

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

**Trabajo Fin de Grado**

DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EN UNA EUROPA  
MULTINIVEL: EL PROTOCOLO N° 16 AL CONVENIO  
DE ROMA



**Alumno: Adrián Merah Núñez**

**Tutora: Rosario Tur Ausina**

**Grado en Derecho**

**Curso académico 2020/2021**

# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	5
ABREVIATURAS .....	6
INTRODUCCIÓN .....	7

## **PARTE I: LA FUNDACIÓN DE LA EUROPA DE LOS DERECHOS**

<b>1. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS CONEXIONES EUROPEAS</b>	
1.1. Una necesidad imperiosa de cooperación y paz.....	12
1.2. El Consejo de Europa.....	13
1.2.1. El Congreso de La Haya de 1948.....	13
1.2.2. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.....	14
1.2.3. La Carta Social Europea de 1961.....	15
1.3. La Unión Europea.....	16
1.3.1. La importancia de los Tratados Constitutivos de la Unión.....	17
1.3.2. Los Tratados de Roma de 1957.....	18
1.3.3. El Tratado de Maastricht de 1992.....	19
1.3.4. El Tratado de Ámsterdam de 1997.....	20
1.3.5. La Carta de Niza de 2000.....	20
1.3.6. El Tratado de Lisboa de 2007.....	21
<b>2. CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN EUROPA</b>	
2.1. Conceptualización de los Derechos Fundamentales.....	22
2.2. Evolución de los Derechos Fundamentales.....	23
2.3. Cumplimiento y protección de los Derechos Fundamentales en el territorio europeo.....	25

## **PARTE II: LA EUROPA SUPRANACIONAL**

### **1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO VÉRTICES NORMATIVOS**

- 1.1. Valor y contribución de los Tratados en la Europa supranacional.....28
- 1.2. Labor de los principales Tribunales Europeos.....29
  - 1.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).....29
  - 1.2.2. Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).....30
  - 1.2.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).....31

### **2. EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL**

- 2.1. Conceptualización y rasgos característicos.....31
- 2.2. La Constitución como norma suprema en el sistema multinivel.....34
- 2.3. Relación entre Constituciones: “Constitución-red” .....35

## **PARTE III: INSTRUMENTOS DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES**

### **1. MARCO TEÓRICO DE LA JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL**

- 1.1. El poder judicial ordinario.....38
- 1.2. El Tribunal Constitucional.....39

### **2. DIÁLOGOS E INSTRUMENTOS EN LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES**

- 2.1. ¿Qué entendemos por diálogo entre tribunales?.....40
- 2.2. Clasificación de los distintos diálogos e instrumentos.....42
  - 2.2.1. Diálogo e instrumentos verticales .....42
  - 2.2.2. Diálogo e instrumentos semiverticales.....43
  - 2.2.3. Diálogo e instrumentos horizontales.....43
- 2.3. La cuestión prejudicial: “la inclasificable” .....44

<b>3. RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES ¿CONFLICTO Y/O DIÁLOGO?</b>	
3.1. Episodios de conflicto y diálogo intertribunales.....	45
3.2. La posible adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma.....	48

**PARTE IV: EL PROTOCOLO N. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

<b>1. EL PROTOCOLO N° 16 COMO INSTRUMENTO CONSULTIVO</b>	
1.1. Orígenes y conceptualización.....	50
1.2. Entrada en vigor y ratificación de los Estados.....	52
1.3. Fases.....	53
1.3.1. Fase inicial.....	53
1.3.2. Fase final.....	54
1.4. Reglas, modos de consulta y eficacia jurídica de la consulta.....	55
<b>2. REFUERZO DE LA CONFIANZA EN LA MAGISTRATURA ¿AVANZAMOS HACIA UN PROTOCOLO DE DIÁLOGO A VARIAS BANDAS?</b>	
2.1. Análisis del Protocolo: críticas acerca de este mecanismo.....	58
2.2. Opiniones consultivas planteadas en aplicación del Protocolo 16...60	
2.2.1. El caso MENNESSON v. FRANCE.....	60
2.2.2. El caso KOCHARYAN V.COUR CONSTITUTIONNELLE.....	61
CONCLUSIONES .....	63
BIBLIOGRAFÍA .....	67
ANEXO.....	72

## **AGRADECIMIENTOS**

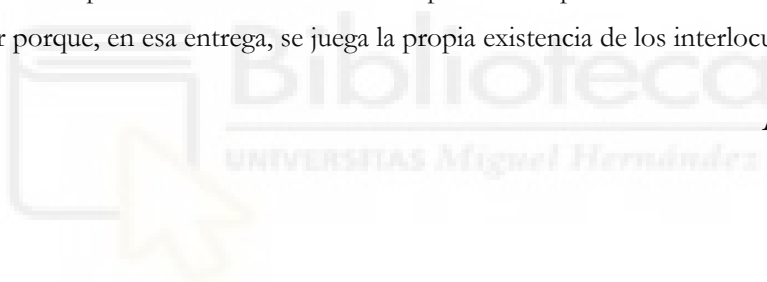
A mi madre y a mi abuela que nunca han dejado que flaquease y han apostado siempre por mí.

A mi abuelo, por enseñarme el valor y la importancia del estudio que, hoy en día, solo puedo agradecer.

Y, por último, quiero agradeceré a mi profesora y tutora, Rosario Tur Ausina. Gracias a su implicación, su apoyo, y su inestimable ayuda este Trabajo de Fin de Grado ha llegado a realizarse de manera muy amena y satisfactoria.

“El diálogo es, sin duda, el instrumento válido para todo acuerdo pero en él hay una regla de oro que no se puede conculcar: no se debe pedir ni se puede ofrecer lo que no se puede entregar porque, en esa entrega, se juega la propia existencia de los interlocutores”.

**Adolfo Suárez**



## **ABREVIATURAS**

Art.	Artículo
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española de 1978.
CCII	Convenio Internacional
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CSE	Carta Social Europea
DD.HH	Derechos Humanos
DD.FF	Derechos Fundamentales
LO	Ley Orgánica
Pág./Págs.	Página/Páginas
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSS	Sentencias del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

Tras los horribles escenarios vividos en una gran parte del siglo XX, de los que cabe destacar, de manera imperativa, las guerras mundiales y los anteriores modelos sociales fallidos, como resultaron ser los regímenes absolutistas o los Estados liberales de finales del siglo XIX, la clase política se vio obligada a replantear una solución que avanzase en términos de civilización coordinada, de mayor progreso y prosperidad. Esta vendría en forma de una mayor cooperación, articulando un espacio político que hiciese frente a la protección de los valores en Europa. De esa necesidad surgieron unos primeros contactos mediante una serie de reuniones. La más representativa fue la sucedida en 1948 en La Haya. Transcurrido un año desde ese primer intercambio dialéctico, con los sólidos pilares del imperio de la ley, los valores democráticos y los derechos humanos por bandera, se fraguó a través del Tratado de Londres, el Consejo de Europa en 1949.

Este inicio cooperativo e identitario no fue único. Tanta repercusión tuvo en los países que se adhirieron, que dio pie a numerosos tratados y convenios que se iban a desarrollar ya entrada la segunda mitad del siglo XX. Estos siempre con el principal objetivo de forjar un destino común, sin obviar la dispar idiosincrasia latente, entre los diferentes Estados intervinientes.

Sin lugar a duda, uno de los más importantes, debido al contexto económico-territorial de la época, fue la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1957. Esta Comunidad tenía como misión el ambicioso objetivo de lograr un mercado común y la imposición de una unión aduanera. Con el paso del tiempo, concretamente en el año 1965, la CEE se fusionó con las otras dos Comunidades Europeas existentes, CECA y EUROATOM, mediando en ello el Tratado de Bruselas. Finalmente, dentro de esta línea temporal -temprana- que estamos enunciando encontramos la Unión Europea a principios de los años 90, concretamente en 1992 que fue el año de su adopción, y su entrada en vigor, un año más tarde, a través del Tratado de Maastricht. Con la Unión Europea se produce la integración parcial de la CEE, pasando de ser una comunidad eminentemente de tendencia económica a centrarse también en el espectro político y social. La finalidad de todo ello era que, de una manera coordinada, se lograsen superar los anteriores tiempos de convulsión e ir encaminándose hacia la creación de una unión, cada vez más estrecha, entre los pueblos de Europa.

Para poder garantizar el buen asentamiento de los pilares básicos que dieron lugar al Consejo de Europa y a la Unión Europea, se establecieron órganos jurisdiccionales y supranacionales con un deber *in vigilando*. Cada uno competente en virtud de su normativa de referencia,

siendo estos los máximos interpretes -y vigilantes- de las normas e instrumentos de carácter supranacional. En el caso de los tribunales, estos se pronunciarían acerca del cumplimiento efectivo de los tratados correspondientes. De todos cabe destacar, y son motivo de estudio en apartados del siguiente trabajo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Y, dentro de los órganos vigilantes destacamos asimismo el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

Todo ello no fue óbice para que nuestros tribunales “perdiesen” el monopolio de enjuiciar las diferentes vulneraciones de derechos y del ordenamiento en favor de tribunales europeos, con la transferencia, en determinados supuestos, de la capacidad de rectificación de decisiones atribuidas dentro de nuestra jurisdicción. Es reseñable explicar que existía -y existe- una competencia bastante difusa a la hora de determinar la aplicación del ordenamiento constitucional europeo -Derecho Constitucional Europeo-, una competencia que estuvo -y está- establecida como una competencia compartida entre varios tribunales. Por ello se definen, y es de vital importancia, de manera casi escrupulosa, las competencias de cada ente para entender hasta donde puede llegarse y las formas de relacionarse con los otros tribunales. Se trata, de este modo, de evitar un revuelo competencial en cada procedimiento.

La finalidad es la armonización y la construcción de un constitucionalismo europeo coherente; por ello existen diferentes instrumentos, que son objeto de estudio, para el diálogo entre los tribunales, tanto nacionales con nacionales como nacionales con europeos... un diálogo entre toda la ciudadanía europea. De nuestros tribunales destacamos: los tribunales ordinarios -donde encontramos nuestro alto tribunal, el Tribunal Supremo (TS)-, y, por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) - no integrado dentro del Poder Judicial- como órgano supremo de garantías constitucionales, pues se entiende que es una jurisdicción especializada y no ordinaria.

La consolidación de la Unión Europea propició, además, un debate jurídico-técnico que, en un principio, discurría en torno a la posible implementación de un abanico de avances en materia de normativa comunitaria con el objetivo de buscar la concordancia dentro del espacio europeo. De esos avances se esperaba que emanase una mayor integración política de los Estados miembros y de sus órganos supranacionales, así como un mayor control institucional y la apertura de una mayor participación de los ciudadanos comunitarios en aspectos fundamentales de la Unión a través de diferentes tipos de consultas abiertas.

A raíz de ello, en los inicios del siglo XXI, se empezó a definir la necesidad de un modelo constitucional, puesto que la fórmula utilizada hasta entonces, que era el Derecho



Internacional, quedaba escasa ante una comunidad supranacional como la Unión Europea. En 2003 se aprobó un Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa conocido, de manera coloquial, como “Constitución Europea” cuya máxima era la elaboración de una norma fundamental que vinculase a los diferentes Estados integrantes para la organización de las cuotas de poder y el establecimiento de unos Derechos Fundamentales armonizados para toda la ciudadanía europea ya con eficacia jurídica vinculante. Ese proyecto finalmente fracasó, pues no se ratificó debido a las reticencias de diferentes estados -Holanda y Reino Unido, entre otros-, suponiendo una de las mayores crisis de identidad vividas en su medio siglo de existencia.

En la actualidad, aún estando recogidas multitud de estas cuestiones en diferentes tratados y directivas, no se puede afirmar que nos encontremos ante un “proceso integral-constitucional europeo” de carácter finalista y pleno, pues aún caben numerosas mejoras que se exteriorizan en la existencia de un debate, todavía muy vivo, sobre si esos tratados pueden ser interpretados con un carácter constitucional. Bien es cierto, no obstante, que se ha dado un acercamiento considerable por parte de la UE y esto se vislumbra en el progresivo diálogo que existe y se pone de relieve con las referencias acerca de la posible negociación -o acuerdo- sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Roma del Consejo de Europa.

Este vivo debate que paraliza el carácter constitucional del proceso, iniciado en Roma con la firma de los Estados, pero carente de su posterior -y necesaria- ratificación, se remienda mediante diferentes instrumentos. Entre otros cabe destacar la labor que ejercen los protocolos y su influencia en la armonización de aspectos de los diferentes ordenamientos nacionales, la cuestión prejudicial o la cuestión de inconstitucionalidad. Hemos de destacar, dentro de los Protocolos, la importancia de la entrada en vigor del reciente Protocolo nº16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) dependiente del Consejo de Europa, eje central de este trabajo. Por ello resaltamos que se hará hincapié en el citado Protocolo, así como en las opiniones consultivas que se han llevado a cabo a la luz de este instrumento, pero siempre desde el contexto más amplio del diálogo entre Tribunales en una Europa multinivel.

Todo lo anterior nace con el principal objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales dentro de nuestro marco territorial común y conseguir hacernos más libres, críticos e “iguales”. La disparidad de criterios entre los diferentes ordenamientos, indudablemente también la interpretación del derecho y su desigual aplicación en virtud del país en el que nos hallásemos, solo nos haría más débiles, más vulnerables y expuestos a cualquier desvaloración de estos. Lo que, en palabras del político mexicano, Benito Juárez, puede entenderse como

una analogía cuando afirma que “Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”, siendo esto, en palabras del que escribe, una muy acertada síntesis de la especial protección que merecen y deben tener siempre los Derechos Fundamentales. En el presente trabajo se abordan, como temas principales, el diálogo entre tribunales en una Europa judicial multinivel, el constitucionalismo multinivel y las particularidades del Protocolo nº16 al Convenio de Roma. Todo ello sin pasar por alto la importancia de la historia de la creación de Europa con el análisis de sus tratados más relevantes, la defensa, mecanismos y grados de protección de los Derechos Fundamentales en diferentes países europeos y la labor de los tribunales -nacionales e internacionales- en pro de la armonización normativa y la “unificación” de derechos.

En particular, la temática del trabajo se estructura en los siguientes apartados:

1. En el primero podemos encontrar un estudio sobre la construcción de Europa -a través de las diversas organizaciones existentes con sus convenios y ratificación de tratados- como realidad política y sujeto de pleno derecho. También se aborda, en este primer apartado, la concepción, evolución y protección de los Derechos Fundamentales en Europa y un análisis del cumplimiento de estos en los diferentes Estados europeos.
2. En el segundo bloque se examina, en primer lugar, el valor e importancia de los Tratados Internacionales desde una perspectiva jurídico-formal, incidiendo en su conceptualización y evolución. Y, en segundo lugar, se plasma la labor que desarrollan tanto los dos principales tribunales europeos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el órgano “vigía” de la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales. Este bloque concluye con el estudio del constitucionalismo multinivel, cuya relevancia en el futuro de la Unión y del continente europeo, nos obliga a tratar, por una parte, el concepto y el valor normativo de la Constitución y, por otra, el hilado y configuración de las diferentes Constituciones en un espacio común y compartido, conocido como “Constitución-Red”, en su variante más simplificada.
3. El tercer bloque desarrolla los diferentes mecanismos e instrumentos existentes para llevar a cabo un diálogo, entendido este como bien señala *De Vergottini*, como “el recíproco y consciente intercambio de ideas entre distintos órganos jurisdiccionales” (Crego, 2015-2016), con el fin de llevar a cabo una armonización normativa en una Europa multinivel, haciendo énfasis en la labor de nuestros tribunales y su relación con los altos tribunales de Europa. Además, se exponen diferentes diálogos y

conflictos intertribunales, cuya importancia radica en saber diferenciar ante qué figura nos encontramos en cada caso concreto. Esta diferenciación vendrá dada por la exposición de diferentes casos reales en la que trataremos de explicar ante cual de ambas casuísticas nos hallamos.

El cierre de este bloque intenta contestar a la pregunta sobre si hay realmente una posibilidad de incorporación futura y/o próxima de la Unión Europea al mecanismo del Convenio de Roma, prestando especial atención al Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

4. Para finalizar, y como núcleo duro de esta investigación, nos encontramos con el cuarto apartado. Este analiza, en profundidad y de manera orgánica, el Protocolo nº 16, incidiendo en su creación, su entrada en vigor, el modo de consulta, los sujetos y su fuerza jurídica. Su importancia radica en la posibilidad que se aporta a los altos tribunales de los distintos países integrantes -cuyos Estados son los encargados de designar qué tribunales son los competentes por razón de su “status” para interponer ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la opinión consultiva sobre la interpretación del Convenio y de sus diferentes Protocolos. Aun careciendo de legitimidad para imponer la resolución consensuada por la Gran Sala acerca del planteamiento interpretativo que se les solicita, sí que se sobreentiende, por todos los integrantes, la aceptación tácita de la resolución pues -de facto- son los propios países los que invocan el auxilio a este tribunal. La utilidad de este Protocolo reside en la búsqueda de la armonización a la hora de interpretar tanto el Convenio como sus protocolos.

Por otra parte, llevaremos a cabo una reflexión acerca de si es óptimo este protocolo para su finalidad, incidiendo en las críticas y virtudes que la doctrina expone sobre el mismo.

Y, como colofón, se presentan, a grandes rasgos, las primeras opiniones consultivas planteadas acerca del citado protocolo y su estado actual o resultado definitivo a la fecha de este trabajo, centrándonos en aquellas dos a las que el Tribunal ya ha dado respuesta.

## PARTE I

### LA FUNDACIÓN DE LA EUROPA DE LOS DERECHOS

#### 1. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS CONEXIONES EUROPEAS

##### 1.1 Una necesidad imperiosa de cooperación y paz

Tras las múltiples desavenencias y los conflictos bélicos que transcurrieron en la primera mitad del siglo XIX, Europa se vio sumida en una espiral de retraso e involución, acuciada esta por una fuerte crisis económica y social, derivada esta última del hastío de la población en general que buscaba una estabilidad y ansiaba un progreso hacia el futuro.

