe observarse la creación de una jurisprudencia de la Corte EDH a este respecto”. En cambio, la interpretación de la Corte de Estrasburgo es opuesta debido a que extiende el objeto de la tutela ofrecida por la Convención a las actividades profesionales y comerciales, y comprende en la noción de “domicilio” a los locales en los cuales las suscritas actividades se ejercitan, poniéndose de tal modo, en contraste abierto con la decisión precedente de la Corte de Luxemburgo.⁴³

Sin embargo, también respecto de la aplicación del artículo 8o., en combinación con lo dispuesto en el artículo 14 de la CEDU, tanto la jurisprudencia de Luxemburgo como la de Estrasburgo convergen en la no asimilación de la unión homosexual con el matrimonio.⁴⁴ Así, es intere-

42 Sentencia del 16 de diciembre de 1992, *Niemietz vs. Germania*, serie A, vol. n. 251-B. Al respecto, *cfr.* Dord, O., “Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l’affrontement à la complémentarité?”, *Pouvoirs* (96 del 2001) *Les Cours Européennes-Luxembourg et Strasbourg*, p. 15.

43 Sorrentino, F., “L’influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana”, *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa*, conferencia sustentada en el Convenio de Ferrara el 2 y 3 de mayo de 1997, a cargo de L. Carlassare, Padua, 1998, p. 150. En este documento se imputan las divergencias interpretativas en la “diversa perspectiva en la que la misma Corte se coloca”. A esta decisión se une después el Tribunal de grado de las Comunidades Europeas, con la sentencia del 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. vs. Comisión de las Comunidades europeas*, la cual ha confirmado la perdurable validez de la jurisprudencia *Hoechst*: “se resalta, además, que dicha jurisprudencia está basada sobre la existencia de un principio general de derecho comunitario..., aplicable a las personas jurídicas. El hecho que la jurisprudencia de la Corte EDH, relativa a la aplicabilidad del artículo 8o. de la CEDU a las personas jurídicas, evolucionó después del pronunciamiento de las sentencias *Hoechst vs. Comisión*, *Dow Benelux vs. Comisión* y *Dow Chemical Ibérica e a. Vs. Comisión*,... y no por eso tiene alguna incidencia directa sobre el fundamento de las soluciones asumidas en dichas sentencias (par. 420).

44 Sentencia del *Reino de Suecia vs. Consejo de la Unión europea*, del 31 de mayo de 2001, en la causa 122/99P y 125/99 P, en *Rivista di Diritto Europeo*, 2001, p. 1519, con comentarios de Pezzini, B., *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*. Una sentencia reciente de

sante notar que al citar el artículo 9o. de la CEDU, la decisión de la CJCE fue diversa porque en el caso sueco, con el reenvío a las leyes nacionales, se habría dado la razón al denunciante.

Otro caso que ha registrado interpretaciones peligrosamente oscilantes es el relativo al artículo 6o., n. 1 de la CEDU en la cual la Corte de Justicia del 4 de febrero de 2000 en la causa número C-17/98 relativa al caso *Emesa Sugar*, concluyó la inaplicabilidad del caso *Vermeulen* de la jurisprudencia de la Corte EDH, sosteniendo así que los abogados generales (Procuradores) comunitarios no deben ser comparables ni a la magistratura requirente, ni al Ministerio Público.⁴⁵ De hecho, en la literatura jurí-

la Corte de Estrasburgo, '*Arrêt Affaire Frette vs. Francia*, del 26 de febrero de 2002, ha establecido la no violación de lo dispuesto por los artículos 8o. y 14 de la CEDU por parte de la legislación francesa que no admitía la adopción de las parejas homosexuales.

⁴⁵ Se trata de una demanda de pronunciamiento preliminar propuesto a la Corte (con base en el artículo 177 del Tratado CE –artículo 234, CE) por el presidente del *Arrondissementsrechtbank* de la Haya, sobre la validez de la decisión del Consejo del 24 de noviembre de 1997. Con carta del 11 de junio de 1999, enviada a la Cancillería de la Corte, la *Emesa Sugar (Free Zone) NV* había pedido observaciones escritas con base en las conclusiones del abogado general. La *Emesa* se centraba en la jurisprudencia de la Corte EDH relativa al alcance del artículo 6, n. 1 de la Convención sobre la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. La recurrente citaba, en particular, la sentencia de la Corte EDH en el caso *Vermeulen vs. Bélgica*, del 20 de febrero de 1996, en la cual la Corte de Estrasburgo estableció que “la imposibilidad para el interesado de replicar el parecer” del Ministerio Público ante la Corte de Casación belga “antes de la conclusión de la audiencia, viola el derecho a un proceso contradictorio, que... implica, en vía de principio, la facultad de las partes a un proceso penal o civil de conocer de todos los documentos y de todas las observaciones presentadas al juez, también por un magistrado independiente, para influenciar la decisión, además de discutir las”. Sin embargo, la Corte de Luxemburgo, después de haber confirmado la importancia de los derechos fundamentales garantizados por la CEDU y de los resultantes de las costumbres constitucionales comunes a los Estados miembros (ex artículo 6o., par. 2 TUE) como principios generales de derecho comunitario, declaró la inaplicabilidad de la jurisprudencia *Vermeulen* al caso tratado, sobre la base de las siguientes argumentaciones. “En el sentido de los artículos 221 y 222 de la CE, la Corte de Justicia está compuesta de jueces y asistida por abogados generales”, y “con base en el título I del Estatuto CE de la Corte de justicia..., resulta claro que los abogados generales tienen el mismo *status* que los jue-

dica esta decisión es tomada como ejemplo “estadístico” del hecho de que las convergencias entre las dos Cortes son “más aparentes que reales”.⁴⁶

