

XV PROPOSICIONES GENERALES PARA UNA TEORÍA DE LOS DIÁLOGOS JUDICIALES (*)

RAFAEL BUSTOS GISBERT

0. INTRODUCCIÓN.—I. PREMISAS PARA UNA TEORÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL: 1. *Una teoría necesaria, aunque de alcance limitado.* 2. *No toda conversación judicial es un diálogo judicial.* 3. *El diálogo es una nueva categoría propia de escenarios de pluralismo constitucional (el diálogo en su contexto).*—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN, CAUSAS, INTERLOCUTORES Y ESTRUCTURA DEL DIÁLOGO: 4. *El campo propio del diálogo judicial es el «territorio disputado» entre ordenamientos confluyentes: los derechos fundamentales y la distribución de competencias (ultra vires y overlappings).* 5. *Los diálogos judiciales resuelven inconsistencias provocadas por los negociadores diplomáticos generadoras de obligaciones contradictorias en los tribunales llamados a aplicar el Derecho.* 6. *El diálogo judicial requiere el mutuo reconocimiento como interlocutor válido. Puede ser expreso o implícito. Puede derivar de un acto formal o no.* 7. *El diálogo es propio de las instancias de defensa de la constitucionalidad de cada orden constitucional, pero a menudo colaboran otras instancias judiciales menores.* 8. *El diálogo judicial asume la estructura de un proceso deliberativo.*—III. LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO: 9. *El resultado positivo de un diálogo asume la forma de una síntesis mutuamente aceptable. La síntesis puede ser particularista o comprensiva.* 10. *El resultado negativo de un diálogo implica la constatación de una contradicción irresoluble en la que cada instancia judicial otorgará preferencia al ordenamiento que le es más propio.* 11. *El diálogo fructífero puede conducir a una codificación. El diálogo no fructífero necesita una codificación.*—IV. LA HOMOGENEIDAD CONSTITUCIONAL BÁSICA COMO BASE Y CONSECUENCIA DEL DIÁLOGO: 12. *El diálogo se ve facilitado por la existencia de normas de conexión material (habitualmente resultado de procesos previos de diálogo) entre ordenamientos que permitan encontrar soluciones mutuamente aceptables.* 13. *El diálogo aprovecha cauces procesales preexistentes para su articulación y conexión en los distintos ordenamientos, pero no excluye la aparición de nuevas fórmulas.*—V. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PROPIAS DEL DIÁLOGO: INTERPRETACIÓN MUTUAMENTE CONFORME Y *SELF RESTRAINT*: 14. *Las síntesis son interpretativas o de self restraint. Los criterios aplicables parten de conceptos*

(*) El presente trabajo se enmarca en dos proyectos de investigación cuyas referencias son DER2008-04499/JURI y DER2009-11776/JURI.

conocidos adaptados a las nuevas realidades.—VI. CONCLUSIÓN: 15. *El diálogo judicial es sólo un procedimiento legitimador, útil e infrecuente para resolver conflictos en situaciones de pluralismo constitucional, pero no el único.*—VII. ANEXO DE CASOS Y BIBLIOGRAFÍA.

0. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ser una reflexión general sobre la noción de diálogo judicial. En estudios anteriores hemos examinado las bases de la teoría general aplicables en los nuevos escenarios de pluralismo constitucional (Bustos, 2005) y, con posterioridad, hemos glosado diversos ejemplos del diálogo judicial desarrollados en nuestro entorno (recopilados en una sola monografía en 2012). En estos trabajos se ponía de manifiesto la conveniencia de esbozar una aproximación general al concepto o a la categoría de diálogo judicial en el ámbito constitucional. La concreta redacción de una aproximación de este tipo resulta compleja (1), pues no es posible explicar con detalle todos los casos que han servido de referencia, ni mucho menos la enorme bibliografía que tales casos (por definición singulares) han generado. Son incontables los comentarios a decisiones como Costa, Simmenthal, Mangold, Nold, Rutilli, Kadi o Melki del Tribunal de Justicia (en adelante, simplificando la terminología, TJUE); o como Von Hannover, Matthews, o Bosphorus del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); en fin, como Solange, Maastricht, Lisboa o Honeywell del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF). Lo mismo ocurre en el ámbito puramente español con respecto Decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como Cesáreo Gómez Vázquez; del TEDH, como López Ostra, o del TC, como las dos declaraciones sobre sendos tratados comunitarios.