Esta situación que atravesaba el continente hizo que se produjese un viraje a una cuasi necesaria cooperación para salir de ese estancamiento y volver a ser la vanguardia del progreso como en siglos anteriores logró, por ejemplo, la Ilustración o la Revolución Industrial.

Esta cooperación, conocida como la “*Pax Europaea*”, se fue gestando de manera lenta pero segura, dejando atrás la ruinosa situación que representó la II Guerra Mundial; y se vio sustentada con la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Consejo de Europa (CE).

Anteriormente, durante las últimas dos décadas del siglo XX y primeros años del siglo XXI, y con el objetivo siempre presente de una unión de paz y estable entre los países europeos, se consolidó la adopción de la Unión Europea y la posterior integración progresiva de los Estados miembros -no incluidos en el origen-.

Todo ello hizo que la Unión Europea y el Consejo de Europa se convirtieran en referencia y espejo para otras agrupaciones de países, por las labores que desempeña en pos de la pacificación y estabilización de los Estados que los integran. En palabras de Herman Van Rompuy -presidente permanente del Consejo Europeo- durante la entrega del Premio Nobel de la Paz, “en el mayor pacificador de la historia” (Van Rompuy, 2012); y como señaló el presidente de la Comisión, Thorbjørn Jagland -encargado de anunciar la obtención de este premio por parte de la Unión-, una Unión Europea que fue “la clave para transformar un continente de guerras en un continente de paz” (Van Rompuy, 2012).

Hitos, los anteriormente citados, que solo refuerzan el carácter cooperativo y pacificador -caracteres intrínsecamente exigidos- que buscan las organizaciones supranacionales del viejo

continente para evitar repetir los sucesos del siglo pasado, apostando así por una unión más fuerte y estrecha para afrontar los retos de futuro -ya inminentes-.

## 1.2 El Consejo de Europa

El Consejo de Europa se constituye en 1949 como la primera organización de carácter regional en el ámbito territorial del continente europeo.

Tiene como misiones la guarda y tutela de la cultura y valores democráticos de los países integrados, la unidad de estos para que se produzca un avance en el plano económico, social y, posteriormente, político y, de una manera “indirecta”, mediante la consecución de las anteriores misiones, la armonización de determinados derechos y libertades provenientes de la visión de una unión más justa y democrática.

Es fundamental para entender la labor del Consejo de Europa el conocimiento de los pilares sobre los que pivota tanto su configuración como su funcionamiento, a saber: en primer lugar, la protección y defensa de la democracia, en segundo lugar, la protección integral de los DDHH y por último, el mantenimiento de los Estados de Derecho que promulgan dentro de sus propios Estados miembros.

Como resumen de este ente, podemos indicar que su labor fue y es esencial para entender la concepción de la Europa actual, una Europa soberana, fraternal y libre, pero con unos valores mínimos compartidos entre los integrantes que armonizan y estandarizan determinados aspectos de la vida en común.

### 1.2.1 El Congreso de La Haya de 1948

El Congreso de la Haya, celebrado entre el siete y el once de mayo de 1948, congregó a multitud de asistentes -sindicalistas, empresarios, políticos e intelectuales- todos ellos con diferentes ideologías y sensibilidades. La finalidad de este congreso consistió en la interacción de todos ellos en un constructivo debate acerca de la unidad continental de los países que concurrían, todos ellos del viejo continente, produciéndose con ello un primer acercamiento a la gestación del Consejo de Europa.

En ese congreso se vivieron infinidad de sesiones, que dejaron al aire las diferencias existentes entre las diferentes facciones y “familias” políticas sobre el tipo de unión que debía adoptarse para la nueva construcción europea. Entre todas ellas destacamos las dos principales: una Europa funcionalista -que buscaba una coordinación funcional e institucional de los

gobiernos, pero sin pérdida de autonomía en las políticas estatales-, o una Europa federalista -cuya intención era la búsqueda de cesión de la soberanía de los diferentes Estados a entes supranacionales de gobierno-.

A nivel informativo, por la importancia que ello tuvo para el desarrollo de Europa en la segunda mitad de siglo XX y la importancia que mantiene hasta nuestros días, destacamos que, dentro de esas opciones, la que salió victoriosa fue la de los partidarios de una Europa federalista.

Tras ello se generaron múltiples comisiones. La más importante fue la de carácter político en la que los distintos intervinientes aunaron esfuerzos y compartieron ideas para la construcción de una Asamblea consultiva donde los distintos Estados miembros pudiesen acudir para la resolución de problemas comunes y/o para solicitar información acerca de diferentes estrategias de actuación. Finalmente, esta asamblea fue aprobada y ratificada con la denominación de “El Consejo de Europa” en 1949.

Para finalizar este apartado nos gustaría subrayar y poner en valor la gran importancia que tuvo este congreso en el proceso de integración europeo. Destacamos la gran generosidad de los distintos actores que en su momento lo llevaron a cabo -todos ellos con diferentes sensibilidades-, ya que lograron un consenso que con el paso de los años ha progresado, mejorado y añadido nuevos miembros. Gracias a esa primera “conexión” que vino dada por la creación del Consejo de Europa se empezó a fraguar y se comenzaron a dibujar las líneas maestras que, medio siglo después, servirían de guía para la consolidación de otra organización -desvinculada de la anterior- conocida como la Unión Europea.

### 1.2.2 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -coloquialmente conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos- fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. Este Convenio tiene como finalidad proteger y salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas de los Estados integrantes del acuerdo.

Este Convenio recogió una gran influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos -promulgada por la Organización de las Naciones Unidas-; es por ello por lo que

es uno de los mayores recursos para la defensa de los derechos humanos de las personas pertenecientes a los países que lo integran.

El instrumento resultante de dicha convención puso en relieve los derechos y libertades - especialmente los derechos políticos y civiles-, todo esto desde un prisma jurídico en el que se venían a anunciar de manera expresa tanto su concepto como el resultado de su aplicación a un caso determinado.

El Convenio recoge multitud de derechos, entre otros destacamos los siguientes: derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia, derecho a la libertad y a la seguridad y derechos del detenido... A su vez, este convenio ha sido articulado en base a la adición de protocolos, que pueden ser integrados en tres grupos diferentes: los que incorporan nuevos derechos, los que modifican el proceso de protección y, por último, los que indagan sobre la competencia y su posible interpretación.

A su vez, cabe indicar que los Derechos Fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

### 1.2.3 La Carta Social Europea de 1961

La Carta Social Europea es un tratado, conseguido al albor del Consejo de Europa, que tiene como máximas la protección de los derechos humanos y el progreso tanto económico como social de sus Estados miembros. Este tratado -posteriormente revisado en 1996- se creó y se fue perfeccionando desde el inicio de los años 60 – concretamente el dieciocho de octubre de 1961, en la ciudad italiana de Turín-. La Carta Social Europea viene a establecer un amplio abanico de derechos y libertades de los que creemos oportuno destacar algunos, tan simbólicos como necesarios, como son: el derecho a la vivienda, derecho a la salud, derecho al empleo o a la educación, entre otros muchos. También se prevé en el propio tratado el mecanismo y órgano de supervisión que garantiza el respeto y la defensa de su contenido por los Estados parte. Este órgano supervisor es el Comité Europeo de Derechos Sociales –al que haremos referencia más adelante-, que actúa en conjunto con el TEDH -siendo éste el principal instrumento de tutela-. Como rasgo introductorio de dicho Comité destacamos su composición que se organiza en torno a quince miembros, todos ellos independientes e imparciales. La duración en el cargo de los quince es de seis años –prorrogables por un periodo máximo de otros seis-, los actores que forman parte del Comité Europeo de

Derechos Sociales son directamente elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El funcionamiento de la Carta Social Europea es sencillo. La Carta debe ser considerada como un estándar mínimo de protección; debe ser lo mínimo aplicable para la garantía de los derechos que de ella se desprenden. El uso que nos aventuramos a denominar “comparativo” tiene “esta” particularidad, y es que a determinado caso concreto para salvaguardar un derecho o libertad -que se contenga en la Carta Social Europea y en el ordenamiento interno de un país o se deduzca de la aplicación de otro tratado-, se deberá hacer una comparación entre el derecho redactado de la carta y el derecho interno del país o el proclamado en otro tratado. La solución es relativamente fácil: el que constituya de ambos un mayor grado de protección será el aplicable al caso concreto, respondiendo siempre la Carta Social Europea como instrumento subsidiario a falta de regulación.

De la revisión previamente citada -Carta Social Europea revisada-, queremos realizar un repaso de los aspectos más importantes ocurridos tras la inclusión de nuevos contenidos introducidos mediante una serie de enmiendas. En primer lugar, reseñar el Protocolo que se incluyó en 1991. Dicho Protocolo garantiza un mayor control en base al envío de informes u observaciones por parte de las partes contratantes, así como un examen riguroso acerca de cuestiones puramente jurídicas. Estas revisiones son realizadas por un comité de nueve expertos independientes, acerca de “la conformidad de las legislaciones y las prácticas nacionales con las obligaciones que se derivan de la Carta para las Partes Contratantes interesadas”. Por otro lado, nos referimos al Protocolo de 1995. Este instrumento fue necesario para abrir la posibilidad de que se pudiesen realizar denuncias o reclamaciones colectivas por parte de sindicatos o por organizaciones no gubernamentales.

Por último, destacamos la obligatoriedad que tienen, actualmente, los Estados integrados de someterse a la realización de un informe, de carácter anual, acerca del cumplimiento de alguno de los grupos estructurados en la Carta que serán remitidos para su examen y validación.

### 1.3 La Unión Europea

La Unión Europea fue y es un ambicioso proyecto cuyo propósito consiste en la pacificación del territorio y la cooperación económica una vez culminada la II Guerra Mundial. Nació así, en los años 50, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) como primer hito a destacar de la unión política y económica de los primeros integrantes -los seis-.



Años más tarde, en 1957, se continuó en el avance de las relaciones constituyéndose, mediante la ratificación del Tratado de Roma, la Comunidad Económica Europea (CEE) - coloquialmente conocida como mercado común-, que propiciaba entre otras libertades la de circulación, la libre competencia e incluso la no discriminación por razón de origen en el ejercicio de las citadas libertades. Y, por otra parte, también se constituyó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), cuyos objetivos eran, en primer lugar, el desarrollo de las investigaciones y la difusión de los conocimientos técnicos, así como facilitar y ayudar en la investigación acerca de la energía atómica y, en segundo lugar, llegar a un consenso sobre las medidas y normas de seguridad relativas a la protección tanto de los trabajadores de la industria atómica como del resto de la población. Como podemos apreciar todas estaban construidas en base a derechos de mercado contenido económico.

Años más tarde, en 1992, surge un nuevo instrumento, bautizado como el Tratado de Maastricht, por el que se introducía una nueva serie de derechos que, en su amplia mayoría, eran de carácter político.

Desde entonces y como se puede imaginar, se llevaron a cabo numerosas cesiones en beneficio del aumento de derechos y libertades que se nos garantizan por el mero hecho de estar dentro de la UE como país miembro. Esta ampliación de “beneficios” es continua a lo largo de finales del siglo XX, principios del XXI y llegando hasta nuestros días.

Todo ello se ha ido introduciendo a raíz de la firma y ratificación de otros tratados e instrumentos como son el tratado de Ámsterdam, la Carta de Niza o el Tratado de Lisboa. Todos estos serán explicados con precisión en los siguientes epígrafes.

### 1.3.1 La importancia de los Tratados constitutivos de la Unión

Los Tratados constitutivos de la Unión Europea fueron los instrumentos fundamentales para tener la concepción de unión que tenemos hoy en día.

En un primer momento estos tratados no contenían referencia explícita alguna a la garantía y respeto de los derechos fundamentales. Bien es cierto que existían algunas que con el paso de los años se han categorizado como tal - el principio de no discriminación o la libre prestación de servicios, por ejemplo- y que, en algunos casos, podían incidir en la protección de los derechos fundamentales-.

Esta no aparición de los derechos fundamentales en origen se puede explicar por las vertientes que los mismos trataban. Estos instrumentos eran de un carácter eminentemente

económico; es por ello por lo que se entiende que se priorizaba al máximo nivel la unión y la integración económica. En los tiempos actuales, es indiscutible que se aprecien estos objetivos como los verdaderos precursores de lo que actualmente tenemos, es más puede darse el caso de que visto desde el prisma temporal, alguno de los principios ahí recogidos entrase en colisión -o si se prefiere en contradicción- con los derechos que desprende actualmente la Unión Europea, sobretodo en materia de derechos fundamentales (Agudo Zamora, 2021).

Pero hay que entender el momento temporal en el que se adoptaron estos primeros tratados constitutivos, pues en esa época se buscaba defender sobre todo los derechos políticos y civiles. Es por ello que existe un contraste entre la situación inicial y la que apreciamos en la actualidad tras las múltiples y sucesivas reformas de los tratados constitutivos que se han empeñado en el logro -con gran alcance- de involucrar de manera imperativa el respeto de los derechos fundamentales en el territorio de la Unión.

### 1.3.2 El Tratado de Roma de 1957

El Tratado de Roma fue el prelude del nacimiento y consolidación de las primeras Comunidades Europeas, firmado el 25 de marzo de 1957, y que dio lugar a la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad de la Energía Atómica -cuyo acrónimo es EURATOM-.

A la firma de este histórico tratado concurrieron los signatarios de los países en los cuales se gestó, Francia, Países Bajos, Italia, Bélgica, Luxemburgo y la República Federal Alemana, - conocidos como “los seis”-. Este tratado entró en vigor el 1 de enero de 1958.

La finalidad de este instrumento radicaba y se enroscaba en el compromiso entre los Estados signatarios de “establecer los fundamentos de una unión sin fisuras, más estrecha entre los países europeos”. Este firme objetivo político ponía de relieve la intención de una progresiva integración de los países europeos para su consecución final en el largo plazo.

En su labor práctica dio lugar a que se desarrollase una unión aduanera –conocido como mercado común-, que deshilachaba en el periodo pactado, doce años, los aranceles existentes entre los Estados integrados. Todo esto con el objetivo de favorecer y alentar a un mayor intercambio de bienes, y así reactivar la economía. Recordamos, por la importancia que tiene este tratado en tanto en sus inicios tenía un carácter marcadamente económico.

Además, al hilo de las tesis detalladas que enmarcábamos en el apartado “El Congreso de La Haya de 1948” dentro del Consejo de Europa, el Tratado de Roma supuso el triunfo de

determinadas tesis "funcionalistas" en el ámbito de la Unión -las que defendían la existencia de una coordinación funcional e institucional de los gobiernos, pero sin la necesaria pérdida de autonomía en las políticas estatales-. Ante la imposibilidad de un acceso temprano a una unión política se llegó a la conclusión de que resultaba interesante y, a la larga, necesaria, una integración progresiva y sosegada de los diferentes sectores económicos. Todo ello con la convicción y el objetivo de que los Estados fuesen cediendo determinadas competencias -económicas y administrativas, fundamentalmente, pero también políticas-. De esta integración deriva el auge que experimentaron determinadas instituciones europeas como la Comisión Europea, el Consejo Europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Comité Económico Social, entre otros. Estos organismos se nutrieron, a medida que se avanzaba en el proceso de propagación e integración, de un mayor número de funciones y competencias, llegando incluso éstas a seguir alimentándose en el escenario actual.

En definitiva, y como conclusión somera de este Tratado, podemos indicar que su labor inicial era el asentamiento de unos compromisos entre los signatarios y los demás Estados que se adhiriesen para que desarrollados estos y por el transcurso de los años, pudiese dar como fruto el empezar a vislumbrar una "nueva" unión, esta ya con una tendencia marcada y eminentemente política.

### 1.3.3 El Tratado de Maastricht de 1992

El Tratado de Maastricht, también conocido como el Tratado de la Unión Europea, aprobado en 1992, fue un ambicioso tratado de gran calado comunitario cuyo fin era la creación de lo que hoy en día conocemos como "Unión Europea". El documento sentaba las bases de una unión tanto económica, monetaria y política, y refundía las antiguas CEE adhiriendo a esta refundación una política exterior y de seguridad común, y un refuerzo de las competencias del Parlamento Europeo siendo, además, clave para entender lo que hoy conocemos como la ciudadanía europea, ya que mediante este tratado se introduce por primera vez este concepto.

"El Tratado de Maastricht marcó el inicio de «una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» al conferir a las anteriores comunidades una dimensión política" (EU Publications Office, 2021).

De entre los logros que supuso este tratado destacamos la ampliación de una serie de derechos y la creación y el refuerzo de determinados organismos europeos ya existentes. Entre todas las medidas adoptadas se nos hace especialmente relevante nombrar algunas de ellas como pueden ser: el derecho a la libertad de movimiento y residencia en cualquier lugar

de la Unión, la posibilidad de concurrir a las elecciones europeas, la recepción de asistencia y protección diplomática en embajadas y/o consulados de otros países miembros, el impulso en las políticas de empleo y en materia de protección laboral para todos los ciudadanos miembros, y también la creación de una moneda común y del Banco Central Europeo, estos últimos con el fin de facilitar el intercambio de transacciones independientemente del país miembro al que se pertenezca, armonizando así la multitud de monedas nacionales existentes previas a su creación y deteniendo la fluctuación de las mismas.

#### 1.3.4 El Tratado de Ámsterdam de 1997

El Tratado de Ámsterdam, firmado en la ciudad holandesa, el dos de octubre de 1997, y con entrada en vigor el uno de mayo de 1999, es la norma por la que se modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE) y los tratados constitutivos de la CEE – a destacar CECA y EURATOM-, así como determinados actos conexos

Este tratado ha de observarse desde dos visiones o, si se prefiere, desde dos prismas territoriales. En lo concerniente a la afectación a la Comunidad Europea supuso que se profundizase en la política laboral -apostando por un desarrollo equilibrado y sostenible-. A su vez realizó reformas de calado en numerosos ámbitos, tales como la inmigración, el asilo, la lucha contra el fraude, la cooperación aduanera y el medio ambiente.