Lo mismo podría decirse con respecto al derecho a la libertad de expresión establecido en el artículo 10 de la CEDU, que manifiesta el famoso contraste entre las dos Cortes sobre cuestiones análogas relativas a la conformidad de medidas nacionales con la CEDU; ejemplo de ello son las sentencias *Grogan*⁴⁷ y *Open Door and Dublin Well Woman c./Irlanda*⁴⁸ las cuales concluyen de modo contrario respecto de la subsistencia de la violación de tal libertad en un caso análogo de asociaciones sin fines de lucro que principalmente prestaban asistencia de carácter informativo en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo, recientemente, la CJCE parece regresar sobre sus pasos al referirse al artículo 10 de la CEDU.⁴⁹ Así, en la sentencia del 6 de marzo de 2001, causa C-274/99 P, caso *Connolly vs. Comisión*, la Corte

ces, en particular, en lo que respecta a la inmunidad y a las causas de recusación, garantizando su plena imparcialidad e independencia” (par. 11). “Los abogados generales... no son ni un magistrado requirente ni un Ministerio Público...; en el ejercicio de sus funciones no persiguen la defensa de algún tipo de interés” (par. 12). “El papel del abogado general... consiste,... en presentar públicamente, con absoluta imparcialidad y en plena independencia, conclusiones motivadas sobre las causas sobrepuestas ante la Corte...” (par. 13). “...Las conclusiones del abogado general ponen fin a la fase oral del procedimiento. Dichas conclusiones, colocándose fuera del debate, abren la fase de deliberación por parte de la Corte. No se trata, entonces, de una opinión dirigida a los jueces o a las partes provenientes de una autoridad externa a la Corte..., sino de la opinión individual, motivada y expresada públicamente, por un miembro de la misma institución” (par. 14). “De hecho, el abogado general participa pública y personalmente en el proceso de elaboración de la decisión judicial y, en consecuencia, en el ejercicio de la función jurisdiccional encargada a la Corte” (par. 15). “Si tenemos en cuenta el nexo tanto orgánico como funcional existente entre el abogado general y la Corte,... la citada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos no resulta aplicable a las conclusiones de los abogados generales” (par. 16). Al respecto *cfr.* Mengozzi, P., “La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria”, en Rossi, L. S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milán, 2002, p. 45.

⁴⁶ *Cfr.* Conforti, B., “Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali”, *Rivista Internazionale di Diritto dell’ Uomo*, 2000, pp. 423 y ss.

⁴⁷ Sentencia 4 de octubre de 1991, causa 159/90, en *Racc. Uff.*, 1991, p. 4685 y ss.

⁴⁸ Sentencia 29 de octubre de 1992, serie A, vol. n. 246.

⁴⁹ Para los casos del 2000 *cfr.* Gaudin, H., “Chronique de jurisprudence communautaire 2000”, *Revue du Droit Publique*, 2001, spec. p. 1017.

definió los límites de la libertad de expresión de los dependientes comunitarios, con referencia a las publicaciones relativas a las actividades de la Comunidad que deben anteponer a autorización previa, con base en el artículo 17 del Estatuto de las Comunidades Europeas. El señor Connolly, funcionario de la Comisión, tras publicar un libro sin haber pedido la autorización previa, fue sometido a un proceso disciplinario. La Comisión de disciplina decidió destituirlo, pero el Tribunal de primer grado, al cual acudió para obtener la anulación de la decisión de destitución, rechazó el recurso.⁵⁰

El recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal fue motivado sobre la contrariedad del artículo 17 del Estatuto con el artículo 10 de la CEDU y, por tanto, fue rechazado por la CJCE en su función de “supremo juez comunitario”,⁵¹ sobre la base de que los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la libertad de expresión, “forman parte integral de los principios generales del derecho comunitario”. Dicha libertad se citó en la sentencia en modo tal, que forma parte fundamental de la jurisprudencia de la Corte EDH. De hecho, la Corte comunitaria, citando expresamente a la Corte EDH, sostiene⁵² que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para el progreso de tal sociedad y para el pleno desarrollo de cada persona; salvo lo previsto por el artículo 10, n. 2 de la CEDU”. Sin embargo, a la luz de tal premisa, las limitaciones a la libertad de expresión previstas por el artículo 10, n. 2 de la CEDU “deben ser interpretadas de manera restrictiva”. La necesidad de pedir una autorización previa para la publicación de una obra cuyo objeto concierna la actividad de las Comunidades se sitúa, una vez más, en la “tutela de los derechos de otros” prevista por el mismo artículo de la Convención, “en materia de los derechos de las instituciones encargadas de tareas de interés general, sobre el correcto desenvolvimiento de los cuales los ciudadanos deben poder fiarse”. Por tanto, dicha disciplina

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de primer grado, 19 de mayo de 1999, *Connolly vs. Comisión*, causas reunidas T-34/96 y T-163/96 Racc. PI pp. I-A-87 y II-463.