Esta doble imposibilidad (de explicar todos los casos o *sagas* de diálogos judiciales y de citar y comentar en extenso la bibliografía sobre el tema) nos ha conducido a asumir una concreta estructura en las páginas que siguen. Una

(1) Tanto que no habría sido posible sin la colaboración de muchos compañeros que amablemente discutieron y comentaron versiones previas del texto. Por ello, mi agradecimiento a José Luis Cascajo, Alejandro Saiz Arnaiz, Ricardo Alonso, Javier García Roca, José Martín y Pérez de Nanclares, Javier Mieres, Giuseppe Martinico, Aida Torres y Mario Hernández Ramos. Especialmente he de agradecer a Maribel González Pascual no sólo sus comentarios, sino también su ayuda con la jurisprudencia alemana magníficamente expuesta en su trabajo publicado en 2011 y sobre la que tuvo la paciencia de aclararme todas las dudas propias de quien manejaba versiones traducidas de las sentencias. Igualmente agradezco la oportunidad de presentar y discutir algunas conclusiones parciales de este trabajo en sendos seminarios organizados por las áreas de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Pompeu i Fabra.

estructura en la cual los casos aparecen citados por el nombre *popularizado* en la bibliografía especializada (sin perjuicio de añadir una tabla de casos debidamente citados y con una mínima sistemática al final del trabajo) y mencionándose sólo a los autores inmediatamente utilizados en la redacción del trabajo (con la correspondiente cita bibliográfica completa al final). Con ello se pretende evitar que se pierda el hilo discursivo ante una excesiva profusión de datos y notas explicativas.

Con el mismo objetivo, este trabajo se articula a través de la exposición ordenada de 15 proposiciones generales sobre los diálogos judiciales. Se han sistematizado agrupándolas en 7 epígrafes, pero mantienen, o deberían mantener, un orden lógico. De este modo podrían clasificarse, y así aparecen numeradas, también en proposiciones preliminares (proposiciones 1-3); proposiciones descriptivas (proposiciones 4 a 11) y proposiciones consecutivas (proposiciones 12 a 15).

I. PREMISAS PARA UNA TEORÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL

1. *Una teoría necesaria, aunque de alcance limitado*

La primera cuestión que debemos plantearnos al inicio de estas páginas es clara: ¿para qué y con qué alcance una teoría general? La pregunta tiene sentido hacérsela en la medida en que la noción de diálogo judicial se asienta en una práctica seguida por los tribunales para resolver conflictos de muy diversa índole y naturaleza. Práctica de creación exclusivamente pretoriana buscando, de manera pragmática, solucionar conflictos no previstos (o al menos no suficientemente previstos) por los ordenamientos jurídicos afectados. No hay, pues, un «plan racional» detrás de los diálogos judiciales que van a constituir el principal objeto de discusión en estas reflexiones.

El planteamiento recuerda a lo que se sostuvo por algún autor respecto a la inutilidad de la teoría general de los derechos fundamentales en un país de *common Law* como los Estados Unidos (Posner). La intencionadamente provocativa tesis sostenía que era imposible sustentar una teoría general en una materia compuesta por la solución de casos concretos, sobre la base de previsiones demasiado generales y con la intervención de una multitud de autores (los órganos jurisdiccionales y todos aquellos intervinientes en los diferentes procesos). Sólo si lo que se perseguía era escribir para profesores sin ninguna relación con la aplicación práctica del Derecho, tal labor tendría alguna justificación. La respuesta a tales críticas en la doctrina americana se asentó en la necesidad

de que el Derecho (aún el más casuístico) ha de ofrecer una cierta *consistencia* en el sentido de que antes de adoptar una decisión, ésta (para ser considerada correcta) ha de ser extensible a casos similares o al menos no venir desautorizada por la solución propuesta en otros casos (Fallon). La idea subyacente, a un jurista continental no se le puede escapar, es la enorme contribución que una teoría general proporciona en aras de la previsibilidad de la solución de cualquier conflicto lo que, obviamente, está profundamente vinculado al principio de seguridad jurídica.