En lo relativo a la importancia de este tratado para el funcionamiento de la Unión Europea, destacamos que fue de gran utilidad para el refuerzo de la cooperación intergubernamental tanto en materia penal como en materia policial -ahondándose así de manera indirecta en la protección de los derechos fundamentales-. Se llegaron a crear, incluso, instrumentos en este ámbito análogos a la directiva como fue el caso de la estrategia común, yendo acompañado todo este refuerzo de una nueva estructura –la Unidad de Planificación de Políticas y de Alerta Rápida-.

#### 1.3.5 La Carta de Niza del 2000

La Carta de Niza, también conocida como Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o simplemente “La Carta”, que entró en vigor en 2003, se configura y crea existiendo ya parte de la doctrina que ansía el comienzo de una trayectoria a futuro por parte de Europa hacia la creación de una Constitución Europea. La utilidad de la Carta radica en que hizo posible materializar en un mismo instrumento el grado de eficacia jurídica que tenían

las diferentes libertades acuñadas en diversos tratados europeos; y también supuso la agrupación de los derechos dispersos en categorías articuladas en torno a unos principios básicos. Destacamos así las libertades fundamentales, la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad, la ciudadanía y, no menos importante, la justicia.

La carta de Niza fue proclamada el 7 de diciembre del año 2000 por los tres órganos representativos de la Unión -la Comisión, el Consejo y el Parlamento-. Fue ratificada posteriormente y enmendada en una ocasión –modificación de la carta del 2007-. Desde el año 2009 se le otorga a este instrumento eficacia constitutiva, pasando a considerarse jurídicamente vinculante y equiparándose al valor jurídico de cualquier Tratado (art. 6 del Tratado de la Unión Europea)

El nivel de protección que profiere la carta viene indicado en su propio articulado, el cual paso a transcribir de manera literal por su importancia para entender el funcionamiento: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Para finalizar este apartado y destacar la importancia que este instrumento ha tenido en los años posteriores a su creación, nos gustaría recrear la transcripción traducida de una frase expresada por la política alemana, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, perteneciente al partido Democrático Liberal, quien afirmó en una conferencia en 2002 que “la Carta era una importante piedra miliaria en el camino hacia una Constitución para Europa”.

### 1.3.6 El Tratado de Lisboa de 2007

El Tratado de Lisboa es el instrumento por el que se modifican por una parte el Tratado de la Unión Europea (TUE) y por otra el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, siendo firmado dos años antes, en 2007.

En primer lugar, se puede afirmar que este tratado realiza un trabajo semántico importante. Al referirnos a ello lo hacemos respecto a los cambios de denominaciones que sufrieron determinados tratados y términos. Los más notorios fueron: “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” que cambió su denominación por “Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea”, y de igual modo la variación que sufrió el término “Comunidad” sustituyéndose por el vocablo “Unión”.

Entrando ya en el fondo del contenido de este Tratado, se observa que no incluye la creación o transferencia de nuevas competencias a favor de la Unión Europea. Lo que sí prioriza este instrumento es el fomento de la participación y el aumento de la seguridad y protección de la ciudadanía. De lo anterior se desprende la creación de un nuevo orden institucional y el avance en los procesos, tanto en su vertiente de eficacia como en la de lograr una mayor transparencia. Que no se creasen -nuevas- competencias no invalida el que se reforzasen o aumentasen las competencias compartidas, dando pie a un mayor poder parlamentario y a una mayor responsabilidad política por parte de las instituciones de la Unión. A su vez, este tratado no contiene artículo alguno que declare de una manera expresa y formal la primacía del Derecho comunitario sobre las distintas legislaciones nacionales, pero sí nos informa acerca de la clarificación y organización de las diferentes competencias de la Unión – exclusivas, compartidas y de apoyo-, así como la adquisición de la personalidad jurídica propia que adquiere la Unión a la luz de este tratado, surtiendo a partir de este momento eficacia cualquier acuerdo adoptado en el régimen competencial que proceda mediante la propia firma de la Unión, siendo éste uno de los hitos más importantes de la organización. También nos gustaría aclarar y recordar, pues nos parece de vital importancia, que los Estados miembros son sujetos de pleno derecho que tienen plena capacidad para firmar también acuerdos internacionales siempre y cuando las disposiciones de estos no sean contrarios, en todo o en parte, al Derecho de la Unión.

Por último, destacar que la interrelación que se crea tras la adopción de los Tratados, explicados anteriormente, hace que Europa avance hacia un sistema mayor y más garante de derechos y consolidando, al mismo tiempo, unos niveles de protección que confluyen entre sí.

## **2. CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN EUROPA**

### **2.1 Conceptualización de los Derechos Fundamentales**

Creemos conveniente que, en este primer epígrafe, por la importancia que desprende para su conocimiento dentro del estudio de los Derechos Fundamentales, se lleve a cabo una primera

aproximación a su conceptualización, sus caracteres y su distinción, a través de una comparativa, con los Derechos Humanos.

Para comenzar este análisis hemos de indicar que los Derechos Fundamentales están recogidos conceptualmente en la Diccionario de la Real Academia Española como “derechos que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, son normalmente recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior” (DRAE, 2020).

Tras esta primera aproximación estamos en disposición de afirmar que los Derechos Humanos son aquellos que cualquier humano por el hecho de serlo posee -independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otro rasgo característico propio-. En contraposición, los derechos fundamentales son -recogiendo la explicación anterior- aquellos derechos que se regulan y articulan en el ordenamiento jurídico de un país, en su norma “suprema” -en el caso de España en nuestra Constitución de 1978-. Como podemos apreciar, son términos muy similares y que engloban similitudes en los más esenciales derechos inherentes a las personas. Es por eso por lo que se puede dar la situación de que un mismo derecho sea a la vez fundamental y humano -como ejemplo el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE)-. Pero a su vez no todos los derechos humanos tienen por qué ser derechos fundamentales -ejemplificamos esta distinción con el derecho humano a la salud-.

## 2.2 Evolución de los Derechos Fundamentales

Para contextualizar este apartado debemos remitirnos a comienzos de la Edad Media, época en la que se empezó a tomar conciencia de la persona como portadora de unos derechos innatos -posteriormente conocidos como fundamentales-. Esta idea surgió y fue bandera de las tesis del pensamiento iusnaturalista. Aunque debemos recalcar que, aún con la existencia de esta idea acerca de la realidad de unos derechos innatos e inherentes a cualquier persona, no debemos perder la perspectiva temporal en la que nos encontramos, pues, en esta época, no todas las personas iban a disfrutar de esa “naturalización”. Eran dignos, únicamente, aquellos que el monarca considerase legítimos para disfrutar de esas prebendas. No existía entonces, por lo demás, una teoría acerca de los derechos subjetivos -entendiendo esta teoría como la piedra angular de lo que hoy conocemos como los derechos fundamentales-. (De Domingo Perez, 2020)



Partiendo de este contexto podemos afirmar que los derechos fundamentales, como en la época actual los percibimos, aparecen una vez iniciada la Edad Moderna donde surgieron dudas acerca de su aplicación. Esta serie de avances se realizó a través de un proceso de fases hasta culminar en esa teoría subjetiva a la que antes hacíamos mención. Una de estas fases - a opinión de los especialistas la más importante-, fue la progresiva degeneración de aquellos privilegios o beneficios en favor de determinados grupos, pasando de ser una especie de dádivas reales -entendidas estas como garantías otorgadas por el rey-, a beneficios de todos los ciudadanos.

Años más tarde, las crecientes convulsiones –generadas en gran medida por la iglesia-, hicieron que la población adoptase un movimiento en favor de la conquista de los “primeros” derechos fundamentales. A estos le siguieron la conquista de otro tipo de derechos -políticos o civiles- que vieron por primera vez la luz en la Inglaterra del siglo XVII a través de diferentes instrumentos como la Petition of Rights de 1628, la Ley de Habeas Corpus de 1679 y la Bill of Rights de 1689. Todos ellos grandes avances sociales, aunque de momento, solo incardinados dentro de ese Estado.

Otro de los hitos que se forjaron para entender los derechos fundamentales como hoy en día los entendemos fue la “Época de las Declaraciones” -época en la cual se empiezan a difuminar las referencias determinadas a una población en concreto para aludir “a los hombres”-. Con este hito se empezó a construir la universalización de los derechos fundamentales que afectaba por igual a todos debido a la tesis de la Escuela Racionalista que sostenía, en uno de sus dogmas más definitivos, que “existía un ordenamiento jurídico superior al positivo y, este, era aplicable a todos los hombres, del que se desprendían unos derechos igualmente atribuibles a todo ser humano”. (Marin, 2014)

La “Época de las Declaraciones” se expandió por Europa -concretamente en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789-. También se inspiró el nuevo continente en esta corriente. Tanto es así que en sus procesos de independencia se realizaron dos de las más importantes declaraciones para la consecución de derechos, a saber: la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776.

Sin embargo, los Estados Liberales -aun con la corriente que venía de la época de las Declaraciones- no consiguieron los fines que perseguían como, por ejemplo, la igualdad de toda la ciudadanía. Por este motivo, gran parte del siglo XIX se envolvió en diferentes causas -revoluciones, huelgas y manifestaciones, en su mayoría- cuyo fin era la conquista de derechos sociales y económicos -derecho a la libertad de sindicación, derecho a la educación,



sufragio universal...-. Todas esas conquistas dieron paso a que en el siglo XX se abandonase la formulación de los derechos fundamentales en las declaraciones, introduciéndose estos en las propias Constituciones de los Estados -haciéndose estos garantes de la efectividad de los derechos-, y en instrumentos normativos de carácter supranacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio de Roma de 1950, la Carta Social Europea de 1961 -posteriormente revisada en 1996- o la Carta de Niza del 2000. Es por ello que es lógico que se afirme que la lenta, pero gradual, adquisición de los derechos fundamentales y su asentamiento en los distintos ordenamientos jurídicos fue el origen de las sociedades tal y como ahora las conocemos. Unas sociedades que, con el transcurso del tiempo, han ido y siguen avanzando hacia modelos de convivencia más estables y pacíficos, tomando como referencia el uso del diálogo para la resolución de los conflictos - independientemente de su naturaleza- que es, en definitiva, un preludio de lo que trata de conseguirse, actualmente, en el ámbito judicial, con el Protocolo nº 16.

### 2.3 Cumplimiento y protección de los Derechos Fundamentales en el territorio europeo

Partiendo de la base de que el incumplimiento de los Derechos Fundamentales va en contra de numerosísimos tratados y acuerdos ratificados -como el Tratado de Lisboa en el ámbito de la Unión, el Convenio de Roma o la Carta Social Europea si abarcamos todo el Consejo de Europa, o las Constituciones nacionales en el ámbito de los propios Estados-, existen grandes diferencias en el cumplimiento, en la realidad de los derechos y en las garantías prácticas de estos según el Estado en el que nos encontremos dentro del inmenso territorio que abarca el continente europeo. Para la realización de este apartado nos apoyamos en diferentes bases de datos e informes -especialmente en la base de datos “World Justice Project”-, que nos permite hacer distinciones en función de qué derecho -o dónde- ha de ser objeto de protección y garantía.

En primer lugar, destacamos cómo diferentes instrumentos normativos se retroalimentan de la propia protección de los derechos. Es por esto que -por ejemplo- el Tratado de Lisboa incorpora en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) una declaración explícita acerca de los valores base de la Unión, siendo estos la salvaguarda y garantía de los derechos, erigiéndose como un fundamento innato a la organización que se proclama como armonizadora y pacificadora. O, desde otra perspectiva -más cercana-, cómo las Constituciones nacionales abarcan en sus diferentes títulos y extensiones la especial

protección que merecen los derechos fundamentales -en nuestro caso se refleja en los arts. 15-29 de la CE-.

Se entiende pues de esta forma el casi metódico trabajo que se ha llevado a cabo -y se lleva para cumplir dichos compromisos.

Ya entrando en materia a nivel comparativo, nos gustaría explicar el método que ha sido utilizado por WJP para la clasificación.

Este índice se genera -como aparece en su propia pagina web- mediante estudios con expertos y autoridades locales a través de una serie de encuestas -ajustadas a los usos y costumbres locales-, y en colaboración con la Unidad de Econometría y Estadística Aplicada del Centro Común de Investigación de la Comisión Europea. En el estudio se contempla el cotejo de diferentes variables como “la limitación de poder gubernamental”, “la ausencia de corrupción” o “la justicia civil”. A efectos de este trabajo las variables que más relevantes nos son útiles para el tema tratado son las puntuaciones obtenidas dentro del apartado “Derechos Fundamentales” y, específicamente, trataremos los siguientes derechos: “derecho a la vida y a la seguridad de la persona” -D1-, “libertad de opinión y expresión” -D2-, “libertad de creencia y religión” -D3-, “libertad de privacidad sin interferencias arbitrarias” -D4-, “libertad de asamblea y asociación” -D5- y, finalmente, el computo global de los países en estudio con su correspondiente interpretación en base a los datos arrojados.

Se hará el estudio de los derechos antes citados, así como su interpretación para las conclusiones de este epígrafe, de los siguientes diez países: Albania, Austria, Croacia, España, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Turquía.

Para la elección de los países que vamos a baremar hemos utilizado un sistema en base a territorio e integración, esto es: en base a territorio, realizamos la elección de un país de todos los que figuran en su entorno -a modo ejemplificativo seleccionamos España dentro del conjunto de España, Francia, Italia, Malta y Portugal, entendidos estos como su área de influencia-; y, en base a integración, estudiamos países que sean o no integrantes de la Unión Europea de manera equilibrada y proporcional -pero siempre que estén dentro del Consejo de Europa-.

De este análisis podemos destacar las siguientes conclusiones:

- En base a los datos que arroja la tabla (ANEXO 1) podemos distinguir, en términos porcentuales, un mayor índice de garantía en los siguientes países, de manera progresiva: España, Reino Unido, Países Bajos, Austria y Noruega. Por otra parte, los siguientes países, representados de manera decreciente, tienen un menor índice de garantía y salvaguarda de los Derechos Fundamentales analizados: Croacia, Polonia, Albania, Moldavia y Turquía.

- Se calcula en base a los datos arrojados que los países que son integrantes en la Unión Europea -Austria, Croacia, España, Países Bajos y Polonia- obtienen una media porcentual de 0,76/1.00.
- Se calcula en base a los datos arrojados que los países no integrantes a la Unión Europea, pero sí al Consejo de Europa -Albania, Moldavia, Noruega, Reino Unido y Turquía- obtienen una media porcentual de 0,64/1.00.
- De lo anterior podemos deducir que existe una mayor salvaguarda de los derechos analizados en aquellos países que sí pertenecen a la Unión, pero con excepciones como ocurre en los análisis del Reino de Noruega y el Reino Unido.
- Destacamos, pues, que la integración en la Unión Europea -exceptuando determinados casos y su variable-, implica una mayor defensa y libertad a la hora de ejercer, garantizar y defender los derechos. En base a ello podemos afirmar que existe una correlación positiva entre la defensa que desprenden los análisis realizados y la aceptación de los tratados - vinculantes en tanto su ratificación se produce-, que se forjan en el seno de la Unión Europea, viéndose estos como instrumentos eficaces para la salvaguardia de los derechos. Bien es cierto que, como hemos comentado anteriormente, existen excepciones en ambas partes tanto en los países integrados como en los no integrados, pero a la luz que nos dan los datos podemos afirmar las conclusiones antes citadas -sin que sean estas una máxima irrefutable-.
- En definitiva, podemos observar que se da la situación en la que, exceptuando determinados casos, la introducción y ratificación de determinados tratados y convenios a nivel territorial europeo -Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso del Consejo de Europa o el propio tratado constitutivo de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea- se muestran eficaces para la protección y salvaguardia de los derechos y libertades en comparación con la defensa que se produce de los mismos en otras agrupaciones de Estados, como por ejemplo en la Unión Africana aún disponiendo esta instrumentos similares para la protección de los derechos, como la Carta de Banjul, pero que a toda vista devienen ineficaces.

## **PARTE II**

### **LA EUROPA SUPRANACIONAL**

## **1 LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO VÉRTICES NORMATIVOS**

### **1.1 Valor y contribución de los Tratados en la Europa supranacional**

La Unión Europea se basa en la búsqueda de los Estados de Derecho y en la consecución de uniones tanto de carácter político como económico; de otro lado, el Consejo de Europa tiene como fin último la cooperación entre los países europeos que en el mismo se integran a través de un acervo de Derechos Fundamentales. De este modo, para articular todos los mecanismos y acciones que pivotan sobre sus diferentes fines, es necesario el uso de unos instrumentos regulatorios que garanticen el cumplimiento de los fines a los que se subyugan. Es, en este momento, donde los tratados toman especial relevancia pues, en virtud de estos, los Estados se comprometen de una manera voluntaria y democrática a acatar la regulación que en estos se contemple.

Es principalmente por esta razón, por la que la Unión tiene capacidad legislativa, pues a través de sus tratados se canaliza lo que de manera soberana se ha adoptado como respuesta en los diferentes Estados miembros ante situaciones cuya resolución requería de un marco legislativo.

En el punto anterior hemos citado diferentes tratados -tanto de la Unión como del Consejo de Europa-, pero no hemos ahondado en la conceptualización que se requiere. Pensamos que es más interesante ponerlo en valor cuando nos encontramos relatando la importancia de la Europa supranacional.

Un tratado es, básicamente, un acuerdo que vincula a los países que lo ratifican. En él se establecen los objetivos perseguidos, las normas que vinculan a los integrantes, así como la relación que existe y debe ser cumplida entre los diferentes Estados signatarios. Pero los tratados son elementos “vivos”, con ello queremos referirnos a que no debemos interpretar los tratados de una manera estática e inamovible en el tiempo, pues a medida que las circunstancias que los motivaron cambian, estos también sufren una transformación para aumentar su eficacia y utilidad.

Existen multitud de tratados que pueden ser clasificados bien por el momento temporal en el que se adoptan, su extensión, su naturaleza primaria o su finalidad. Lo que tienen en común todos ellos es que todos buscan la armonización, una mayor regulación y una cooperación dentro de los límites territoriales del continente europeo.

## 1.2 Labor de los principales Tribunales Europeos

Debemos poner en contexto la situación en la que trabajan estos tribunales para, después, profundizar en cada uno de ellos teniendo así una sólida base de su constitución.