⁵¹ Al respecto, *cfr.* Pizzetti, F. G., “Il ruolo delle Corti di giustizia nei modelli federali”, en Petroni, A. M., *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, 2001, pp. 123 y ss., en especial, pp. 188 y ss.

⁵² También se sostiene que “el reclamo de trabajo de los colegas de la Corte de Derechos Humanos es..., tal vez, más instrumental que generoso”. Biavati, P., “L’art. 47 della Carta dei diritti”, *cit.*, nota 26, p. 213.

sobre la autorización previa refleja la relación de buena fe que debe existir entre un empleador y sus empleados, en particular cuando estos últimos ejercitan otras funciones de naturaleza pública.

La Corte sostiene, entonces, que el juez comunitario debe garantizar “un justo equilibrio” entre la libertad de expresión y “el interés legítimo de la institución para vigilar a sus empleados, respecto de los deberes y de las responsabilidades conexas a sus funciones”. Así pues, el resultado del citado caso fue que el señor Connolly no fue destituido por no haber pedido la autorización previa para realizar una publicación, ni porque había expresado una opinión disidente, “sino porque había publicado un escrito en el cual había criticado severamente, e incluso injuriado a miembros de la Comisión y a algunos superiores jerárquicos, así como a los ordenamientos fundamentales de la política de la Comunidad”. Con base en estos hechos, la Corte sostuvo que el recurrente decepcionó de manera irreparable la buena fe que la Comisión le tuvo y que, por tanto, tiene el derecho de exigir de sus propios dependientes; en consecuencia, era “imposible el mantenimiento de una relación cualquiera de trabajo con la institución”.

Parece evidente que las relaciones entre la Corte de Luxemburgo y la de Estrasburgo se han desarrollado sobre un binario respecto de la libertad de interpretación en la aplicación de los derechos fundamentales.⁵³

Además del caso Connolly, no faltan casos posteriores en los cuales las relaciones se sitúan en un plano de colaboración y de “respeto recíproco”.⁵⁴ También en estos casos la Corte de Justicia ha estudiado la Convención y ha hecho mención expresa a la jurisprudencia de la Corte EDH. Otro ejemplo que sería útil recordar brevemente es la decisión sobre el caso *Grant*.⁵⁵

En 1995, el empleador de la señora Grant le negó a ésta la concesión de algunas ventajas previstas en su contrato de trabajo en favor del cónyuge legítimo o, según el *common law*, *opposite sex spouse*, para su acompañante de sexo femenino con la cual declaraba tener una relación

⁵³ Al respecto, véase Gaja, “Carta dei diritti fondamentali e convenzione europea: una relazione complessa”, *La difficile Costituzione*, cit., nota 2, pp. 211 y ss.

⁵⁴ Cfr. Canor, I., “Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, *European Law Review*, 2000, pp. 3 y ss.

⁵⁵ Sentencia del 17 de febrero de 1998, causa 249/96, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 1998, pp. 1362 y ss. Cfr. Favalli, C., “Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti”, *La difficile Costituzione*, cit., nota , p. 235; Gallus, G. B., *Diritto dei trasporti*, 2000, p. 455.

significativa de más de dos años. Debido a dicha negación, la señora Grant interpuso un recurso contra el *Industrial Tribunal* de Southampton sosteniendo que era víctima de “una discriminación fundada en el sexo”, contraria, entre otros, al artículo 119 (artículo 141 de la nueva numeración) del Tratado de la C.E. Por tanto, el *Industrial Tribunal* acudió a la Corte de Luxemburgo para consultarle, en vía preliminar, si la “discriminación fundada en el sexo”, al cual se refería el artículo 119 T.C.E., podría comprender la discriminación fundada sobre la orientación sexual del trabajador. La respuesta de la CJCE fue en favor de la legitimidad comunitaria de la negación del empleador, ya que “*en el estado actual* del derecho de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no son equiparables a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables fuera del matrimonio entre personas de sexo opuesto”. Por “estado actual” se entiende el estado de conciencia unido a la disciplina normativa de los Estados miembros y a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ya “que, no obstante los cambios actuales en las mentalidades en materia de homosexualidad, las relaciones homosexuales durables no entran en el ámbito de aplicación del derecho referente a la vida familiar”.

La posibilidad de que se verifiquen divergencias interpretativas entre juicios constitucionales que concurren en la tutela de los mismos derechos podría ciertamente comprenderse en la “fisiología” del *iuris dicere*. De hecho, esta última actividad se compenetra con la creatividad que puede surgir de variables interpretativas dictadas por un contexto diverso, así como por la peculiaridad del sistema jurídico al cual pertenece el sujeto investido de la aplicación y, por tanto, de la interpretación de cierto derecho. Baste con recordar que las mismas disposiciones de la CEDU prevén que el ejercicio de un número considerable de derechos contemplados por ella puede ser limitado en función de la tutela de determinados intereses generales.