Y es precisamente el principio de seguridad jurídica el que está más amenazado en este tipo de nuevas formas de solución de conflictos según sus críticos. Así se sostiene, quizás exageradamente, que las apelaciones al diálogo judicial esconden una ausencia absoluta de determinación de las soluciones esperables y una renuncia a la función de otorgar certeza que es irrenunciable a todo concepto de Derecho. Para sus críticos, pues, apelar al diálogo judicial para resolver conflictos jurídicos no es más que renunciar a determinar cuál es la solución, dejando abierta casi cualquier posibilidad.

Parece, por tanto, conveniente una teoría general que ofrezca mínimamente las pautas definidoras de lo que sea un diálogo judicial. Dado que no podemos ofrecer una previsibilidad de cuál será la solución a alcanzar (ésta es la clave del diálogo, la solución será el resultado no conocido a priori del intercambio de argumentos) en el sentido de que no podremos ofrecer las líneas generales de una solución *material o de fondo* (cuál será la concreta respuesta a una demanda), deberemos esforzarnos en ofrecer una respuesta *procedimental*; esto es, cómo será el proceso mediante el cual se resolverá el conflicto planteado. Qué características tendrá; qué requerirá para ofrecer soluciones legítimas, qué instrumentos normativos utilizará, cómo se aplicará en la práctica y un largo etcétera.

Ahora bien, no es posible apuntar en este trabajo una teoría que explique el diálogo entre tribunales de una manera global. Esta tarea excedería con creces no ya el espacio de un artículo en una revista científica, sino también las capacidades de quien esto suscribe. Por ello, en estas líneas no se pretende más que proponer sólo algunas proposiciones generales aplicables a los diálogos judiciales. Proposiciones que puedan servir de fundamento para construir esa *previsibilidad* en la forma de operar de los diálogos judiciales pero que, con toda seguridad, serán un punto de partida y no de llegada. Por otra parte, tampoco se pretenden explicar en estas reflexiones todas las formas de diálogo judicial. Sólo algunas. Las, a nuestro entender, más importantes. Las formas de diálogo judicial que versan sobre cuestiones constitucionales en el sentido material del término. Sobre cuestiones esenciales del ordenamiento (o, mejor, de los ordenamientos) y muy singularmente sobre los derechos fundamentales que, además,

son el espacio o territorio, como se verá, en el que los diálogos se han multiplicado en los últimos años. Éste es, pues, nuestro objeto de estudio. Los diálogos judiciales de naturaleza constitucional, presumiendo que existen otros tipos de diálogos caracterizables a partir de su concepción como *infraconstitucionales* (de nuevo en sentido material) que responden a lógicas muy diferentes que explican, por ejemplo, una distinta posición relativa del mismo órgano, el TJUE, cuando dialoga con los jueces ordinarios mediante cuestiones prejudiciales «de legalidad» (asumiendo una relación casi vertical vinculada a una cierta jerarquía) que cuando dialoga con estos mismos jueces o con las más altas instancias (jurisdiccionales o constitucionales) sobre cuestiones básicas de convivencia entre el ordenamiento europeo y el nacional, en las que asume, voluntariamente, un papel mucho más horizontal o de igualdad de posiciones (Sarmiento).

Queda, pues, apuntada la primera proposición. Una teoría para los diálogos es necesaria, pero no puede aspirar, al menos no aún, a ser completa. Así que comencemos por los más importantes: los diálogos *constitucionales*.