La Unión Europea como actualmente la percibimos, es sucesora directa de la Comunidad Económica Europea, una comunidad de derecho particular que se basa en la democracia representativa.

El continente europeo cuenta con sus propios órganos jurisdiccionales -algunos de los cuales procederemos a analizar más adelante-, entre ellos destacan el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal de Cuentas (TC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

También destacamos la existencia de otros órganos con ámbito territorial europeo que basan su función en la defensa de los ciudadanos europeos y la salvaguarda de los derechos de estos, como puede ser el Defensor del Pueblo Europeo, la Agencia Europea de Derechos o el Comité Europeo de Derechos Sociales, este último lo analizaremos en epígrafes posteriores.

Estos organismos, más allá de su indudable carácter jurídico, representan también un avance en cuanto a unidad de acción se refiere. Con esto nos referimos a que todos los integrantes -bien sea por membresía de la UE o del Consejo de Europa- comparten su acción con todos sus semejantes. Esto resulta revelador, en el sentido de que hay una permanente búsqueda de una ciudadanía europea que, en base a ello, aspira a una igualación de los estatus de todos los miembros que pertenecen a dichas organizaciones, siendo el papel de estos entes una especie de amalgama en la defensa de los derechos de todos para crear, regenerar e impulsar esa identidad europeísta.

### 1.2.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un organismo cuya sede se encuentra localizada en Estrasburgo. Este tribunal se integra en el Consejo de Europa y es por ello por

lo que las decisiones que este ente tome son vinculantes para todos los Estados que conforman el citado Consejo. La finalidad del TEDH es la supervisión del cumplimiento, por parte de los Estados miembros, de los tratados que se ratifiquen y versen sobre derechos humanos, así como el resto de los protocolos que les sean inherentes.

El principal tratado a supervisar por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicho convenio es el “encargado” de informar acerca de los derechos y libertades -tanto civiles como políticas- que les son de aplicación a todos los ciudadanos que se hallen dentro de su jurisdicción. (Rodríguez Fernandez, 2015)

Por otro lado, en el ámbito de sus funciones destacamos que, aún siendo la supervisión del mencionado convenio su función más relevante, no es la única, pues el TEDH cuenta con otras funciones, tales como la función asesora –que incluye la posibilidad de que el tribunal elabore opiniones consultivas- o la subsidiaria -que permite al tribunal ocuparse de supuestos en los que un particular no ha podido hacer uso del sistema de justicia de su nación-, como puede verse todas ellas en íntima conexión con la defensa y salvaguarda de los derechos y libertades de el conjunto de los ciudadanos pertenecientes a países integrados en el Consejo de Europa.

### 1.2.2 Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)

El Comité Europeo de Derechos Sociales es un organismo creado en base a la Carta Social Europea, en su art. 25, perteneciente a los países integrantes del Consejo de Europa, cuya finalidad es vigilar y coordinar el cumplimiento de los derechos que en la Carta se enuncian por parte de los Estados integrantes.

La Carta -como anteriormente hemos expuesto- es un instrumento que informa acerca de los derechos sociales y económicos que deben ser velados por los Estados miembros con el objetivo de obtener su tutela.

El Comité Europeo de Derechos Sociales -como ya hemos indicado anteriormente-, está formado por quince expertos independientes que son nombrados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa -por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos únicamente por un nuevo periodo adicional-. (Rodríguez Fernandez, 2015)

La función más destacada es la mencionada anteriormente -la vigilia y coordinación de los derechos que la Carta enuncia-; función que lleva implícito su propio mecanismo de supervisión, siendo necesaria la presentación por parte de los Estados de diferentes informes,

en periodos anuales, para la validación por parte de este ente del sometimiento pleno y efectivo a La Carta.

Estos informes pueden versar sobre cuatro bloques temáticos -empleo, formación e igualdad de oportunidades; salud, seguro y protección social; derechos laborales o niños, familias y migrantes- siendo necesario que en el plazo de 4 años se presenten todos ellos, independientemente de cuando se curse dicho informe.

### 1.2.3 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, comprende en su seno varios tribunales como el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los diferentes Tribunales especializados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se constituye como la autoridad judicial dentro del territorio de la Unión; además, posee la facultad de colaborar con el resto de los órganos nacionales de los diferentes Estados miembros.

Tiene como finalidad salvaguardar el respeto en la interpretación y en la aplicación de los tratados que le sean encomendados por parte de los Estados, es decir, es el máximo garante acerca de la aplicación e interpretación del derecho de la Unión

En virtud del tribunal al que nos referimos debemos saber que existen varios tipos de composiciones orgánicas. El Tribunal General está compuesto por dos jueces por cada Estado miembro -esto desprende una referencia clara de la integración de los Estados miembros en los distintos entes de la Unión-, designados por un periodo de 6 años con renovaciones parciales, Por otra parte, el Tribunal de Justicia viene a actuar en salas o en pleno en virtud del estatuto del TJUE según el caso concreto.

A su vez, es competente este tribunal para la pronunciación sobre los recursos - incumplimiento, anulación, omisión o casación- que se le interpongan, sobre las cuestiones prejudiciales que se le planteen acerca de la interpretación del derecho comunitario, así como el resto de las materias previstas por los diferentes tratados que articule.

## 2. EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

### 2.1 Conceptualización y rasgos característicos

En primer lugar, antes de que conceptualizamos el constitucionalismo multinivel debemos entender este desde un amplio espectro, para considerar que el mismo regulariza y valida el

pluralismo constitucional. Es por ello por lo que el constitucionalismo multinivel es una forma de entender y articular diferentes ordenamientos, indistintamente del nivel al que pertenezcan -en su ámbito funcional y también en el territorial-.

Entendido así, nos da una idea de que es un punto de unión en el que coexisten todos los ordenamientos nacionales; que posibilita la interacción entre ellos sin que exista un instrumento, una Constitución común y única -con lo que ello implica, eliminando la concepción de que el Estado es un ente monopolizador en un único espacio constitucional-. Se trata de interiorizar este concepto, así como su aplicación como una red que se complementa y retroalimenta a sí misma buscando, en este sentido, un ámbito de protección para el logro de los objetivos que se propone.

La utilidad de ello recae en la forma de entender o interpretar las relaciones que se producen entre el derecho de los Estados miembros -por ejemplo, del Consejo de Europa- o del derecho de los Estados miembros con el derecho de la Unión Europea.

En definitiva y como, de manera sencilla, expone Walker Peters con su idea de constitución en red, se crea una especie de simbiosis que permite el ejercicio de múltiples funciones constitucionales a través de la armonización de estas. Es por ello por lo que la unión de estos enlaces, así como de sus diferentes ámbitos -citados anteriormente-, permite una coordinación más explícita y consensuada a la hora de proteger y permitir la tutela de los valores que nos son comunes y también la salvaguarda que garantiza el conocimiento de las reglas del juego, comúnmente conocido en esencia como “rule of law”. (Acosta Alvarado, 2015)

Para afianzar este concepto hemos de ser muy cautelosos a la hora de enumerar los distintos caracteres del constitucionalismo multinivel, pues una mala interpretación o una aseveración errónea de los mismos nos conduciría a desvirtuar aquello que hace de esta red un modo armonizado de conexión legislativa.

A continuación, enumeraremos y explicaremos las cuatro características, o elementos básicos que se asocian al constitucionalismo multinivel.

El primero de ellos y, a nuestro parecer el más inherente, es el carácter postnacional. Esto se entiende dentro del proceso de globalización en el que nos encontramos inmersos y que aspira a cubrir y servir a las necesidades más esenciales de los ciudadanos -paz, bienestar, seguridad, entre otros-. Ello es descrito por Jürgen Habermas como la necesidad acuciante de diferentes estructuras o instrumentos, tanto supranacionales como internacionales, para la consecución de los objetivos que se proponen. (Habermas, 1981)



En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el continente europeo -abarcando tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea-, tenemos otro elemento básico: el proceso constituyente europeo. Este elemento se ha dotado a través de las condiciones y los procedimientos que se establecen en los ordenamientos nacionales para, con ello, ir fortaleciendo y añadiendo valor y competencias a las distintas instituciones supranacionales -como las anteriormente descritas- sobre materias como la salvaguarda de los derechos o los modos de interpretación del derecho de la Unión. (Pernice, 2001)

Es por esto por lo que ha de entenderse bien el concepto de “armonización constitucional”, no en su parte intrínseca -leyes y artículos propiamente dichos-, sino en su parte exteriorizada, en la interpretación de estos y de su relación con el resto de los ordenamientos.

El tercer elemento básico -específico de la Unión- es la elaboración de una Constitución para Europa -que, como anteriormente comentamos, fue un proyecto fallido-, y su ensamblado con las Constituciones de los países miembros. Ha de entenderse que los tratados europeos que se ratifican por los Estados llevan consigo determinadas modificaciones -tanto implícitas como explícitas- pudiendo, de este modo, crear, cambiar, u obligando a adoptar medidas en determinados aspectos de los ordenamientos nacionales en los supuestos en los que confronten con lo previsto en los tratados sometidos a ratificación. Con ello se ve que existen unas sinergias entre las instituciones nacionales y las europeas y sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Esta interrelación, fuerte y consolidada, pretende eliminar -siendo esto uno de los ejes del constitucionalismo multinivel- un libre albedrío que se produciría de no existir estas conexiones ya que, para operar de una manera eficaz, debe existir un apoyo recíproco en las instituciones nacionales y en las instituciones europeas, siendo esto determinante para que los procesos sean útiles, eficaces y, más importante aún, que se produzca la prevalencia que tiene el derecho europeo sobre el derecho nacional en conflicto y su contraparte, el poder decisorio de los órganos nacionales para la implementación y ratificación del derecho que emana de la Unión. (Pernice, 2001)

El cuarto y último elemento, también perteneciente en exclusiva a la UE, es el proceso de integración, este se puede abordar desde una perspectiva histórico-lógica, como una unión de ciudadanos europeos en la propia Unión. El proceso de integración desde el punto de vista de la distribución de los poderes se articula en base a la reorganización de los mismos en torno a los objetivos propios de la Unión. Esta distribución y reorganización de los poderes es percibida, en su mayoría, por los ciudadanos que integramos la UE como la realización material y fáctica de la pertenencia a una unión con una entidad propia, que no

posee anomalías ni está vacía de contenido, que se entiende como un instrumento - constitucional, voluntario, social y político- para hacer frente a los retos que nos ha traído y nos traerá el proceso de globalización. (Pernice, 2001)

## 2.2 La Constitución como norma suprema en el sistema multinivel

Para comenzar a tratar este epígrafe subrayamos la máxima aparecida en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que establecía que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. De esta frase se deriva que la Constitución es un instrumento eficaz para configurar la construcción de la sociedad, así como el límite de su poder. La articulación de las Constituciones -salvo excepciones como en el caso de la inglesa- se codifica en documentos escritos donde se plasma toda la articulación normativa vigente y que rige a la sociedad de la que emana.

Ahora bien, la concepción de la Constitución como norma suprema de los diferentes países ha venido acompañada de un largo proceso educativo y formativo por parte tanto de los poderes que de la misma emana así como del propio pueblo que la hace suya -entendiendo “el proceso educativo y formativo” como la disipación gradual de las reticencias que supuso para determinados sectores sociales y de poder el establecimiento de unos estándares mínimos reglados, pues es evidente que no a todas las partes les era beneficioso a priori”.

Antes de entrar a explicar la relación existente entre las Constituciones y el diálogo judicial y al hilo de la conceptualización que hemos realizado de la Constitución, nos parece de gran interés destacar algunos pronunciamientos que ha ido realizando nuestro Tribunal Constitucional (TC) acerca de este instrumento. Se ha afirmado que la Constitución es una plena norma jurídica, que es la norma fundamental directamente aplicable y alegable ante los tribunales ordinarios y que la sujeción a la CE es consecuencia obligada de su carácter de norma suprema. Pronunciamientos todos ellos que fijan y marcan la notoriedad e importancia que desprende este instrumento. En consonancia con el tema a tratar en este trabajo, destacamos que la utilidad de las Constituciones viene dada no solo por la supremacía normativa que desprenden frente al resto del ordenamiento jurídico -que ya hemos puesto de relieve anteriormente- si no por su interpretabilidad por parte de los entes de carácter supranacional y por la ineludible importancia que tienen en el movimiento del Constitucionalismo multinivel, pues se configura este movimiento como el interpretativo y de aplicación a todas ellas en tanto se relacione el Derecho de producción propia de los

estados miembros con el Derecho de la Unión Europea. El fin último es que haya una coexistencia y una articulación de los diferentes máximos ordenamientos jurídicos que contribuya a la eficacia de un sistema garante y reglado, basado en el diálogo entre los tribunales, que proteja los derechos en el que prime la cooperación entre todos ellos. (Rodríguez Boada, 2016)

### 2.3 Relación entre Constituciones: “Constitución-red”

Antes de iniciar este último epígrafe, debemos ser cautelosos a la hora de interpretar el sentido de la Constitución en la época actual, partiendo de la base del propio Estado. Ha de entenderse la Constitución desde tres vértices diferentes. Es decir, es la norma jurídica suprema del Estado, es el reflejo -real y escrito- del poder constituyente, y también es el instrumento regulador de derechos fundamentales y divisor de los poderes del Estado.

De lo anterior podemos extraer de manera clara que las Constituciones son aquellos instrumentos que reflejan la voluntad de un pueblo de manera libre y consensuada; y que rigen el articulado de la misma en toda la extensión que le es de aplicación, debiendo el pueblo someterse a las reglas que se impongan a través de las normas jurídicas que emanan de la CE. Cuanto mayor sea el nivel de aceptación estatal de la misma, esta gozará de una mayor importancia, tanto desde “su papel metaconstitucional como de sus normas fundantes”. (Bustos Gisbert, 2012)

Centrándonos ya en el aspecto a tratar en este apartado -la Constitución red-, hemos de abordar la cuestión real que surge ante Constituciones incompletas en un sistema como en el que actualmente nos encontramos, con un pluralismo constitucional. De ello deviene la no jerarquía de ninguna de ellas y de todas dentro de su ámbito territorial que es donde, de manera primaria, despliegan todos sus efectos.

Pero como hemos indicado, en el mundo actual vivimos en un sistema abierto y globalizado donde los ordenamientos jurídicos nacionales crean relaciones de reconocimiento mutuo imprescindibles para multitud de situaciones -defensa de derechos y libertades, tráfico y negocio jurídico, homologación de decisiones judiciales o exequatur “proceso de verificación de un estado para el reconocimiento y homologación dictada por un tribunal extranjero” (Rodríguez Fernández, 2015)-. Pero no todas las interacciones funcionarán y se coordinarán del mismo modo, la interacción entre ellas será baremada en función de las normas que regulen sus relaciones.

Es por ello por lo que cuando hablamos de Constitución red hemos de hacerlo de una manera y con una visión propia -de nuestro ordenamiento jurídico-, e internacional -su relación con el conjunto de ordenamientos restantes-. La Constitución red puede imaginarse a modo ejemplificativo como una pirámide donde, en la base, encontramos, en nuestro caso, la CE. Esta a su vez tiene conexiones, pues como si de una tela de araña se tratase, estas convergen en lo que se denomina y conoce como “nudos”, en este caso nuestra constitución enlaza con tres lugares constitucionales -España, Unión Europea y el Consejo de Europa-. “Los distintos nudos están conectados a través del propio articulado, a modo de ejemplo el nudo estatal estaría conectado con el nudo de la UE a través del art. 93 de la constitución junto a las cláusulas europeas (...) de esta manera el otro nudo de la red, el Consejo de Europa anexionado al nudo estatal viene dado a través de múltiples mecanismos, del que como bien resalta el Prof. Bustos Gisbert, destaca el art. 96 de la CE”. (Bustos Gisbert, 2012)

Finalmente, de manera metafórica, para cerrar este triángulo debe analizarse el último de los nudos, el que conecta a los dos entes supranacionales, la UE y el Consejo de Europa; este nudo, aun sin formalismo específico pues la Unión no está anexionada al Consejo de Europa, se “teje” con las relaciones e interacciones que se han producido y que crean un enriquecimiento mutuo a ambos organismos. La existencia de esta interrelación puede explicarse con un sencillo ejemplo: “El ingreso de un Estado miembro nuevo en la UE requiere del previo sello de calidad democrática y de respeto a los derechos que solo la pertenencia al Consejo de Europa puede conferir”. A través de este ejemplo se ve claramente la necesidad imperativa y recíproca que existe entre ambos entes, aun sin estar plasmada de un modo escrito como ocurre en los nexos de unión entre por ejemplo la UE y sus estados miembros. (Bustos Gisbert, 2012)

Es precisamente por la importancia de este tipo de relaciones por lo que este trabajo se centra, en gran parte, en el examen de esos nudos y de otros que también crean interacciones o conexiones de variada naturaleza -interacciones cotidianas, conexiones dadas por el uso de instrumentos como la cuestión prejudicial o por la ratificación de instrumentos como el Protocolo nº 16-.

Siendo este epígrafe un simple acercamiento a la existencia de la constitución red hemos creído conveniente el explicar en párrafos anteriores el modo más básico de interacción. Es cierto que pueden darse multitud de condiciones y sujetos diferentes -entes internacionales, varios Estados miembros de un mismo sistema, organizaciones supranacionales y organizaciones extranjeras, etc.- pero todas estas cuestiones algo más complejas buscan, en esencia, lo mismo: mediante el uso de los mismos instrumentos el llegar a la homogenización,

a la concordancia y a la creación de relaciones fluidas haciendo uso para ello de los diferentes instrumentos que poseen -que serán analizados en epígrafes posteriores desde el propio enfoque que aporta la Constitución red-.