Existen muchos ejemplos referentes al tema. El mismo artículo 8o. de la Convención, después de haber establecido el derecho de cada persona al respeto de la vida privada y familiar, al domicilio y a su correspondencia, en el párrafo segundo precisa que:

no puede haber ingerencia de una autoridad pública en el ejercicio de tal derecho a menos que esté prevista por la ley y que constituya una medida que

sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la defensa del orden y para la prevención de los delitos, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otros.

Ello significa que la CEDU tiene la tarea de balancear el derecho fundamental de derecho a la vida privada y familiar con los intereses de la “sociedad democrática”, cuya tutela es igualmente necesaria en caso que se contraponga al libre ejercicio de tal derecho.

Por ende, los problemas de contraste entre las Cortes pueden surgir también sobre la racionalidad del balance entre intereses contrapuestos, determinada por una fuente normativa comunitaria. De hecho, en esta hipótesis, el juicio de legitimidad del balance operado compete a los órganos judiciales comunitarios que tienen un control directo sobre los actos comunitarios por parte de los órganos de Estrasburgo. En este sentido, es necesario recordar que a partir de la sentencia *Nold*, la Corte de Justicia ha elaborado gradualmente la “doctrina de los límites de los derechos fundamentales”, según la cual “en el ordenamiento jurídico comunitario parece legítimo sobreponer tales derechos a los límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, porque permanece ilesa la sustancia de los derechos mismos”.⁵⁶ Si en la citada sentencia la Corte de Justicia ha hecho mención expresamente del solo criterio de la intangibilidad de la “sustancia” de los derechos limitados, en los sucesivos pronunciamientos y en particular en la sentencia sobre el caso *Hauer* del 13 de diciembre de 1979,⁵⁷ ha establecido una condición ulterior de la “racionalidad” o de la “proporcionalidad”, la cual debe regir todos los pronunciamientos comunitarios limitativos de los derechos fundamentales.

No es fácil prever que el juicio sobre la racionalidad del balance entre intereses contrapuestos —efectuado por la Corte de Justicia en ocasión de la valoración de la legitimidad de la disposición comunitaria delimitada por el ejercicio del derecho previsto por la CEDU— coincida con lo que realizaría la Corte EDH, o se aleje de él, en este último caso, al reco-

⁵⁶ Sentencia del 14 de mayo de 1974, causa 4/73, en *Racc. Uff.*, 1974, p. 491 y ss., par. 14, p. 507.

⁵⁷ Sentencia del 13 diciembre de 1979, causa 44/79, en *Racc. Uff.*, 1979, p. 3727 y ss., par. 17, p. 3745.

nocer en el derecho garantizado por la Convención un alcance diverso del interpretado por la Corte de Estrasburgo.⁵⁸ Sin embargo, siempre ha pasado que al interpretar la misma disposición, la Corte EDH le ha atribuido un significado funcional a los objetivos de la Convención, mientras la Corte de Justicia les ha reconocido mayor funcionalidad a los objetivos comunitarios.⁵⁹

Tenemos así una parte de la jurisprudencia de la CJCE que se encuentra en estricta y coherente aplicación con la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, y que reconoce que las decisiones de la Comisión y de la Corte EDH son parte integral del “derecho de la Comunidad” y hace propias tanto las interpretaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, como las de la Corte EDH.⁶⁰ De hecho, la Comisión siempre ha considerado “las relaciones homosexuales durables” como no aplicables al derecho al respeto a la vida familiar tutelado por el artículo 8o. de la Convención. De forma similar, la Corte EDH interpreta el artículo 12 de la Convención en el sentido que se aplica únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diverso”.⁶¹ La CJCE opera así con *integration douce* de los valores de la CEDU en el orden jurídico comunitario.⁶²

De lo que se ha descrito parece evidente que la definición inicial propuesta respecto de las relaciones entre las Cortes, o sea, del equívoco reconocimiento recíproco esté plenamente justificada, aunque sea brevemente, por el análisis de la jurisprudencia de las dos Cortes. En consecuencia, ésta no puede proporcionar un patrón de comportamiento que pueda guiar al intérprete en la solución de los conflictos, los cuales

58 Cfr. Lenaerts, K., “Fundamental rights in the European Union”, *European Law Review*, 2000, n. 6, pp. 575 y ss., en particular, pp. 581 y 582.

59 Cfr. Toth, A. G., “The European Union and Human Rights: the Way Forward”, *Commercial and Market Law Review*, 1997, n. 3, p. 491 y ss., en particular, p. 499.

60 Al respecto, cfr. Tesaurò, G., “Il ruolo della Corte di giustizia nell’elaborazione dei principi generali dell’ordinamento europeo e dei diritti fondamentali”, *Annuario 1999-La Costituzione europea*, Padua, 2000, pp. 315 y ss.

61 *Ibidem*, par. 32-33.