2. *No toda conversación judicial es un diálogo judicial*

La idea de diálogo judicial no es tan nueva como pudiera parecer, pues siempre ha inspirado la aplicación judicial del Derecho. Es bien cierto (Xiol, 2011) que ha adquirido particular importancia en el mundo jurídico («idea-fuerza» esencial de la comprensión del Derecho de nuestros días) como consecuencia de cambios en la forma de entender la argumentación jurídica. Puede así el magistrado del Tribunal Supremo diferenciar como espacios en los que el diálogo se desarrolla el de la sentencia judicial, el de la jurisprudencia nacional, el del sistema jurídico global, el del paradigma constitucional y el de la constitucionalización del Derecho internacional.

Sea como fuere, parece claro que el diálogo como búsqueda de una solución a los conflictos está en la base de la articulación piramidal del poder judicial. El sistema de recursos no es más que una forma de diálogo vertical donde los tribunales inferiores proponen soluciones fundadas en razones que pueden o no ser asumidas por los tribunales superiores cambiando sus posiciones. Esto resulta especialmente claro en aquellos países procedentes del *Civil Law* donde la vinculación al precedente es mucho más débil que en los inspirados por el rígido *stare decisis* propio del *Common Law*. De este modo, continúa Xiol, la casación puede verse no como una labor autoritaria de imposición de una determinada interpretación, sino más bien como una «labor jurídica de mediación entre tesis opuestas, una función de búsqueda de la unidad mediante una síntesis

de la diversidad jurídica». Igualmente el diálogo entre tribunales es habitual cuando lo que se hace es utilizar argumentos de Derecho comparado. Incluso en la propia justicia constitucional la «conversación» ahora no ya entre tribunales sino entre tribunal(es) y legislador es un elemento básico para su construcción (Ferrerres, 2011).

Resulta indudable que el éxito del significante «diálogo judicial» se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales generando, en afortunada expresión de Cassese, una suerte de Babel judicial. En lo que al presente trabajo importa, una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de lo que tempranamente fue bautizado por Slaughter como una *comunicación transjudicial*.

Con estos términos se pretendía describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros. Cada vez ha resultado más y más frecuente que para resolver una cuestión, los tribunales (en especial los más *altos* tribunales) acudieran a decisiones judiciales de otros países o a jurisdicciones supranacionales en la búsqueda de argumentos que avalaran las soluciones adoptadas en su propio Estado. Esta comunicación ha sido aún más acusada cuando se ha enmarcado en procesos de integración política y económica o en procesos de homogeneización supraestatal en materia de derechos fundamentales.

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

Este proceso de *comunicación transjudicial* ha generado sin ninguna duda una (Jacobs) *fertilización mutua* (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. Es decir, se ha creado una

progresiva influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora desde casi todos los puntos de vista, pese a que haya quien, desde un aislacionismo radical, pretenda excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (juez Scalia, voto particular a *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 [2003]).

Sin embargo, lo cierto es que la *comunicación transjudicial* engloba fenómenos y formas de muy variada naturaleza. Es evidente que allí donde se produce una referencia cruzada expresa, existe comunicación transjudicial. Es también claro que es a menudo posible reconocer construcciones jurisprudenciales extranjeras en decisiones propias aún sin citar la fuente de procedencia. En ocasiones resulta evidente el esfuerzo argumentativo adicional de los tribunales que se apartan de decisiones *externas* (estén éstas expresa o implícitamente citadas) para justificar su particular toma de posición. Finalmente encontraremos, a menudo también, una suerte de *migraciones de ideas constitucionales* (Choudhry, 2007) no sólo entre diversos Estados, sino también entre entidades supra y subestatales.