### **PARTE III.**

## **INSTRUMENTOS DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES**

### **1. MARCO TEÓRICO DE LA JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL**

#### 1.1 El poder judicial ordinario

El poder judicial ordinario dentro de su encaje en el ordenamiento jurídico español, se puede dividir en función de las materias que le son propias a cada una de las jurisdicciones, a saber: jurisdicción civil, penal, contencioso-administrativa y la jurisdicción social, inclusive se prevé una especial que se encarga de los asuntos puramente castrenses, la denominada jurisdicción militar. (Tardío Pato, 2020)

En el buen entender de que cada una de ellas cumple una misión en función de la materia que regula y que le es propia, ha de realizarse también otro tipo de enumeración -o diferenciación si se prefiere-, y esta no es otra que la física-material de los propios entes que imparten e imponen la justicia en nuestro país. En términos jerárquicos -no de importancia sino como una mera forma de escala- podemos distinguir, siempre incardinados dentro de la justicia ordinaria: Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria, las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y, en el último escalafón de la justicia ordinaria, el Tribunal Supremo.

En este punto en el que nos encontramos podemos pensar que nos falta un tribunal esencial, el Constitucional, pero hemos de indicar que la norma de mayor rango que rige en nuestro país no incluye a este dentro de lo que se denomina “justicia ordinaria” -en el siguiente epígrafe explicaremos en detalle los motivos que dan pie a esta diferenciación entre este tribunal y los demás-.

Continuando con el sistema ordinario de justicia y entendiéndolo en clave general para su conexión con el Protocolo nº 16 -como veremos más adelante-, se exige a los Estados que los tribunales que pueden hacerlo valer o que están legitimados por los Estados para plantear las opiniones consultivas, son aquellos que el Estado designe, siempre que sean los tribunales “de más alto nivel”.

El Estado español aún no ha ratificado el protocolo anteriormente citado pero se sobreentiende que cuando se decida atribuir esta función quedará como una materia reservada única para nuestro Tribunal Constitucional.

## 1.2 El Tribunal Constitucional

Entrando ya en materia, y continuando con el análisis teórico-práctico, vamos a abordar qué es el TC, por qué se le considera fuera de la justicia ordinaria y que supondría para este tribunal la entrada en vigor del Protocolo nº 16 en nuestro país.

La historia de este tribunal viene dada en un tiempo bastante extenso. Concretamente podemos apreciar sus orígenes en la I República Española donde se discutió por primera vez la necesidad de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, lo que se replicó en años posteriores, como en 1929 -donde aún se vivía bajo el yugo de la dictadura de Primo de Rivera, y en 1931 -con la Constitución de la II República Española- con el proyecto de una nueva constitución donde se proyectó la necesidad de un órgano que recogiese este importante encargo. Fue finalmente mediante la Constitución de 1931, en su art. 121 donde se creó -regulado por su propia Ley Orgánica- el Tribunal de Garantías Constitucionales - con un periodo de vida corto pues, tras el golpe de estado de 1936, los miembros que lo integraban dimitieron, y se trasladó la sede del órgano a Barcelona que es donde, tras funcionar de manera interna un tiempo, finalmente concluyó su actividad-, brillando por su ausencia un órgano similar durante los años posteriores, en la dictadura de Francisco Franco. No fue hasta 1978, que se retomó la figura creada por la II República cambiando su denominación a Tribunal Constitucional mediante la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, cuando se erige este Tribunal como el último garante tanto de los derechos fundamentales, como de la supremacía de nuestro instrumento normativo, la Constitución.

Tras el recorrido temporal que hemos ido redactando para explicar la creación de lo que hoy en día conocemos como Tribunal Constitucional, podemos confirmar la importancia y supremacía de este tribunal y, estamos en condiciones de indicar que, se percibe y se cataloga, a todos los efectos, como el más alto tribunal de la nación española por las tareas que le son encomendadas en virtud de su ley constitutiva. (Hernandez Fernandez, 2015)

Esto es importante resaltarlo ya que enlazándolo con el Protocolo nº 16 -que en epígrafes posteriores explicaremos de manera detallada-, en base a su articulado sería nuestro Tribunal Constitucional el órgano competente para la emisión de las opiniones consultivas que facilita

el mecanismo que incorpora el protocolo. De este modo, una vez resuelta la solicitud, podría saberse de qué manera han de interpretarse, tanto los aspectos del Convenio de Roma como de los protocolos que le son propios, pudiendo encajar de mejor forma con la Constitución misma.

## **2 DIÁLOGOS E INSTRUMENTOS EN LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES**

### **2.1 ¿Qué entendemos por diálogo entre tribunales?**

El “diálogo entre tribunales” destaca por el uso prolífico que se hace de él, particularmente entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales de los Estados miembros. Y, en menor medida -aunque también reseñable- el diálogo existente entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales constitucionales de los Estados miembros.

Para explicar este concepto se ha de ir a la raíz del asunto, pues se trata de conceptualizar, en primer lugar, el significado de “diálogo”, entendido como “un intercambio de opiniones o ideas entre dos o más partes -en este caso dos tribunales- que buscan con ello una modificación recíproca de sus conductas”. (Xiol Ríos , 2020)

El lenguaje es considerado la base de todo diálogo, es un elemento imprescindible para que éste llegue a buen puerto. Y normalmente otro de los elementos -aunque este puede ser discutido-, es la bilateralidad que se supone inherente a cualquier tipo de diálogo.

Apoyándonos nuevamente en la descripción precisa que hace el Prof. Xiol Ríos, afirmamos que el concepto de diálogo implica, además, una superación de la retórica para centrarse en la actualidad en una ámbito más pragmático, todo ello para lograr de una manera satisfactoria la finalidad que se busca con ello, que no es otra que “allanar el camino para una acción práctica” (Xiol Ríos , 2020)

Tras analizar de raíz qué es, que implica y cómo se construye un diálogo, cualquier diálogo en síntesis, vamos a adentrarnos de lleno en el diálogo -propio- que se genera entre los distintos tribunales.

El diálogo entre distintos tribunales viene a caracterizarse -en palabras del experto en la materia, R. Walton, que estudió las tipologías dialécticas- por ser un diálogo deliberativo. ¿Qué implica ello? Pues simplemente que se estructura en torno a un conflicto o cuestión



jurídica y que, en la práctica, para su resolución se requieren diferentes tribunales -que salvando las diferencias competenciales, orgánicas o de cualquier otro índole-, pese a las diferencias que puedan apreciarse, todos ellos se relacionan mediante la retroalimentación/feedback que este tipo de diálogo propicia. Esto tiene como finalidad decidir la solución más adecuada y justa ante el conflicto que se les plantea. Entendiendo como “adecuada” aquella solución que interpreta de manera correcta los preceptos legales o que se ajusta a la norma correspondiente y, entendiendo como “justa” aquella solución que deviene del diálogo y que, tras la deliberación correspondiente, responde a criterios lógicos y de justicia en función de la cuestión jurídica o el conflicto que se de en cada caso concreto. Evidentemente, no podemos obviar que estos adjetivos no afectan de manera exclusiva a la resolución del supuesto que se plantee, sino que afectan de manera expansiva a todos los actores que intervienen en el proceso de diálogo de manera directa o indirecta (jueces, expertos, partes en el conflicto...) pues radica en la obligatoriedad de los interlocutores directos dar soluciones justas y adecuadas que, de no ser así, podrían afectar tanto a la esfera más privada -en el caso de las partes- como a la credibilidad y/o acercamiento por parte de la sociedad a los actores de justicia -jueces, expertos...-.

El diálogo deliberativo es el que mejor se adapta a la situación de solapamiento que se puede originar entre varios ordenamientos jurídicos -y más cuando hablamos de diálogo entre tribunales, ya que este no tiene por qué ser siempre un diálogo “horizontal”. Es por ello que, destacando la labor de colaboración que se da en estos intercambios de ideas -o de palabras si se prefiere-, se da una sincronía entre los órganos, aun perteneciendo estos a ordenamientos superiores. (Crego Diaz, 2020)

Esta conceptualización que parece sencilla y efectiva *a priori*, no lo es tanto, pues pueden darse algunos obstáculos que enturbien el entendimiento o la conceptualización dada. Recordemos que la finalidad -resolución de un asunto de manera consensuada-, necesita un paso previo para su nacimiento: la existencia de un conflicto. Estos obstáculos pueden ser de carácter teórico: “-la norma no permite mejorar o superar las experiencias anteriores o corregir las experiencias fallidas e impide (...) las posibilidades constructivas que el diálogo lleva consigo-“ (Xiol Rios , 2020)

Incluso la doctrina más formalista niega la posibilidad de que exista un diálogo fluido entre los tribunales fuera de los casos tasados en la ley y mediante el procedimiento que en la misma se articula, pues ello derivaría en un diálogo irreal -desde un punto de vista puramente jurídico-, al no respetarse las recíprocas competencias contempladas en los diferentes textos normativos. La superación de la doctrina que defiende la visión formalista viene dada por las

teorías argumentativas, teorías éstas que ven en la decisión judicial un razonamiento previo que discurre y se adapta a los criterios de consistencia, coherencia, universalidad y adecuación.

Para finalizar este apartado nos es de gran interés recalcar el significado actual sostenido por gran parte de la doctrina, que entiende que el diálogo es un elemento esencial para agilizar y defender la argumentación necesaria para resolver las cuestiones que se le plantea, los retos que mediante el propio diálogo son resueltos. Es por todo lo anterior que el diálogo como forma de cooperación ha sido especialmente reclamado como un medio idóneo para resolver los problemas (...) entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales, dada cuenta de la multitud de estándares jurídicos que se sobreponen así como la prevalencia de los ordenamientos que les son propios. (Xiol Rios , 2020)

## 2.2 Clasificación de los distintos diálogos e instrumentos

La clasificación puede darse desde distintas perspectivas pero creemos que para entenderlo de una manera sencilla y en consonancia con el resto de este trabajo, vamos a explicarlo en función de la posición que ocupan los diferentes tribunales que intervienen en el diálogo y del uso de los distintos instrumentos. Esta clasificación fue, en origen, planteada por la abogada internacional y analista política, Anne Marie Slaughter, en su obra “A Typology of Transjudicial Communication” que ha sido seguida por la gran mayoría de la doctrina a la hora de explicar las interacciones entre los distintos tribunales, indiferentemente de su jerarquía y nivel competencial.

Por otra parte, dedicamos un epígrafe en exclusiva a la cuestión prejudicial puesto que, por su complejidad y similitud con el Protocolo nº 16, merece ser tratada de una manera diferencial al resto de instrumentos.

### 2.1.1 Diálogo e instrumentos verticales

Cuando se clasifican tanto los instrumentos como los diálogos que pueden surgir en forma “vertical”, nos referimos a cuando estos se dirigen o utilizan entre tribunales de diferentes niveles, dentro, claro está, de una escala jerarquizada en función de su nivel y de la atribución competencial de cada uno de los tribunales que operan dentro del caso concreto.

Ejemplos claros de este tipo sería un diálogo entre un tribunal nacional (entiéndase dentro de estos tanto los de categoría ordinaria como los que no se encuentran en esa categoría, el Tribunal Constitucional) y un tribunal supranacional como el TJUE, si hablamos del ámbito de la Unión Europea, o el TEDH, si hablamos del Consejo de Europa.

El uso de instrumentos en el caso de la interacción vertical es un hecho consolidado. A modo ejemplificativo uno de los más relevantes es el conocido como el Control de Convencionalidad que es un mecanismo jurídico que desarrolla la confrontación normativa que puede darse entre la norma convencional y la norma propia de cada Estado en la materia. Este tipo de control está especialmente indicado para la efectiva protección de los Derechos Humanos.

### 2.2.2 Diálogo e instrumentos semiverticales

Los diálogos o instrumentos clasificados como “semiverticales” -o vertical-horizontal según la clasificación de Slaughter-, son los que se dan cuando, por ejemplo, un acto de un tribunal de carácter supranacional recomienda a tribunales de niveles inferiores, como podría ser un tribunal de un Estado miembro, que analice o realice una introspección dentro de la propia jurisprudencia nacional ante el supuesto que les sea de aplicación. (Crego Diaz, 2020)

Un ejemplo de este tipo de diálogo, acompañado de la fuerza con la que se dota a la jurisprudencia como instrumento, sería un llamamiento realizado por el TEDH ante un tribunal nacional. Un ejemplo práctico de este tipo de diálogo lo encontraríamos en el supuesto de las devoluciones “en caliente”, esto es así pues el TEDH, sabedor y garante de la prohibición de esta práctica, dictaría sentencia contra el Estado infractor en la cual anunciaría las reformas necesarias o las medidas estructurales que el Estado en cuestión debiese realizar, articulando esas medidas en base a su propia normativa y jurisprudencia.

### 2.2.3 Diálogo e instrumentos horizontales

Cuando se cataloga al diálogo o al instrumento como “horizontal” es cuando la acción ejercida se da entre tribunales de un mismo nivel –es indistinto que sean tribunales nacionales o internacionales pero siempre en el mismo nivel jerárquico-. Dentro de esta categorización puede darse también la situación de que Tribunales Constitucionales de diferentes países lleven a cabo un diálogo, estando esta práctica también comprendida dentro de esta categoría -aunque cabe señalar que esta práctica, en la que intervienen Tribunales Constitucionales de

diferentes Estados, es mayoritariamente utilizada en Latinoamérica y no es muy frecuente su uso en los tribunales europeos-.

Ejemplos de esta categoría podrían ser, en el infrecuente caso europeo, el diálogo que puede darse entre un Tribunal Constitucional de un Estado miembro con el Tribunal Constitucional español, o bien entre tribunales supranacionales, de igual nivel, como sería el caso del diálogo entre, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio.

### 2.3 La cuestión prejudicial: “la inclasificable”

Como hemos indicado en el principio de este epígrafe, vamos a tratar específicamente la cuestión prejudicial tanto por ser un instrumento muy similar al que aporta el Protocolo nº 16 como por sus peculiaridades, que a continuación detallaremos.

En primer lugar, hemos de conceptualizar este instrumento, y para ello nos remitimos a lo que el propio diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) nos indica y define, indicándonos que se trata de "un asunto que, con carácter previo, debe resolverse por una jurisdicción distinta o por la propia que está conociendo de un proceso". Esto ha de interiorizarse desde una visión nacional -o propia del Estado en cuestión-.

Si nos remitimos a ámbitos más extensos como puede ser el derecho de la UE, se percibe este instrumento como un mecanismo anexo y complementario de un asunto o litigio de mayor envergadura. Esto viene recogido en el propio articulado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, específicamente en su art. 234, que indica cuál es el sujeto receptor de la cuestión prejudicial y sobre qué aspectos puede utilizarse este instrumento. De manera literal enuncia lo siguiente:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a. Sobre la interpretación del presente Tratado;
- b. Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;
- c. Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

De una manera más coloquial, el uso que se le da a la cuestión prejudicial es el de ser un mecanismo que facilita la interpretación de una norma de la Unión. Es un mecanismo

solicitado por los tribunales de los Estados miembros ante el TJUE para que éste les auxilie en la manera de aclarar un asunto conforme a las reglas que deben regir en el mismo. Y ello puesto que al formar parte de la UE nos encontramos ante la tesitura y el deber de respeto, ya no solo a nuestro derecho propio sino también al que emana de la Unión.

El procedimiento de uso de este instrumento es muy sencillo. Una vez se plantee la cuestión prejudicial, el litigio -o procedimiento principal- quedará en suspenso hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión se pronuncie acerca de la interpretación que haya de darse a la norma comunitaria ante la cual el Tribunal nacional ha solicitado el auxilio para validar su aplicación o su manera de interpretar la norma. Una vez resuelta la cuestión prejudicial por parte del TJUE, el Tribunal nacional que lleve el procedimiento principal, levantará la suspensión, llevándose a cabo el resto de actuaciones, teniendo ya claro el juez o la jueza, cómo se ha de interpretar la norma concreta en dicho caso.

En definitiva, podemos destacar que la cuestión prejudicial es un mecanismo de diálogo, utilizado de manera asidua como bien refleja un estudio realizado por la asociación de Jueces y Juezas para la Democracia -concretamente en el estudio denominado “Ponencia para el Seminario: las Directivas 2000/43 a las Leyes 51/03 y 62/033” de fecha 4 de junio de 2004- donde afirman que se registran, anualmente, casi el mismo número de demandas directas que de procedimientos prejudiciales ante el TJUE. Es un mecanismo de gran utilidad para la cooperación judicial entre distintos órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia de la Unión y un órgano jurisdiccional nacional. Con ello se asegura, de manera efectiva, el uso de la legislación comunitaria que sea de aplicación para así evitar las diferencias en la interpretación que podría darse entre los distintos tribunales nacionales acerca del derecho comunitario.

### **3 RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES ¿CONFLICTO Y/O DIÁLOGO?**

#### **3.1 Episodios de conflicto y diálogo intertribunales**

Existen numerosísimos casos de conflicto y diálogo entre tribunales. Nos ceñiremos en este apartado a dos casos recientes y que han tenido una mayor repercusión, tanto directa como indirecta, en el estado español. Hemos decidido en base a ello centrarnos en los casos de “las cláusulas suelo” y “el programa de compra de deuda de estados por parte del BCE - OMT”.

La primera que vamos a analizar será la STJUE 9/7/2020 sobre las “cláusulas suelo” en los préstamos hipotecarios.

El hecho que suscitó este diálogo fue la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, con fecha 9 de mayo de 2013, en el que dictaminó que las cláusulas suelo debían considerarse nulas en los supuestos en los que se apreciase una falta de transparencia, añadiendo a ello la imposibilidad de que se originasen efectos retroactivos. Esta sentencia dio pie a que los afectados acordasen con las entidades bancarias unas nuevas condiciones que, resumidamente, suponían la reducción o eliminación de esas cláusulas suelo a cambio de la imposibilidad de los afectados de interponer futuras acciones judiciales.

No todos ellos aceptaron la citada condición y, tras la interposición de las medidas oportunas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció, el 21 de diciembre de 2016, que las entidades bancarias eran responsables de la falta de transparencia y que, por ello, debían restituir todo lo cobrado de manera indebida desde la fecha en la que se firmó la hipoteca. Esto supuso que muchos de los afectados, que sí aceptaron las condiciones de eliminación o disminución de las cláusulas por parte de la entidad bancaria, ejercitaron acciones para que les reintegrasen las cantidades cobradas de manera indebida alegando la invalidez de los acuerdos firmados.