62 En coherencia con esta aproximación se puede citar también el caso *Baustahlge-webe GmbH*, del 17 de diciembre de 1998 en la que la CJCE aplicó coherentemente la jurisprudencia de Estrasburgo y consideró irrazonablemente largo un proceso frente al Tribunal de primera instancia. A propósito, cfr. Andriantsimbazovina, J. “Splendeurs et Misères de l’ordre public européen”, *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 717.

se podrán agravar con la proclamación de la Carta de los Derechos.⁶³ El único dato cierto que se puede recabar es que el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos no logra encontrar por sí mismo mecanismos de autoreforma y tiende a permanecer como lo que es, un sistema esencialmente jurisdiccional de tutela de derechos.⁶⁴

IV. LOS CONFLICTOS REALES Y VIRTUALES: ¿ESTRASBURGO CONTRA LUXEMBURGO?

Pasando del análisis de los casos individuales a la disciplina jurídica de soluciones normativas adoptadas para reducir la posibilidad de conflictos, es necesario recordar que la Corte de Estrasburgo se basa en una Carta de Derechos Fundamentales parcial y superada, la cual, la misma CEDU ha contribuido a mantener viva y que no se puede llegar a distinguir como una verdadera y propia carta “jurisprudencial” de derechos. Por el contrario, la Corte de Luxemburgo jamás ha reconocido plenamente a la Corte EDH este rol de intérprete auténtico ni de la Convención ni de los derechos fundamentales en general.

La mayor novedad en este campo se presenta ahora por el artículo 52 de la Carta de Niza.⁶⁵ Sin entrar al intenso y profundo debate sobre la carta de derechos fundamentales es necesario precisar que en la Unión Europea, uno de los sentimientos del *mutual cooperation* entre las Cortes parte justo de aquí. El artículo en cuestión prevé en el primer párrafo que las “eventuales limitaciones en el ejercicio de los derechos y de las libertades reconocidas por la presente Carta” deberán “ser previstas por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades”; “bajo el respeto del principio de proporcionalidad, pueden aportarse limitaciones sólo donde sean necesarias y respondan efectivamente a finalidades de interés general reconocidas por la Unión o por la exigencia de prote-

⁶³ Al respecto, *cfr.* Diez-Picazo, L. M., “Notes sur la nouvelle charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 2001, pp. 665 y ss.

⁶⁴ En tal sentido, *cfr.* Caretti, P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002, p. 449.

⁶⁵ Sobre el alcance de los derechos garantizados, *cfr.* Comoglio, L. P., “L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, *Diritti fondamentali e giustizia civile*, p. 238.

ger los derechos y las libertades de otros”. La cláusula limitativa general de derechos no tiene aplicación para los derechos que “encuentran fundamento en los tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión” (par. 2). Por lo que se refiere específicamente a los derechos “correspondientes a los garantizados por la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, el tercer párrafo del citado artículo establece que “el significado y alcance de éstos son iguales a los conferidos por la citada Convención”, salvo la facultad del derecho de la Unión de conceder “una protección más extensa”.

Por “actos preparatorios” —nota del *Presidium* del 11 de octubre de 2000— se entiende que el legislador comunitario no puede aportar al ejercicio de tales derechos, límites posteriores o más intensos de los previstos por la CEDU. Por tanto, la nota en cuestión enumera los derechos contenidos en la Carta que han tenido “significado y alcance idénticos a los artículos correspondientes de la Convención Europea de Derechos Humanos”.⁶⁶

Hay pocos artículos que tienen “significado idéntico a los artículos correspondientes de la CEDU pero cuyo alcance es más amplio” (por ejemplo, el artículo 9o. de la Carta, que prevé el derecho de casarse y de constituir una familia, tiene el mismo significado del artículo 12 de la CEDU, pero su ámbito de aplicación puede ser extendido a otras formas de matrimonio eventualmente instituidas por la legislación nacional). De cualquier forma, no se le puede atribuir a los derechos de la Carta previstos por la CEDU un significado diverso, ni un alcance más circunscrito de los resultantes de la Convención.⁶⁷ En este sentido, parece claro el vínculo entre el artículo 52 y el 53 de la Carta, en virtud del cual el nivel de protección ofrecido por la Carta misma a los derechos tratados por la CEDU no puede, en ningún caso, ser inferior al garantizado por esta última.⁶⁸

⁶⁶ Entre éstos, véase el artículo 2o. correspondiente al artículo 2o. de la CEDU, que prevé el derecho a la vida; el artículo 4o., correspondiente al artículo 3o. de la CEDU, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes; el artículo 7o., correspondiente al artículo 8o. de la CEDU, que tutela el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

⁶⁷ Cfr. Manzini, P., “La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell’Unione europea: problemi interpretativi posti dall’art. 52”, *La Carta dei diritti*, cit., pp. 127 y ss.

⁶⁸ Al respecto, véase Groppi, T. y Cartabia, M., *L’Europa dei diritti*, pp. 344 y ss.