Pero no sólo las *formas* son diversas entre sí. La *intensidad* de la comunicación transjudicial es también muy diferente y variable. Podríamos hablar de una comunicación «ad exemplum» en la que la jurisprudencia extranjera es citada como referencia lejana tanto en sentido positivo (apoyar la propia decisión) como negativo (mostrar las deficiencias de tal construcción). Podríamos hablar de una comunicación «a fortiori», en el que la referencia extranjera permite reforzar los argumentos propios de nuestro ordenamiento jurídico que nos han llevado a la misma conclusión. Podríamos hablar de una comunicación «ad ostentationem» que pretende reforzar la propia construcción jurisprudencial mediante la cita erudita y abundante. Podríamos hablar de una comunicación «ad auctoritatis» en la que la cita a una fuente jurisdiccional de autoridad permite asumir decisiones difíciles de argumentar sólo con el propio ordenamiento jurídico. En fin, podríamos hablar de una comunicación «ex lege» porque el propio ordenamiento jurídico nos obliga a tener en cuenta la jurisprudencia ajena.

También la *estructura* de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los sujetos dialogantes pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional (Rosas, 2007) de diálogos *verticales* (por ejemplo, TJUE y Tribunal de Primera Instancia); *semiverticales* (TJUE-TEDH, TJUE-«Órgano de Apelación» de la OMC, TJUE-CIJ); *horizontales* (TJUE y tribunal de la EFTA); *competitivos o superpuestos* (Tribunal Internacional de Justicia y Tribunal Internacional del Mar), o de *relaciones especiales* (TJUE y Tribunales Constitucionales estatales); clasificación que

probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las relaciones con los tribunales nacionales y de éstos entre sí. Del mismo modo esta comunicación será diferente según el grado de «implicación recíproca» (Slaughter), pudiéndose diferenciar entre diálogos *directos*, *monólogos* y *diálogos intermediados*.

Por último, la *perspectiva* adoptada también altera la percepción que de la idea de diálogo se tenga, puede así hablarse del mismo como un punto de vista desde el que analizar la realidad jurídica de nuestros días o incluir no sólo el diálogo entre tribunales, sino también el diálogo con otros actores, fundamentalmente políticos pero también técnicos (Fontanelli/Martinico/Carroza).

Es claro, pues, que tiene razón Ferreres (2005) cuando sostiene que la idea de diálogo ha de ser «precisada, para que no se convierta en un idea vacía, compatible con las más variadas prácticas judiciales». Para ello, en primer lugar, resulta esencial diferenciar entre comunicación entendida en los términos antedichos y el vocablo, también frecuentemente utilizado, *diálogo* como una subespecie de la comunicación entre ordenamientos jurídicos a través, fundamentalmente de sus órganos jurisdiccionales. Esta distinción tiene sentido en la medida en que debemos diferenciar entre el uso *accesorio* y el uso *obligatorio* de la comunicación transjudicial. La reciente crítica de De Vergottini (2011) a la confusión conceptual entre la idea de diálogo típica y propia de nuestros días y la mucho más clásica (pero cambiante como consecuencia de la revolución de la sociedad de la información) de «Derecho Comparado» es, en este sentido, asumible. Buena parte de la comunicación entre instancias jurisdiccionales no es más que la generalización del uso del método del Derecho comparado en la aplicación judicial del Derecho. Generalización posible como consecuencia de las facilidades de acceso a la jurisprudencia de otros países resultante de la facilidad en el uso de la informática y la puesta a disposición del público universal de la jurisprudencia de cada país. Y el uso del Derecho comparado produce una *fertilización mutua* importante, pero de distinta naturaleza que la derivada de una comunicación que resulta obligada como consecuencia de la conexión entre ordenamientos jurídicos parciales que han de convivir. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el Derecho comparado será el método jurídico utilizado más habitualmente en los diálogos judiciales (Torres), pero no todo uso de Derecho comparado por los tribunales supone, necesariamente, el establecimiento de diálogos en sentido estricto.

Abandonemos, pues, en estas páginas la noción de comunicación transjudicial y centrémonos en lo que propiamente ha de llamarse como un diálogo. O, si se quiere en otros términos, centrémonos en determinar cuándo la comunicación entre altos tribunales es la propia del uso del Derecho comparado y cuando

es de una intensidad superior capaz de obligar, jurídicamente, a los tribunales a acercar la propia jurisprudencia a la dictada por un órgano judicial *externo* al propio ordenamiento jurídico.