Ante esta situación nuestro Tribunal Supremo declaró, en octubre de 2017, que los acuerdos alcanzados por las entidades bancarias con los afectados por las cláusulas suelo eran nulos pues no superaban unos mínimos estándares de transparencia, indicando a su vez que esta nulidad podría ser apreciable tanto por los afectados como de oficio por los jueces y tribunales que llevasen estos asuntos. De esta declaración se desdijo el propio TS, en abril de 2018, cuando nuevamente declaró que los acuerdos sí eran válidos pues en esta ocasión sí estimaron que superaban los estándares de transparencia.

Esta situación dio lugar a que se planteasen diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que fuese este tribunal europeo quien fijase la validez o no de estos pactos. La cuestión prejudicial que motivó la última sentencia del TJUE en la que aclaró su posición, con fecha 9 de julio de 2020, fue la interpuesta por el juzgado de 1ª instancia e instrucción número 3 de Teruel.

En esta sentencia, C-452/18, el TJUE declaró que las renunciaciones acordadas debían ser examinadas por un juez y que fuera este quien determinase, en función de una serie de criterios aportados en la propia sentencia relacionados con el consentimiento libre e informado, la transparencia y la individualización, si se encontraba o no frente a una cláusula

abusiva. Siendo esta sentencia una corrección ante las posiciones de nuestro Tribunal Supremo en materia de protección de los derechos de los consumidores.

Por otro lado, el segundo episodio que vamos a incluir es el caso GAUWAILER C-62/14, más conocido como el caso del programa OMT.

Para contextualizar este diálogo, en primer lugar ha de explicarse en qué consistió este programa. Este fue un programa de carácter económico creado por el Banco Central Europeo, durante la crisis económica del 2012, a causa de las altísimas primas de riesgo que tenían los Estados miembros. Su finalidad era la compra de deuda pública emitida por estos Estados en los mercados secundarios, siempre y cuando se diesen unas condiciones determinadas. Entre otras condiciones destacamos la sujeción por parte de los Estados a un programa de asistencia financiera del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera o del Mecanismo Europeo de Estabilidad, la necesidad de que las operaciones se realizaran para títulos emitidos a c/p o m/p y que el trato que recibiría el BCE sería igual que el que recibiría un acreedor privado. A este programa se le dio publicidad mediante un comunicado en la prensa escrita donde se explicaba, de manera parcial, su forma de acción, obviando el escrito qué tipos de instrumentos iban a ser utilizados.

Más adelante fue anunciado de manera oficial por el Banco Central Europeo, momento en el cual un grupo numeroso de expertos, políticos y personas independientes presentaron, para la defensa de sus derechos fundamentales, recursos de inconstitucionalidad por los actos llevados a cabo por el gobierno federal alemán ante su Tribunal Constitucional. Los dos motivos principales que esgrimieron fueron que el programa OMT consistía en una política económica y no una política monetaria -entendiendo que el Banco Central Europeo se había extralimitado en sus funciones regladas- y, por otra parte que se estaba yendo en contra de la propia identidad alemana.

Tras estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional alemán hizo uso del mecanismo de las cuestiones prejudiciales -siendo este caso la primera vez que este tribunal planteaba una cuestión de esta naturaleza- acerca de la validez del programa conforme a la legislación europea y otra acerca de si el programa era contrario a las prohibiciones de financiación establecidas en el Art. 123 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Las primeras conclusiones vinieron por parte del Abogado General español P. Cruz Villalón, el mismo que presentó las conclusiones para este supuesto, el 14 de enero del año 2015, afirmando que el TJUE era competente para dar una respuesta sobre las pretensiones que se planteaban.



Tras el examen jurídico-técnico realizado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dio respuesta por parte de la Gran Sala a las cuestiones planteadas, a fecha de 16 de junio de 2015. La sentencia emitida, sostenía lo que, previamente, había argumentado el Abogado General, en tanto que las cuestiones prejudiciales fueron resueltas del siguiente modo: en la primera de ellas se admitió que el programa sí era una política monetaria y no económica -como sostenían los afectados- y, en cuanto a la segunda cuestión, afirmaron que el programa OMT no era contrario a la prohibición que los afectados exponían con relación al art. 123 del TFUE.

Es por todo lo anterior que la resolución de la sentencia dictaminó que no se produjo ninguna colisión con el Derecho de la Unión Europea y, por lo tanto, el programa de compra de deuda no era contraria al mismo.

### 3.2 La posible adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma

Para comenzar este epígrafe hemos de contextualizar la situación que nos ha llevado a tratarlo como parte principal en este trabajo. Como hemos explicado anteriormente el Tratado Constitutivo de la Unión Europea se modificó tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Tratado por el cual los derechos, libertades y principios de la Carta pasaron a ser jurídicamente vinculantes para la UE y para los Estados miembros cuando se aplica el Derecho de la Unión. A su vez, por este tratado, se obliga a la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, con el fin de garantizar que la Unión Europea y su legislación están sujetas a las mismas normas que los Estados miembros.

Han transcurrido varios años hasta el día de hoy, 11 de junio de 2021, y la Unión sigue sin adherirse al Convenio. Esto deviene, en parte, del Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen en el que declaró la imposibilidad de la incorporación al convenio afirmando que no era posible la adhesión pues consideró que el proyecto de adhesión de la UE al CEDH no era compatible con el art. 6.2 TUE ni con el Protocolo nº 8 del TUE. (TJUE, 2014)

Tras el dictamen que emitió el TJUE no han existido acciones relevantes por parte de las instituciones, ni de la Unión ni del Consejo de Europa, que den pie a pensar en una futura incorporación a corto plazo, un acto problemático -la inacción existente- pues va en contra de sus propios tratados.



Aún con este escenario, la mayoría de las reflexiones acerca de esta cuestión, hechas por políticos, académicos y expertos, indican que debe desestancarse la situación y que la UE debe adherirse al Convenio. Entre la gran cantidad de personalidades que han alzado la voz solicitando esta adhesión, pues entienden que existe una necesidad de que se produzca una misma interpretación entre el TJUE y el TEDH que garantice una aplicación efectiva de ambos Convenios, encontramos a Skouris -antiguo presidente del TJUE-, a Costa -antiguo presidente del TEDH- o a Kokkot -abogada general del TJUE-.

Otra voz muy crítica con la no adhesión fue Ricardo Alonso García, que en el análisis que realizó acerca del Dictamen 2/13 del TJUE criticó a este tribunal por el mal enfoque que utilizó para justificar su oposición al proceso de adhesión.

Los autores que hemos citado convergen hacia la misma idea, que no es otra que cuestionar el rechazo por parte del TJUE al acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio y, además, de haber utilizado una serie de argumentos enrevesados para justificar dicha decisión.

En la actualidad se está debatiendo una nueva solución -de manera lenta y paulatina- que haga posible cumplir la obligación de adhesión del Tratado y tener en cuenta todos los aspectos que señala el Tribunal en su dictamen -siendo otra alternativa la modificación del Derecho originario-. Llegar a un acuerdo en éste sentido concedería a los ciudadanos de la Unión Europea un mecanismo completo e integral para la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

## **PARTE IV**

### **EL PROTOCOLO N° 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

#### **1. EL PROTOCOLO N° 16 COMO INSTRUMENTO CONSULTIVO**

El Protocolo n° 16 es un mecanismo que incorpora -previa ratificación por parte de los Estados- la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales de más alto nivel soliciten al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se pronuncien acerca de opiniones consultivas sobre cuestiones relativas tanto a la interpretación como a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o cualquiera de sus Protocolos. Este mecanismo, que se cataloga como de carácter procesal, es de aplicación como un nuevo instrumento efectivo y complementario a los análogos ya existentes. Este aunamiento de esfuerzos, para la creación de nuevos instrumentos consultivos, tiene como finalidad promover y mejorar el funcionamiento, tanto en su vertiente de eficacia como en su vertiente armonizadora, del sistema multinivel de protección de los Derechos Humanos en Europa.

A lo largo de este epígrafe se analiza la parte orgánica del protocolo, así como su origen y funcionamiento. También se estudian las cuestiones más controvertidas de la articulación y su aplicación. Por último, se complementa con las críticas y virtudes que se desprenden de su todavía escaso uso, así como el estudio de las opiniones consultivas realizadas y su estado o conclusión hasta la fecha de finalización de este trabajo.

##### **1.1 Orígenes y conceptualización**

El Protocolo n° 16 es conocido como “el Protocolo del diálogo”. Este instrumento fue aprobado el 2 de octubre de 2013, por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y posteriormente fue sometido a ratificación por los países integrantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como ya hemos indicado es un protocolo que tiene su base en el diálogo, este diálogo se da entre el TEDH y los distintos tribunales nacionales legitimados para ello y se vertebra en la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan solicitar opiniones consultivas acerca de la interpretación o la aplicación del Convenio así como de sus protocolos ante el TEDH.

Este instrumento fue ya sugerido, en el año 2006, en el Informe de la Comisión de Sabios - presidida en ese momento por Gil Carlos Rodríguez Iglesias-, y tras un debate de su forma y fondo fue solicitada la redacción del mismo al Comité Directivo de Derechos Humanos.

El procedimiento que articula el Protocolo -como ya hemos indicado anteriormente- dota a los tribunales de la posibilidad de plantear dudas acerca de la interpretación del convenio a través de una petición al Tribunal de Estrasburgo, asemejándose, en parte, al instrumento de la cuestión prejudicial -aunque con notables diferencias que posteriormente expondremos-. Es más, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el Protocolo “consideró que el nuevo procedimiento sobre opiniones consultivas tendría como consecuencia reducir la carga de trabajo del Tribunal (...) redundando así en un mejor uso de los recursos del Tribunal”. (Lopez Guerra, 2014)

Es por ello que podemos afirmar que el objetivo principal de este instrumento no es otro que mejorar la protección de los derechos redactados en el Convenio. La necesidad de su adopción, como bien indica el Profesor Manuel Hinojo Rojas, se resume de manera especialmente brillante, en cuatro términos: “«reforma», «extensión competencial», «diálogo» y «subsidiariedad»” (Hinojo Rojas, 2018).

Esta pequeña explicación nos lleva a exponer el significado esos cuatro términos en relación con el Protocolo. El primero de ellos, “reforma”, se ha de entender como el proceso de revolución en el que se encuentra el Tribunal, dando pie a un cambio en el modo y forma de entablar diálogos que viene a consecuencia del Protocolo nº 16. El término “extensión competencial” hace referencia a la ampliación de competencias por parte del Tribunal una vez el Protocolo sea ratificado y entre en vigor -extensión que se entiende como la posibilidad de ciertas peticiones de un tribunal nacional de alta jurisdicción-. El siguiente término por desarrollar es “diálogo”, pues este instrumento pretende, y como hemos indicado es su fin último, un mayor intercambio de ideas y procedimientos entre los altos tribunales de las naciones adoptantes con el propio Tribunal y entre el Tribunal y los altos tribunales. Por último, el concepto de “subsidiariedad” informa acerca de la capacidad secundaria y subsidiaria del tribunal en el supuesto de que no se realice un control efectivo de lo dictado en el Convenio -pues se proclama en la propia Memoria del Protocolo que la garantía de los derechos del Convenio es una responsabilidad compartida entre el Tribunal y los Estados-, es decir, actúa como salvaguardia de las personas que aleguen que sus derechos y libertades no han sido protegidos ni garantizados a nivel nacional. Esta subsidiariedad deviene de manera clara del art. 35 del CEDH cuando anuncia lo siguiente:

«al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva».

En definitiva, el espíritu del Protocolo es el de instaurar -flexibilizando- una nueva forma de entender y avanzar en el espacio del diálogo judicial “de manera paulatina y gradual” y en pro de un fortalecimiento de los vínculos entre los altos tribunales estatales y el tribunal, Además el uso de este mecanismo suponía, en palabras de profesor Miguel Ángel Sevilla Duro “un ahorro, “*from ex post to ex ante*”, en la acumulación de futuros asuntos similares, así como el refuerzo del principio de subsidiariedad”. (Sevilla Duro, 2020)

## 1.2 Entrada en vigor y ratificación de los Estados

En relación con su entrada en vigor y ratificación, el Comité de Ministros aprobó -tras las consultas pertinentes y las recomendaciones por la Comisión de Sabios”- el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, comenzando así su proceso de ratificación. El propio protocolo afirma en su art. 8 su forma de entrada en vigor: “El Protocolo entraría en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la fecha en que diez Estados parte del CEDH hubieran expresado su consentimiento en obligarse por el Protocolo”. Los primeros países en obligarse por las directrices de este Protocolo fueron los siguientes: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Finalmente entró en vigor el 1 de agosto de 2018 tras la incorporación del décimo Estado, la República Francesa que lo ratificó el 12 de abril de 2018. El propio Presidente del TEDH, Guido Raimondi declaró que: “La entrada en vigor del Protocolo nº 16 iba a fortalecer el dialogo (...) es una etapa fundamental en la historia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y un desarrollo importante para la protección de los derechos humanos en Europa. También es un nuevo reto para nuestro Tribunal”.

De especial importancia es recalcar que la no adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma no impedía -en ningún modo- la ratificación por los Estados miembros del Protocolo nº 16. Esto se ejemplifica, a fecha 14 de mayo de 2020, con el actual foro de Estados que han integrado y ratificado el Protocolo, de los cuales ocho son miembros de la Unión Europea -Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Países Bajos, Rumania y, el último en ratificarlo, Luxemburgo-.

A modo anecdótico, mientras se redacta este trabajo, junio de 2021, el Protocolo nº 16 aún no ha sido firmado -ni evidentemente ratificado- por España, y lo mas cuestionable es que nada nos hace pensar que esta situación vaya a cambiar próximamente. Tal vez esta negativa

a firmar y ratificar el protocolo por una treintena de Estados pueda ser debido, aparte de la inestabilidad gubernamental que presentan algunos países, “a los recelos de los máximos intérpretes de la Constitución respecto de la jerarquía y el monopolio de control que ostentan”. (García Roca, 2019)

### 1.3 Fases

Dentro del último apartado de este epígrafe, en el que hemos ido analizando la parte orgánica del Protocolo, vamos a explicar los aspectos procedimentales del mismo.

Bien es cierto que algunos de ellos los hemos citado con anterioridad para entender el mecanismo, sus integrantes y modo de actuación, pero aquí haremos un análisis más exhaustivo de las fases en las que se divide este instrumento.

Diferenciamos al respecto dos fases claras, la primera “la fase inicial” que es donde trataremos los requisitos para que pueda ponerse en marcha este instrumento, así como los filtros y las competencias que se les atribuye a los diferentes órganos que interactúan con el citado Protocolo.

De otra parte, analizaremos “la fase final” donde veremos la eficacia de la consulta, la obligatoriedad -o no- de la aplicación de la decisión adoptada y demás requisitos inherentes a la finalización del procedimiento que se ha iniciado.

#### 1.3.1 Fase inicial

La fase inicial requiere para su tramitación -o iniciación si se prefiere- que el órgano jurisdiccional nacional solicite la petición para obtener la opinión consultiva ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para recabar de esta manera su asesoramiento. Para que la “petition” se concrete de manera adecuada y óptima deben de cumplirse un par de requisitos. El primer requisito, obvio y necesario, es que exista una necesidad real del tribunal nacional para acudir a esta vía consultiva, y el segundo requisito es que se encuentre “convencido de iniciar el trámite” (Hinojo Rojas, 2018). Recordamos que esta remisión o consulta es una posibilidad totalmente discrecional y voluntaria para la que está facultado el órgano nacional competente.

Una vez iniciado el trámite, que deberá ser motivado -sin existencia de unos requisitos mínimos impuestos por el Protocolo pero que sí son recomendados por la memoria explicativa como puede ser el objeto del litigio, los hechos deducidos hasta el momento y los

derechos y libertades que se están poniendo de relieve por parte del órgano nacional para el buen entender del TEDH- el asunto que dirime el órgano que ha realizado la consulta quedará en suspenso.

Una vez la petición es recibida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es competencia de la Gran Sala -compuesta como anteriormente se indicó por diecisiete jueces- la emisión de la opinión ante el planteamiento que se les formula previa admisión de la petición. De manera general siempre se suele aceptar la petición -en cuyo caso se emitirá la opinión correspondiente-, cuando se dan los requisitos correspondientes tanto en virtud de la materia como por la motivación de la petición.

También puede ocurrir -aunque de manera mucho menos habitual-, que la Gran Sala no acepte la petición emitida por el órgano nacional, en cuyo caso la negativa debe ir acompañada de una explicación razonada y motivada acerca de su inadmisibilidad. En este punto debemos destacar la existencia de dos instancias o filtros -no directamente nombrados de esta manera, pero a modo explicativo mucho más ejemplificador para el lector- en primer lugar, el Colegio de la Gran Sala, cuya negativa no requiere de motivación para la desestimación; una vez generado ese primer filtro, pasa ante la Gran Sala cuya negativa -que rara vez ocurre- sí ha de ser motivada.

Como en otros apartados se ha mencionado una vez se acepte la petición consultiva el propio protocolo abre la posibilidad de que terceros puedan estar presentes en el procedimiento -el Estado propio del órgano judicial, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa o cualquier otro Estado parte o persona que participe en las actuaciones de esa jurisdicción cuando sea invitado por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “abriendo el círculo de los llamados *prima facie* a intervenir en el procedimiento y en interés de una buena administración de la justicia” (Hinojo Rojas, 2018)-. Es por ello por lo que aquí también defendemos la tesis de que es el propio Protocolo el que diseña su modelo de intervención procesal, dejando cierta- y restringida- voluntariedad en el ámbito competencial a los jueces integrantes de la Gran Sala.

### 1.3.2 Fase final

En esta fase es donde se va a dar respuesta por parte de la Gran Sala sobre la opinión consultiva planteada por el órgano nacional competente. Esta respuesta ha de ser pronta, rápida y con la diligencia debida para evitar retrasos que puedan dilatar en el tiempo la contestación que se requiere, tratando este procedimiento consultivo como un asunto

prioritario respecto al resto de asuntos que necesiten de desarrollo por parte de este órgano, ignorando de esta manera el art. 41 del Reglamento de procedimiento del Tribunal, precepto éste último por el que se rigen y determina el orden de importancia/tratamiento de los diferentes asuntos. Cierta parte de la doctrina, entre ellos opina y eleva la voz pidiendo una rectificación de este apartado o, un mínimo de adaptabilidad, para que se tenga en cuenta en este reparto -de manera reglamentaria- el orden de prioridad para las opiniones consultivas que emanan del uso del Protocolo n° 16.