Con base en lo anterior, se entiende el alto porcentaje de conocimiento de la posibilidad de conflictos. Al mismo tiempo, la parte comunitaria tiene la intención de reducir el riesgo de éstos. Tal posición comunitaria podría resolverse en favor de la CJCE por el rol de la Corte Constitucional Europea.⁶⁹ El conflicto latente por tantos años gira, entonces, sobre la posibilidad de estallar definitivamente y la finalidad es ver si la proclamación solemne de la Carta de Niza reducirá o aumentará la posibilidad de conflicto.

Las experiencias jurisprudenciales de los conflictos y de la cooperación examinadas no son por sí mismas suficientes para alejarse del peligro de los conflictos. Hemos podido notar cómo la Corte de Luxemburgo se ha apropiado de la jurisprudencia de Estrasburgo, en el sentido que los derechos de la CEDU son tendenciosamente incluidos en el significado en el que “viven” en su jurisprudencia. Sucede lo contrario con la Corte de Estrasburgo, ya que ésta toma en cuenta la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo y ha utilizado técnicas decisorias similares.⁷⁰ Así, las Cortes se reconocen el carácter autónomo y la naturaleza específica de los ordenamientos jurídicos respectivos emanados de la CEDU y de los tratados.

En efecto, las relaciones entre las dos instituciones comunitarias —en particular, las Cortes—, comunitarias, por un lado, y los órganos de Estrasburgo, por otro, parecen estar asentados en términos de respeto de la autonomía recíproca.⁷¹ La Corte de Luxemburgo y el Tribunal de primer grado se niegan a actuar como órganos subordinados a la jurisdicción de la

⁶⁹ Cfr. Calvano, R., “Verso un sistema di garanzie costituzionali dell’UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il trattato di Nizza”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, p. 246.

⁷⁰ Al respecto, cfr. Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993, pp. 79 y 78.

⁷¹ Como lo sostiene Canor, I., *Primis intero paresi*, cit., nota , p. 5; análogamente, cfr. Rossi, M. A., “Una Corte costituzionale per l’Europa: ipotesi o realtà?”, *Rivista Internazionale di Diritto del’ Uomo*, 1998, n. 1, pp. 435 y ss., en particular, p. 441. En dicho estudio se prefiere hablar de “relación de colaboración y ordenamiento entre la Corte de Estrasburgo y la Corte de Luxemburgo, utilizando una fórmula no del todo convincente, ya que las dos Cortes (como se desprende del mismo estudio en la página 440) permanecen distintas “desde el punto de vista institucional y de las atribuciones formales de competencia”; sólo la Corte de Justicia es competente para juzgar la legitimidad jurisdiccional de los actos comunitarios secundarios con los principios esenciales que presiden en materia de derechos y de libertades fundamentales del individuo”, mientras que la Corte

Corte de Estrasburgo, pero se encuentran, pese a ello, dispuestos a respetar la jurisprudencia, como se evidencia, en particular, en las sentencias *Grant*, *Baustahlgewebe* y, sobretudo, en el reciente pronunciamiento en relación con la causa *Mannesmannröhren-Werke AG/Comisión*,⁷² en la cual el Tribunal de primer grado ha subrayado que “el derecho comunitario reconoce el principio fundamental del respeto de derechos de la defensa y el del derecho a un proceso *equo*”. Estos principios “ofrecen... una protección equivalente a la garantizada por el artículo 60. de la CEDU”; por su parte, los órganos de Estrasburgo no admiten la interferencia en el nivel de protección de derechos humanos en la Comunidad Europea a fin de que dichos derechos reciban una tutela equivalente.

Ejemplos en sentido contrario podrían recabarse del célebre caso *Matthews contra Reino Unido* del 18 de febrero de 1999, en el cual la Corte de Estrasburgo, reconociendo “que los actos de las Comunidades europeas no pueden ser impugnados como tales frente a la Corte, porque la Comunidad, en cuanto tal, no es parte contratante”, decidió evaluar el respeto de los derechos de la CEDU por parte de los actos internos de actuación del derecho comunitario. Esto se desprende de que los Estados miembros son siempre responsables de la actuación interna del derecho comunitario potencialmente lesivo de la Convención.⁷³

La Corte de Estrasburgo se considera intérprete y juez idóneo del derecho comunitario derivado,⁷⁴ anticipa los términos de una necesaria *actio finum regundorum*, en la cual la finalidad es reducir al mínimo el ries-

EDH “se pronuncia directamente y con competencia específica y exclusiva” sobre la inobservancia de las disposiciones de la CEDU y de sus Protocolos que concrete una lesión de los derechos fundamentales previstos, acordando a la parte lesionada, en caso de que sostenga como existente una violación tal, una igual satisfacción.

⁷² Sentencia del 20 de febrero de 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG vs. Comisión*, en *Racc. Uff.*, 2001, p. 729 y ss.

⁷³ Una reseña completa de los casos más recientes es la de Burgorgue, L. y Larsen, “Cronique de jurisprudence européenne comparée”, *Revue du Droit Public*, 2001, pp. 693 y ss.

⁷⁴ Sobre el punto, véase la posición de Conforti, B., “La carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la convenzione europea dei diritti umani”, en Rossi, L. S. *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milán, 2002, p. 13. Dicho estudio sostiene que “en los casos de este tipo el derecho comunitario no debe tomarlo en cuenta... la sentencia *Matthews* para decidir no necesitaba afirmar, como lo ha hecho, que la transferencia de competencia a las Comunidades europeas «no hace desaparecer la responsabilidad de los Estados miembros»... dejando entender así que para la exclusión

go de los conflictos y garantizar una mayor certeza de los derechos.⁷⁵ De hecho, es muy breve el paso de la dulce integración a la absorción progresiva de la tutela de derechos fundamentales en la esfera de la Corte de Justicia.⁷⁶ Como lo sostuvo la Corte de Luxemburgo el 28 de marzo de 1996, negando la admisibilidad de la adhesión de las instituciones europeas como tales a la Convención, salvo que se reformaran los tratados. En consecuencia, la Corte de Estrasburgo no ha podido pronunciarse sobre la legitimidad de los actos de los órganos comunitarios como tales, comprendidas las sentencias de la Corte de Luxemburgo y utilizando la CEDU como fuente formal. En este contexto, las relaciones entre las dos Cortes están destinadas a permanecer de forma cíclica; hasta cuando se aclare el futuro institucional de Europa permanecerá un círculo de respeto y sospecha recíprocos.

Sin embargo, los conflictos son siempre posibles porque la Unión Europea se vuelve cada vez más autónoma respecto de la CEDU —la Carta de Niza, más allá de los problemas relativos a su eficacia, es un claro ejemplo— entre otras cosas, por el hecho de que la CEDU es sólo uno de los materiales utilizados para escribirla. Los conflictos podrían surgir por la existencia de materiales heterogéneos.⁷⁷ Sin embargo, no es que no se

de los habitantes de Gibraltar por las elecciones todos los países miembros de la Unión europea habrían podido ser llamados a responder”. En el mismo sentido, *cfr.* Tesaro, “Ruolo della Corte di giustizia nell’elaborazione dei principi generali dell’ordinamento europeo e dei diritti fondamentali”, *Anuario*, p. 321. En este artículo se subraya “que la norma en cuestión no está contemplado en el conjunto del derecho comunitario derivado, pero sí en las normas que se desprenden de un pacto o de una convención. Es decir, que no son consuetudinarias, ya que ello escapa al control de la Corte de Justicia, al no tratarse de un acto comunitario, emanado de las instituciones”.

⁷⁵ Sobre el *actio finium regundorum*, *cfr.* Manzella, A., “Dopo Nizza: la Carta dei diritti «proclamata»”, *La carta dei diritti fondamentali*, p. 243.

⁷⁶ En tal perspectiva, *cfr.* Nicol, D., “Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human Rights”, *European Law Review*, 2001, pp. 17 y 18, en la que Matthews interpreta que “the manifest theme ...that Strasbourg Court wants to be above the Luxembourg Court ...masks its latent theme: that the Strasbourg Court wants to be like the Luxembourg Court”, o sea que las “national courts must enforce its conception of fundamental rights in preference to any rival conceptions emanating from Luxembourg”.

⁷⁷ Al respecto, *cfr.* Chiti, M. P., “L’architettura del giudiziario europeo dopo il trattato di Nizza: la lenta evoluzione dall’eclettismo al racionalismo”, *Diritto pubblico*, 2001, pp. 957 y 958, que sostiene que la Carta de Derechos Fundamentales llevará las dos Cortes a una relación de “tipo horizontal”.

vea, como se ha dicho, que el riesgo del doble pronunciamiento divergente sea igualmente probable antes de que se creara la Carta. ¿Debemos, entonces, esperar un estado de conflicto permanente en el futuro? En realidad pueden ser individualizadas algunas soluciones que tengan en cuenta el efecto principal de la proclamación de la Carta de los derechos, que es la consagración oficial de la existencia de dos sistemas europeos de protección de derechos fundamentales,⁷⁸ es decir, de dos sistemas de tutela de derechos sin Leviatán.⁷⁹

V. CONCLUSIONES

La primera conclusión que podremos definir como subsidiaria, puede activarse mediante la incorporación de la CEDU en los tratados instituidos —o en una eventual “Constitución Europea”—.⁸⁰ De este modo, la Corte de Justicia estaría obligada a adecuarse al estándar mínimo de tutela ofrecido por la Convención, quedando firme la facultad de conceder un nivel de tutela más elevado al cual se podría llegar, en cambio, integrando la Carta de Niza a los Tratados.⁸¹ De esta forma, las posibilidades

⁷⁸ Entre otros muchos, *cfr.* Jacqu È, J. P., “La charte des droits fondamentaux de l’union européenne générale”, *La carta dei diritti fondamentali*, p. 55.

⁷⁹ Es la expresión de Chessa, O., “La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»”, en Nania, R., y Ridola, P., I, *I diritti costituzionali*, Turín, 2001, p. 109. Sobre la dimensión internacional y supranacional de la tutela de los derechos, *cfr.* Ruggeri, A., “Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo «interconstituzionale»”, *Diritto pubblico comparato europeo*, 2001, pp. 544 y ss.; Spadaro, A., “La Carta europea dei diritti fondamentali tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione”, *Diritto pubblico comparato europeo*, 2001, pp. 621 y ss.