La opinión que de la Gran Sala emane, además de tener las características antes citadas, deberá ser motivada. Destacamos, en este punto, que está previsto en el propio articulado que existan discrepancias, totales o parciales, entre los jueces. Por ese motivo se permite a los jueces discrepantes realizar opiniones o apreciaciones separadas -cosa que no ocurre con las cuestiones prejudiciales- donde podrán expresar su opinión particular sobre el caso concreto -aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intenta realizar un esfuerzo para que la emisión de sus resoluciones sea unánime, es decir ir todos los integrantes “a una sola voz”.

Una vez el dictamen cuente -como norma general- con la opinión favorable de la unanimidad de los jueces, ha de dársele -como en cualquier proceso administrativo- el trámite de publicidad oportuno. Y, aunque el Protocolo no lo menciona, se intuye que también se informará a aquellos terceros -a los que se aludió anteriormente- que hayan participado en el procedimiento.

Cualquiera que sea la opinión que emita el TEDH acerca de la consulta será “integrada en la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de que, aun cuando no se trate formalmente de una sentencia, servirá de guía y directriz para la interpretación del Convenio y sus protocolos en la resolución de futuros casos, tanto de nueva entrada como ya pendientes ante el Tribunal (...) obligando a la inhibición en favor de la Gran Sala en aquellos supuestos en que la solución dada a un caso pudiera ser contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal.” (Lopez Guerra, 2014)

#### 1.4 Reglas, modo de consulta y eficacia jurídica

El desarrollo de este epígrafe ha de iniciarse explicando que este nuevo mecanismo recibe una gran influencia de otro mecanismo -tratado con anterioridad-, que no es otro que la cuestión prejudicial. Bien es cierto que no se articula del mismo modo, pues si bien existen puntos de conexión, muchos otros hacen a estos instrumentos radicalmente diferentes-.

Las similitudes que encontramos entre estos dos instrumentos las podemos resumir en las siguientes cuatro máximas: 1) Ambos procedimientos facilitan la aplicación e interpretación de las normas europeas. 2) Generan un diálogo entre jueces que articula y define los criterios que han de regir cuando se plantea una duda por uno de los tribunales nacionales. 3) El uso de estos instrumentos asegura la efectividad de las normas que provienen del Convenio -en el caso del Protocolo- o del Derecho de la Unión -en el caso de las cuestiones prejudiciales-. Y, por último, 4) ambos procedimientos se circunscriben es esclarecer dudas de derecho, no de hechos -obvian los elementos fácticos pues esta es tarea del juez nacional competente-

Por otro lado, existen multitud de diferencias entre ambos instrumentos las más relevantes son: 1) El Protocolo puede ser utilizado por los “más altos tribunales” de aquellos Estados que hayan ratificado este mecanismo, mientras que la cuestión prejudicial puede ser utilizada por cualquier juez nacional que tenga dudas acerca de la interpretabilidad o aplicabilidad de una norma comunitaria. 2) La cuestión prejudicial puede entenderse como un diálogo “de juez a juez” mientras que la aplicación del Protocolo se da un diálogo entre “el más alto tribunal con el TEDH”. 3) El Protocolo se basa en criterio facultativo y de voluntariedad, que puede ser utilizado no por el tribunal peticionario, mientras que el uso de la cuestión prejudicial resulta de aplicación obligatoria para el peticionario. 4) Otra diferencia fundamental es que la opinión que emana del uso del Protocolo por parte del TEDH no es vinculante, mientras que pasa lo contrario con las resoluciones de las cuestiones prejudiciales que si vinculan tanto a los estados como a los particulares. La última diferencia que vamos a destacar se encuentra en el plano lingüístico, 5) El uso de las cuestiones prejudiciales puede hacerse en un mayor numero de lenguas oficiales y, es por ello que es un modo que facilita la comunicación con los tribunales nacionales, por otro lado en el caso de la solicitud de opinión consultiva ante el TEDH esta debe realizarse o en lengua inglesa o francesa, pues son las dos únicas lenguas admitidas para comunicarse, lo que restringe enormemente la fluidez en la comunicación.

Las reglas y modos de consulta son tratados en virtud de lo que el citado protocolo señala para su proceder, entendiendo este instrumento siempre a partir de una característica importantísima -señalada anteriormente-, su voluntariedad, pues no están, en ningún caso, obligados a plantear este tipo de consultas.

Para la realización de la consulta, el tribunal competente del Estado miembro debe plantear su duda acerca de la interpretación o aplicación de alguno de los derechos o libertades que se detallan en el CEDH. Una vez realizado este planteamiento, dejará en suspenso el



procedimiento del cual emerge esa duda. Planteada y recibida la solicitud de opinión consultiva por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se lleva a cabo -como en cualquier otro procedimiento de “alto nivel”- el estudio para su admisión.

En este escenario pueden darse dos opciones. La primera de ellas es que la consulta sea aceptada -por cinco jueces que deben ser miembros de la Gran Sala-. En el caso contrario, cualquier negativa que imposibilite su admisión deberá ser recabada en una exposición de motivos donde se argumenten estos que originan la inadmisibilidad de esa petición.

El siguiente paso -siempre y cuando la petición haya sido aceptada- es la obligación que impone el Protocolo de emitir, por parte de la Gran Sala, la opinión que merece la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional que la ha solicitado.

Ahora bien, resulta de especial relevancia la eficacia y caracteres que tiene esta consulta. La opinión dada por parte de la Gran Sala debe ser pronta y rápida -pero con la diligencia debida que requiere-, en definitiva, dar la opinión en un tiempo razonable, que no suponga el retraso excesivo del pleito, pero con la calidad digna que se espera, siendo estas consultas prioritarias respecto al resto de asuntos que tenga que tratar el tribunal. Se trata de una opinión meramente informativa y “no vinculante” -anunciado en el propio articulado del Protocolo donde afirma de manera explícita que “advisory opinions shall not binding”- pero que, aún sin ser vinculante, es tenida en cuenta por ser este órgano, el TEDH, el garante en la aplicación de lo dispuesto en el Convenio. (Gomez Fernandez, 2021)

Pero como hemos indicado anteriormente tiene que ser motivada, pudiendo incluso emitirse opiniones separadas por parte de los jueces disconformes -en todo o en parte- con la respuesta que va a facilitar el tribunal, aunque este extremo no ha llegado a producirse por la actual labor de consenso que, en la práctica, ha venido realizando el tribunal para hablar “a una sola voz” (ECHR, 2013)

La opinión que del tribunal emane deberá regirse por el principio de publicidad, estableciendo el propio protocolo una doble posibilidad para darle forma a este principio. Se le dará publicidad mediante la comunicación directa con el órgano judicial nacional que haya planteado la cuestión, pero también con el Estado al que el órgano petionario pertenezca. Por otro lado, tendrá lugar una publicación general para conocimiento de todo aquel que tenga interés, utilizando para ello los cauces normales por los que se ha venido informando de las distintas decisiones del tribunal. (Gonzalez Herrera, 2020)

A colación de lo tratado anteriormente, acerca de la vinculación que produce la contestación del Tribunal, hemos de destacar que, aun no siendo obligatoria su aplicación, se sobreentiende que en la mayoría de los supuestos se aplicará ya que es el propio tribunal el

que solicita el auxilio, o la ayuda si se prefiere, para la interpretación de una de las materias permitidas por el Protocolo. Todos los dictámenes que emanen de las opiniones consultivas planteadas se añadirán a la jurisprudencia -de manera análoga a las sentencias y decisiones- gozando estos de los efectos que se desprendan a la hora de la consulta jurisprudencial

Otra cuestión radica en las partes que pueden intervenir en el proceso y que nos parece muy instructivo explicar, aún de soslayo. El Protocolo, en su art. 3, admite la intervención de terceros. Estos “terceros”, junto con el tribunal peticionario y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden ser: el Estado propio del órgano judicial que realiza la petición, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa -sujeto que tiene competencia para la remisión de observaciones a la luz del asunto debatido, así como la posibilidad de personificarse y participar en las audiencias si así lo cree oportuno-, así como cualquier estado parte o persona que el presidente del TEDH considere oportuno “invitar” para que participe en las actuaciones de esa jurisdicción -respetando así el principio de igualdad-, puesto que “dada la naturaleza no contenciosa del mecanismo del Protocolo nº 16, las partes del procedimiento principal no tienen *ius standi* en aquel, aunque es de esperar que el Tribunal les de la oportunidad de alegar lo que convenga a sus intereses” (Gonzalez Herrera, 2020).

Por lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que la personación de terceros y la posibilidad de formular alegaciones escritas o, incluso, participar en las audiencias públicas que se celebren, supone otra gran diferencia con respecto a la personación en el procedimiento de la cuestión prejudicial -donde recordamos que están legitimados para intervenir: las partes, los Estados miembros, la Comisión y, en caso de que sea necesario, la institución-. (Lopez Guerra, 2014)

## **2. REFUERZO DE LA CONFIANZA EN LA MAGISTRATURA ¿AVANZAMOS HACIA UN PROTOCOLO DE DIÁLOGO A VARIAS BANDAS?**

### **2.1 Análisis del Protocolo: críticas acerca de este mecanismo**

El nuevo instrumento consultivo que posibilita la consulta acerca de la interpretación del CEDH y de sus protocolos da lugar a pensar en la visión extensible y creativa de la que se está dotando la supervisión del sistema de protección que garantiza el Convenio haciéndolo perdurar con gran validez en el medio y largo plazo. Su virtuosidad radica en que nos encontramos con un instrumento novedoso que sabe enlazar rasgos de distinta naturaleza como pueden ser las cuestiones prejudiciales, los actos administrativos y los actos consultivos

(Machado Haertel, 2018). De esta manera se percibe como un mecanismo adaptable y garantista para los objetivos que persigue.

En este epígrafe vamos a tratar las críticas que ha recibido este mecanismo -pues no ha estado exento de ellas-, su razonamiento y qué personalidades han sido las más reticentes con este novedoso instrumento.

La primera de ellas fue la afirmada por el Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, Raimondi, que caracterizó el Protocolo nº 16 como un desafío para este órgano, pues la introducción de este mecanismo iba a suponer una mayor carga de trabajo -añadida a la que ya tenía la Corte Europea de Derechos Humanos-.

Otra de las críticas -ya superada- era la posibilidad de que existiese un cuantioso número de solicitudes para actuar mediante este mecanismo. Indicamos que ya esta superada pues el propio Protocolo limita, en su art. 1.1, las solicitudes que pueden someterse a esta vía. Literalmente anuncia lo siguiente:

“1.1 Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

Otra crítica que surgió -aunque ya adelantamos que no era tal pues se ha demostrado que ambas pueden ser complementarias- fue la afirmada por el TJUE, en su dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, y se basaba en la contradicción que se daba entre el art. 1 del Protocolo -que permite a los altos tribunales de los países solicitar opiniones consultivas- y el art. 267.3 del TFUE -que obligaba a las altos tribunales de los países someter los casos sobre Derecho europeo ante el TJUE-. (Cacho Sanchez, 2019)

La última crítica que queremos destacar fue la que realizó, acerca de una definición del “Informe explicativo del Protocolo”, la propia Corte Europea de Derechos Humanos en el documento “Opinión de la Corte sobre el Protocolo nº16 para la Convención ampliando su competencia para pronunciarse sobre las opiniones consultivas en la interpretación del Convenio”. En el informe se abría la posibilidad de que los altos tribunales pudiesen realizar las solicitudes de las opiniones consultivas en las lenguas nacionales de cada uno de ellos. Cuestión esta criticada por la Corte alegando que supondría, esta posibilidad, una mayor carga de trabajo y un aumento de los recursos disponibles para realizar las oportunas traducciones.

En resumen, estas han sido las cuestiones más controvertidas que han surgido alrededor del Protocolo nº 16, cuestiones que, a nuestro parecer, tienen una mínima importancia en

relación a lo positivo que resulta este mecanismo para la defensa y salvaguarda de los derechos y libertades recogidos en el Convenio y en sus protocolos.

## 2.2 Opiniones consultivas planteadas en aplicación del Protocolo N°16

En los años que lleva de vida el mecanismo que aporta el instrumento del Protocolo n° 16 ya ha sido utilizado en cuatro ocasiones desde que entró en vigor. La primera opinión consultiva fue interpuesta por el Tribunal de Casación de Francia -ya resuelta por parte del TEDH y que posteriormente analizaremos-. El segundo caso, también resuelto y que analizaremos en epígrafes siguientes, será el asunto *Kochyaran*, planteado por el Tribunal Constitucional Armenio.

La tercera de las opiniones solicitadas vino por parte del Tribunal Supremo de Eslovaquia -cuya petición fue desestimada por parte del TEDH-. Y la última de las cuestiones planteadas con el uso de este instrumento, hasta el momento, vino dada por el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania, cuya solicitud a fecha de este trabajo ha sido admitida a trámite.

### 2.2.1 *MENNESSON v. FRANCE*

El caso “Mennesson v. France” fue el primer caso que se elevó, utilizando el mecanismo del Protocolo n° 16, ante el TEDH, el 12 de octubre de 2018.

Esta cuestión surgió dentro de un procedimiento que tuvo lugar ante la jurisdicción civil francesa, y cuyo origen radica en otra sentencia de, casualmente, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos -STEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson c. Francia-.

El problema que trasciende es la intención de los exponentes de transcribir las actas de nacimiento de su hijo, nacido por gestación subrogada en California, EEUU, en el registro civil del país galo. En primera instancia esta petición fue rechazada, llegando, mediante diferentes recursos, al Tribunal de Casación de Francia. Tras ello el Tribunal interpeló al TEDH acerca de la controvertida cuestión sobre la gestación subrogada, concretamente la consulta se ceñía a “la apreciación por parte de los Estados para poder reconocer a la pareja del padre biológico como la madre “legal” cuando ambos habían recurrido a este método de gestación. Teniendo ella la intención de adoptar al niño como método de filiación -lo que se suponía suficiente para cumplir con los requisitos del art. 8 del Convenio de Roma-.”

Con gran celeridad, en un plazo que no excedió los seis meses, la Gran Sala resolvió, de manera unánime, esta cuestión afirmando que el art. 8 del Convenio exige al Derecho de los

Estados que se permita el reconocimiento de la filiación del niño gestado mediante la técnica de la gestación subrogada y que la madre intencional -adjetivo este que se utiliza para la madre no gestante-, pudiese registrarse como madre legal si es su pareja el padre biológico, siempre y cuando se cumplan unos requisitos tasados. La Gran Sala recordó que la filiación podía venir dada por distintas vías, una de ellas la adopción del niño por la madre intencional -siempre y cuando se realice de manera rápida y eficaz y no perjudique el interés superior del menor-. (Gonzalez Herrera, 2020)

Tras ello se confirmó la aplicabilidad de este modelo en su sentencia n° 648, de 4 de octubre de 2019, finalizando este asunto el Tribunal de Casación con la aceptación de la petición planteada por la familia Mennesson.

Por último, al ser el primer asunto que entraba a debatirse por el Protocolo n° 16, resolvió y avisó acerca del alcance de su nueva competencia consultiva que dotaba este instrumento afirmando que sus dictámenes debían limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos que se encontrasen pendientes en la jurisdicción nacional, así como que su labor proporcionaría los tribunales nacionales auxilio y orientación sobre cuestiones fundamentales en relación con el Convenio aplicable.

### 2.2.2 *KOCHARYA V. COUR CONSTITUTIONNELLE ARMÉNIENNE*

La segunda de las solicitudes fue presentada por el Tribunal Constitucional armenio el 2 de septiembre de 2019. Esta solicitud de opinión consultiva trataba de conocer la compatibilidad entre el art. 7 el CEDH -que afirma que no hay pena sin ley- y el art. 300.1 del Código Penal armenio.

Los hechos que la propiciaron vinieron dados tras la conocida revolución de terciopelo, una revolución de carácter político que se vio solventada una vez se realizó el cambio de gobierno existente que solicitaba la mayoría de la población. El *quid* de la cuestión es sobre la detención del antiguo presidente, Kocharyan, tras la citada revolución, y al que se le inculpó de atentar contra el orden constitucional en el año 2008 –regulación contenida en el Código Penal de 2009-. El tribunal receptor del asunto suspendió el procedimiento y lo remitió al Tribunal Constitucional armenio. Ello supuso que este tribunal plantease una opinión consultiva -compuesta de una serie de preguntas- ante el TEDH para que este último se pronunciase acerca de la compatibilidad entre el Código Penal de Armenia y el art. 7 del Convenio -explicado al inicio del epígrafe-.

Las preguntas que planteó el Tribunal Constitucional de Armenia fueron las siguientes:

“1) La noción de «derecho» en el art. 7 del Convenio y la de «ley» que figura en otros artículos del Convenio, por ejemplo, en los arts. 8 a 11, ¿conllevan las mismas condiciones cualitativas (precisión, accesibilidad, previsibilidad y estabilidad)?

2) En caso contrario, ¿cuáles son las reglas que permiten establecer una diferenciación?

3) La ley penal que, en la definición de una infracción, hace referencia a ciertas disposiciones de un acto jurídico que tenga fuerza jurídica suprema y un nivel de abstracción

4) A la luz del principio de irretroactividad de la ley penal (art. 7.1 del Convenio), ¿cuáles son los criterios a aplicar para comparar la ley penal en vigor en el momento de la comisión de la infracción y la ley penal modificada, para determinar sus similitudes o diferencias contextuales”

Tras el estudio de la petición planteada, la Gran Sala resolvió la opinión consultiva de manera unánime de la siguiente forma:

El TEDH no dio respuesta a las dos primera preguntas planteadas al considerar que no tenían relación directa con el litigio principal.