⁸⁰ Al respecto, *cfr.* Bifulco, A. *et al.*, “Introduzione”, *L’Europa dei diritti*, pp. 27 y ss. En general, *cfr.* Siervo, U. de, “Una ricerca sulla Costituzione europea come problema”, en Siervo, U. de, “*Costituzionalizzare l’Europa ieri ed oggi*”, Bolonia, 2001, pp. 13 y ss.; Anzon, A., “La Costituzione europea come problema”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 2000, pp. 629 y ss.

⁸¹ En tal sentido, *cfr.* Rossi, L. S., “*Costituzionalizzazione dell’UE*”, pp. 278 y 279, según el cual “reforzando los poderes de la Corte de Estrasburgo versus la de Luxemburgo, se colocaría a la primera en la misma posición, respecto de la segunda, de las Cortes Constitucionales o Supremas de los Estados miembros, creando una relación entre Carta y Convención Europea similar a la que existe entre Constituciones nacionales y Convención Europea”.

de que surja un verdadero conflicto entre las dos jurisdicciones —que está bien subrayarlo, se ejercitan sobre dos territorios muy diversos, uno internacional y el otro supranacional— resultarían reducidas considerablemente, ya que el margen de discrecionalidad dejado por la Carta de Derechos a la Corte de Luxemburgo se limitaría a la protección superior a aquélla “de base” ofrecida por la CEDU.⁸² Un verdadero contraste tendría razón de ser tan solo en el caso «más bien improbable» en el cual la Corte de Justicia reconociera a un derecho de la Convención un alcance más restringido del atribuido al mismo por la Corte de Estrasburgo.⁸³

Una segunda solución es la de prever, previa la descrita adhesión, un tipo de pronunciamiento preliminar “obligatorio o sólo consultivo, de la Corte de Estrasburgo ya que es la Corte que tiene una competencia y experiencia específica”.⁸⁴ Un razonamiento análogo parece emerger de la sentencia de 2000, la *BananenmarktorudnungUrteil*, de la Corte Federal Alemana. En tal sentencia se establece el principio de la obligación de abstención del juez constitucional sobre un caso individual de violación de derechos fundamentales por parte del derecho comunitario, a menos que no se demuestre que el caso no evidencia una refutación general de las Comunidades por asegurar un estándar equivalente de protección de derechos fundamentales a nivel comunitario.⁸⁵ En esta decisión “la palabra determinada es «general» la cual necesita una verificación de cómo los órganos de la Unión protegen el derecho fundamental en cuestión”.⁸⁶ En principio, el control preventivo de la compatibilidad de los comentarios con los derechos fundamentales de la CEDU y la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales podría proporcionar

⁸² Al respecto, *cfr.* Carpi, F., “Prime considerazioni sulle garanzie processuali della Carta dell’Unione europea”, *Diritti fondamentali e giustizia civile*, p. 223.

⁸³ Sobre el problema de la pluralidad de los niveles de jurisdicción después de la proclamación de la Carta, *cfr.* “La carta europea dei diritti fondamentali o dell’ambivalenza”, *Diritto pubblico*, 2001, p. 917.

⁸⁴ Conforti, B., *La carta*, p. 17. En el mismo sentido, por lo que respecta al ámbito estatal, *cfr.* Bilancia, F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Turín, 2002, pp. 91 y 92.

⁸⁵ Al respecto, Pernice, I., “Les Bananes et les droits fondamentaux”, *Cahiers de droit européen*, 2001, p. 427.

⁸⁶ Véase Bogdandy, A. von, “Comunità di diritti fondamentali come meta dell’integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell’unione europea”, *Diritto Pubblico*, 2001, p. 875.

una mayor protección de derechos a nivel europeo, también en prospectiva del acercamiento de la Unión.⁸⁷

Entre ambas Cortes, los casos de posibles ambigüedades resultan de la creación de un vínculo formal que, partiendo de una reforma de estos tratados (y tal vez también de la Convención), parece en concordancia con la amplitud de las posibles combinaciones de los futuros vínculos entre democracia, soberanía y derechos, tal como emergen de la declaración conjunta de *Laeken* del 15 de diciembre de 2001.⁸⁸



⁸⁷ Sobre el tema, *cfr.* Cartabia, M., “Allargamento e diritti fondamentali nell’Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale”, en Guerrieri, S. *et al.*, *Dall’Europa a Quindici alla Grande Europa. La Sfida istituzionale*, Bologna, 2001, pp. 123 y ss.

⁸⁸ La cual, en el punto II, *Le sfide e le riforme in un’unione rinnovata* deja sin perjuicio la elección previendo que sea necesario “reflejar sobre la oportunidad de insertar la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado de base y coloca la cuestión de la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos”. Sobre el punto, *cfr.* Chaltiel, F., “L’union européenne doit-elle adhérer à la Convention Européenne des droits de l’homme”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 1997, pp. 34 y ss.