En relación a la tercera de las preguntas planteadas, el TEDH confirmó que la remisión de una norma en blanco completada mediante otra norma de referencia no era contraria al art. 7 del Convenio, siempre y cuando permitiese a la sociedad prever el comportamiento censurado y castigado por la norma y remite que es el tribunal nacional quien debe determinar si con los elementos existentes en la ley podía preverse.

Y, por último, respecto a la cuarta cuestión planteada, el TEDH resolvió que se debía tener en cuenta la prohibición de la irretroactividad de las normas penales menos favorables que venía dada en el art. 7 del Convenio. Pero deja reflejado que, por falta de conocimiento real, no puede evaluar si en este caso en concreto la aplicación del art. 300.1 constituye una controversia con el Convenio, reenviando la valoración que merece a los tribunales armenios.

## CONCLUSIONES

De todo lo estudiado con anterioridad estamos en disposición de sacar las siguientes conclusiones finales de este TFG.

PRIMERA.- La historia de los marcos normativos y de la propia Europa, adoptados en el continente a lo largo del siglo XX y XXI, trascienden de toda rivalidad, ya que, una vez superadas las crisis y guerras, buscan evocar una unión, una fraternidad y un proyecto de solidaridad entre todos ellos en beneficio de todos sus ciudadanos y en muy variados ámbitos: defensa, cultura, mercado y economía, entre otros. En este contexto, también se ha puesto de relieve la importancia que tienen para el Consejo de Europa y para la Unión Europea sus distintos órganos y tribunales. Así como la importancia de los numerosos tratados vistos en tanto se habla de una “integración europea” real y consolidada, donde estos entes pivotan acerca de los principios de cooperación y legalidad. La defensa de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el continente europeo se ha visto respaldada por una gran protección -ineludiblemente mejorable-, pero a diferencia de otras agrupaciones nacionales, lo destacamos por la gran salvaguarda que han representado. Bien es cierto que hay diferencias notables entre los diferentes Estados miembros que integran la Unión y el Consejo, pero en un cómputo global el territorio europeo sale bastante bien parado en su defensa -que no olvidemos es otro de sus grandes pilares constitutivos-.

SEGUNDA.- La perspectiva desde la que hemos tratado el constitucionalismo multinivel y su evolución da buena cuenta de la utilidad de esta y de su fundamentación, especialmente tras el proceso que se generó tras el Tratado de Niza de 2001 -cuyo objetivo era reformar la estructura institucional de la Unión Europea-. El constitucionalismo multinivel vino tras la búsqueda de una progresión en los poderes públicos europeos, basado en las constituciones de los Estados miembros cuyo avance se solapa con el intento de superación de la época de la globalización en la que nos hallamos en la actualidad y que, de momento, se muestra ineficiente para abordar todos los problemas generados hasta la fecha. Destaca, en todo este aparato conceptual, también el papel protagonista y fundamental que ha venido ejerciendo y ejerce -ante la inexistencia de una Constitución común- el mecanismo de la Constitución-red, que ha facilitado el despliegue de efectos, mediante la creación de conexiones idóneas ante la falta de jerarquía, de los ordenamientos jurídicos para estructurar, de este modo, un sistema que interacciona y se coordina en función de las normas que han de regularse.



TERCERA.- Por otra parte reforzamos estas conclusiones con la mera simpleza y efectividad que proporciona en sí el propio concepto de diálogo que se produce entre los distintos entes y tribunales y viceversa, independientemente de la categoría a la que se puedan adscribir en función de su jerarquía. Concluimos pues que el diálogo entre tribunales es un mecanismo adecuado y eficaz, pero también destacamos que no está exento de críticas -constructivas- ya que, a nuestro modo de entenderlo, el diálogo debería ser más fluido, más recurrente, y más estandarizado en todos sus niveles.

CUARTA.- De vital importancia es el papel que ha jugado, y que aún desempeña, el instrumento de la cuestión prejudicial en la evolución sufrida y posteriormente armonizada del Derecho de la Unión Europea, así como la complicidad que ello genera entre los diferentes actores que se encuentran en la posición de uso de ese instrumento. Ha demostrado ser, en efecto, un mecanismo eficiente, y solo hay que observar como otros instrumentos -como el mismo Protocolo nº 16- han sido creados con determinadas características semejantes a las de la cuestión prejudicial.

QUINTA.- Otra de las conclusiones que podemos sacar es la importancia que tiene y tendrán los mecanismos e instrumentos que se fundamentan y basan en un diálogo cordial y consensuado en la búsqueda de una armonización como es el Protocolo nº 16 e instrumentos similares. Pero a su vez, no podemos dejar de mostrar la reticencia que existe actualmente para incorporar estos instrumentos a la vida judicial de los Estados, aunque queremos adelantarnos para afirmar que, tarde o temprano, se verán estos introducidos por el gran valor interpretativo y de auxilio que proporcionan a los tribunales nacionales.

SEXTA.- El Protocolo nº16 se sustenta en el diálogo y otorga una importancia -aún mayor- al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al ser un mecanismo relativamente “novedoso” y en proceso de desarrollo y ratificación por diferentes países, creemos que no ha podido desplegar toda su utilidad. Aún así, debe recalcarse su importancia, pues es hacia donde debemos ir, hacia una mayor interacción a través del diálogo ya no solo en el ámbito judicial, sino en todos los espacios posibles. Por este motivo, creemos en la respuesta y en la solución que intenta dar este tipo de mecanismos, y que enriquecerán, sin lugar a dudas, nuestro constitucionalismo compartido y nuestro aprendizaje mutuo.

SEPTIMA.- Para finalizar, nos gustaría, más que extraer una conclusión fehaciente “global” -ya que entendemos que esto se ha ido relatando en los anteriores puntos de este apartado-, realizar un proceso mental en el que visualizamos de manera hipotética hacia donde avanzamos y que nos depara el futuro dentro de este ámbito. Para ello nos basaremos, únicamente, en hipótesis y especulaciones propias tras el análisis y estudio del sistema judicial,



los instrumentos de diálogo y cooperación existentes y la utilidad de los diferentes mecanismos consultivos, particularmente el Protocolo nº 16.

El avance que ha supuesto la integración de los diferentes países que comparten el espacio continental europeo en grandes entes -Unión Europea y Consejo de Europa- ha representado una revolución nunca vivida antes en el continente. Bien es cierto que esto ha sido fruto de hechos horribles que todos conocemos y que, de seguro, no querríamos volver a repetir. Esta conexión -en primer lugar entre países- y posteriormente en amplísimos campos dentro de cada nación -especialmente en el judicial- ha traído consigo, ya no solo una cooperación reforzada y un sentimiento unitario, si no la propia elaboración de una serie de mecanismos que aportan tanto en el plano estrictamente teórico-judicial como en el plano propio de los derechos subjetivos de su ciudadanía. Pero ¿que podemos esperar más allá de lo existente en un futuro a corto/medio plazo?. Bien, pues en nuestra opinión, puede darse la circunstancia de que se produzca un mayor refuerzo cooperativo entre todos los Estados -integrantes o no del Consejo de Europa y la Unión Europea- en multitud de campos ante los grandes retos que nos depara el siglo XXI y el modelo globalista que le acompaña. Cambios en áreas tan diversas como la economía, la protección de la salud, del medio ambiente, una mejora de las políticas laborales, en el ámbito de la cultura, la socialización, la extensión progresiva de derechos y, evidentemente, la(s) política(s) judicial(es) y su refuerzo internacional -el lector o lectora se habrá dado cuenta de que he utilizado un plural para referirme al ámbito judicial, pues la existencia de una única política judicial sería un elemento negativo-, en cualquier ámbito en el que nos centremos, deben ser consecuencia de un proceso de acierto-error. Esta es la única forma desde la que pensamos que se puede mejorar, ya no solo el propio sistema judicial y sus mecanismos, sino también la interacción de esos entes e instrumentos con la sociedad en general. A raíz de lo anterior, en ese proceso de acierto-error, podemos enmarcar lo que supuso el intento de una Constitución para Europa (en un primer momento fallida, pues había reticencias), pero también mostramos lo que el futuro puede llegar a traer: esa armonización buscada. Pensamos que la mejor manera de entender, comprender y analizar situaciones debe producirse siempre -y esto es de vital importancia- a través del diálogo, duro o blando, pacificador o beligerante, perspicaz o ingenuo, pero siempre asertivo. Es por ello que el uso y creación de instrumentos que lo favorezcan siempre va a dar pie a un progreso, a un dinamismo que no encontraríamos si no pudieran confrontarse las diversas posturas. En definitiva, creemos que tanto el Consejo de Europa como la propia Unión Europea deben de seguir el camino de la concordia y el diálogo -en todos los aspectos posibles- para seguir avanzando, y con ello el avance de la ciudadanía y de las sociedades a las que representan

ante los posibles -prácticamente seguros- retos e incluso amenazas que nos deparará esta nueva era.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO ZAMORA, MIGUEL, “La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el tratado constitutivo de la comunidad económica europea al tratado por el que se establece una constitución para Europa”. UGR. (2021)
- ALONSO GARCÍA, R, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”. Madrid. *Cátedra Jean Monnet*. (2015)
- ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R., “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela Multinivel”, *Uned. Teoría y Realidad Constitucional*, no 20. (2007)
- ASAMBLEA PARLAMENTARIA, “Proyecto de Protocolo No. 16 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (Relator: Sr. Christopher Chope), 28 de junio de 2013. Disponible en: <<http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/pressajdocE.pdf>>. Acceso en 21 de mayo de 2021.
- CACHO SANCHEZ, YAELLE. “El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el tribunal europeo de derechos humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas”. *Revista de Derecho Internacional Público* pp.171-194 (2019)
- CIBOD ANUARIO, 2021. “Galería de gráficos”. Disponible en: <<http://anuariocidob.org/galeria-de-graficos/>> [Acceso 16 Abril 2021].
- CIBOD ANUARIO. 2021. “EN BUSCA DE UNA NUEVA PAX EUROPEA GLOBAL” Disponible en: <<http://anuariocidob.org/en-busca-de-una-nueva-pax-europea-global/>> [Acceso 18 Abril 2021].
- CONSEJO DE EUROPA, “Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers”, *doc. CM 203*, de 15 de noviembre de 2006.

- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. “La Abogacía Europea se hace eco de la entrada en vigor del Protocolo 16 del CEDH”. Recuperado de: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-abogacia-europea-se-hace-eco-de-la-entrada-en-vigor-del-protocolo-16-del-cedh/> (2018)
- CREGO DIAZ, MARIA. *Diálogo judicial*, (2015-2016)
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, “Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.o 16 à la Convention élargissant”. (2013)
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, MANUELA, *Manual de introducción a la historia de la integración europea*, Valladolid Omnia-Mutantur, (2015)
- GARCIA ROCA, JAVIER. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid. Aranzadi. (2019)
- GOMEZ FERNANDEZ, ITZIAR. “Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH”. (2021)
- GONZALES HERRERA, DANIEL. “El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel: las relaciones del TJUE con el TEDH y los Tribunales Constitucionales, Salamanca”, *Tirant lo Blanch*, 291-310. (2020)
- HABERMAS, JURGEN. *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, Taurus (1981)
- HINOJO ROJAS, MANUEL. “El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, (2018)
- JAGLAND, THORBJOERN, “Anuncio de la obtención por parte de la Unión Europea del Premio Nobel de la Paz”. (2012)
- LÓPEZ CALDERÓN, D., “Observatorio del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.o 49, 397-398. (2019)
- LOPEZ GUERRA, LUIS, “Los protocolos de reforma N° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo* 49, 11-29. (2014)

- MARIN AIS, JOSÉ RAFAEL. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE”. (2013)
- MIRANDA GONÇALVEZ, R. *La dignidad de la persona humana. Breve estudio comparado desde el derecho público* (1st ed., pp. 239-257). Curitiba. (2019)
- MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, pp.195-230. (2015)
- OCAÑA, JUAN. El Tratado de Roma (1957) – “La Historia de la Unión Europea y la Ciudadanía Europea”. (2003)
- PARLAMENTO EUROPEO. “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” (no ratificado) (pp. 41-58). *EU Publications*. (2004)
- PEREZ LUÑO, A. E, “Diez tesis sobre la titularidad de los Derechos humanos”. (2001)
- PEREZ LUÑO, A. E, “La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos. Apostillas a la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. 1st ed. (pp. 44-65). Madrid. *Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado*.(2002)
- PRIETO SANCHIS, L., “Constitucionalismo y globalización” *Revista de Derecho Vlex*, no 3357. (2013)
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, (2020)
- RODRÍGUEZ BOADA, ANA MILENA. “Constitucionalismo Multinivel, interacción judicial y control de convencionalidad para la protección de los Derechos Humanos en Colombia”. (2016)
- RUIZ PRIETO, E. “Conoce las 7 características de los derechos fundamentales”. Recuperado de: <https://www.ruizprietoasesores.es/derecho/conoce-tus-derechos-fundamentales/?reload=520259>. (2016).

- SANCHEZ MARIN, ANGEL LUIS. “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales”. *EIKASIA*, 229-237. (2014)
- SANCHEZ MARTINEZ, VICTOR, “Derechos Humanos y Democracia en la Unión Europea” (2014)
- SEVILLA DURO, MIGUEL ANGEL, “El protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”. *AdD especial: El TEDH en su sesenta aniversario (UM)*, 1-24. (2020)
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE, “A Typology of Transjudicial Communication”. *University Of Richmond Law, Review* 99. (1994)
- VAN ROMPUY, HERMAN. “Concesión del Premio Nobel de la Paz”. (2012)
- WORLD JUSTICE PROJECT, WJP Rule of Law index. (2020)
- XIOL RIOS, JUAN ANTONIO. “The dialogue between courts: the court of justice of the european union and the constitutional court of Spain”. (2020)
- ZAERA ESPINOS, SALVADOR. “La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias Torresi, k y a, y programa OMT”. *Universidad Complutense de Madrid*. (2016)

#### **OTROS APUNTES E INFORMACIÓN CONSULTADA:**

- Apuntes de Derecho Constitucional, profesora Rosario Tur Ausina. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH)
- Apuntes de Derecho Administrativo, Profesot Jose Antonio Tardío Pato. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Miguel Hernandez de Elche (UMH).
- Apuntes de Derecho de la Unión Europea y Derecho Internacional Público, profesora Elena Crespo Navarro. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH)

- Apuntes de Derecho de Historia de la Integración Europea, Profesora Manuela Rodríguez Fernández. Facultad de Derecho. Universidad Rey Juan Carlos (URJC).
- Apuntes de Filosofía del Derecho y Deontología, profesor Tomas de Domingo. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH)



**TABLA ANEXO 1 – VARIABLES DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS PAISES EUROPEOS**

RANKING (X/128)	ESTADO	D1	D2	D3	D4	D5	%	VARIACIONES 2015-2020
54	ALBANIA	0,71	0,53	0,77	0,55	0,51	0,61	Estable y al alza hasta 2017. En el periodo 2018 empieza a descender
6	AUSTRIA	0,97	0,84	0,82	0,92	0,88	0,88	Estable y al alza hasta 2016 Constante desde entonces.
33	CROACIA	0,72	0,63	0,70	0,56	0,75	0,67	Mantiene una media constante en los últimos 5 años.
16	ESPAÑA	0,86	0,72	0,77	0,87	0,82	0,80	Estable con ligero repunte al alza en los últimos 2 periodos.
68	MOLDAVIA	0,68	0,51	0,63	0,47	0,59	0,57	Tendencia al alza en el periodo 15-16. Descenso en el periodo siguiente y constante a la fecha.
2	NORUEGA	0,94	0,95	0,88	0,90	0,96	0,92	Descenso en el periodo 15-17. Subida progresiva en los últimos 3 periodos
7	PAÍSES BAJOS	0,93	0,85	0,79	0,82	0,86	0,85	Descenso continuo desde el periodo 2015 a 2019. A la fecha constante.
39	POLONIA	0,75	0,62	0,53	0,59	0,63	0,62	Descenso continuo desde el periodo 2015 hasta la fecha.
13	REINO UNIDO	0,91	0,84	0,85	0,76	0,89	0,85	Estable y al alza hasta 2019. Descenso pronunciado hasta la fecha actual
123	TURQUÍA	0,35	0,26	0,21	0,25	0,30	0,28	Descenso continuo en periodo 2015-2017 Constante en los últimos periodos hasta la fecha.



## **LEYENDA:**

D1 → Derecho a la vida y a la seguridad de la persona

D2 → Libertad de opinión y expresión

D3 → Libertad de creencia y religión

D4 → Libertad de privacidad sin interferencias arbitrarias

D5 → Libertad de asamblea y asociación

% → Media aritmética -redondeada a la décima- de los porcentajes de las distintas variables

## **DATOS TRANSCRITOS:**

Albania → ranking global – sobre 128 – posición 54

--estable y al alza hasta 2017, en 2018 empieza a descender hasta 0,61

Austria → ranking global – sobre 128 – posición 6

--estable y al alza hasta 2016, desde entonces constante en 0,88

Croacia → ranking global – sobre 128 – posición 33

--se mantiene una media constante en los últimos 5 años, en 0,67

España → ranking global – sobre 128 – posición 16

--Estable con ligero repunte al alza en los últimos 2 periodos, en 0,79-0,80

Moldavia → ranking global – sobre 128 – posición 68, Tendencia al alza en el periodo 2015-2016, descenso en el siguiente periodo y constante hasta la fecha. en 0,57

Noruega → ranking global – sobre 128 – posición 2, descenso en el periodo 2015-2017, subida progresiva en los últimos 3 periodos hasta 0,92

Países bajos → ranking global – sobre 128 – posición 7, descenso continuo desde el periodo 2015 a 2019. A la fecha constante en 0,85

Polonia → ranking global – sobre 128 – posición 39, descenso continuo desde el periodo 2015 hasta la fecha. Actualmente en 0,62

Reino Unido → ranking global – sobre 128 – posición 13

--estable y al alza hasta 2019, descenso pronunciado hasta la fecha actual en 0,85

Turquía → ranking global – sobre 128 – posición 123, descenso continuo en periodo 2015-2017, constante en los últimos periodos hasta la fecha en 0,28