3. *El diálogo es una nueva categoría propia de escenarios de pluralismo constitucional (el diálogo en su contexto)*

Como punto de partida puede afirmarse que el diálogo judicial al que nos referimos en estas páginas *es la comunicación entre tribunales derivada de una obligación* (en el sentido en que se desarrolla a continuación) *de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho*. Esto es, el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*.

Por pluralismo constitucional asumimos la ya clásica definición de MacCormick (1999): aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro.

Dicho pluralismo constitucional puede adoptar, siguiendo a Walker (2008), las siguientes formas. (i) Pluralismo constitucional por «incorporación Institucional» en aquellos casos en que un sistema constitucional es incorporado al propio. (ii) Pluralismo constitucional por «reconocimiento sistémico». No se trata de la aceptación de un ordenamiento por otro, sino que se adoptan como propios elementos de otro sistema jurídico para definirse a sí mismo. (iii) Pluralismo constitucional por «coordinación normativa»: se trata de una categoría vaga en la medida en que resulta extraordinariamente moderna e institucionalmente muy débil e incluye el efecto casi natural de confluencia entre ordenamientos jurídicos como consecuencia de la creación de sedes de encuentro y debate generadoras de directrices ampliamente compartidas por los diversos ordenamientos jurídicos. (iv) Pluralismo constitucional por «*consideración empática*», referido a situaciones en las que sin existencia de ninguno de los vínculos característicos de las situaciones de pluralismo constitucional anteriores existe, sin embargo, una *migración de ideas constitucionales* entre ordenamientos jurídicos separados. No se trata de lo que tradicionalmente se considera Derecho

comparado porque esta migración se asienta en la convicción de que existe una «base común de comprensión o afinidad» en la situación de que se trate de modo que puedan tomarse planteamientos o soluciones ajenas como ideas con una gran autoridad persuasiva.

Lo característico de las situaciones de pluralismo descritas es que ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas (para un resumen del problema, las cuatro posiciones sustentadas en Avbelj-Komarek, 2008). Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos. En tales casos, apunta Poiares Maduro (2007), existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.

En estos casos, por tanto, el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (Rosenfeld). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones *mutuamente compatibles*. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de interpretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas «fuertes» de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr., Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v. gr., Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas «débiles» de pluralismo constitucional. Pero aun en las formas «fuertes» la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.

Excluimos, pues, de nuestro análisis un fenómeno similar aunque con diferente *gramática*: el diálogo producido entre instancias jurisdiccionales internacionales. Este diálogo pretende evitar la progresiva fragmentación del Derecho internacional, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la proliferación

de instancias judiciales de naturaleza internacional. Este diálogo se asienta en principios muy diferentes vinculados más al Derecho internacional público tradicional que a los fenómenos de pluralismo constitucional actuando de manera muy distinta respecto al diálogo objeto de estas páginas. En otras palabras, y siguiendo a Romano, se asentará en diversas hipótesis (armonía jurisprudencial; trabajo en equipo judicial, diálogo informal y formas de jerarquía judicial) y con distintos corolarios (predominio de cortes generalistas sobre especiales; predominio de cortes universales sobre las regionales y ausencia de ninguna *auctoritas* por parte de los Tribunales nacionales). En fin, este tipo de diálogos pretende asegurar la unidad del Derecho internacional (Rosas, 2005) y no resolver problemas de pluralismo constitucional.

Por tanto, sólo cuando el diálogo entre instancias judiciales internacionales se produce en un contexto de pluralismo constitucional (así el existente entre TJUE y TEDH, TEDH y CIDH; y en el caso de aplicación de derechos la vinculación entre los dos tribunales europeos y las normas de Naciones Unidas) las afirmaciones vertidas en estas líneas tendrán sentido.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN, CAUSAS, INTERLOCUTORES Y ESTRUCTURA DEL DIÁLOGO

4. *El campo propio del diálogo judicial es el «territorio disputado» entre ordenamientos confluyentes: los derechos fundamentales y la distribución de competencias (ultra vires y overlappings)*

El pluralismo constitucional no implica la creación de una situación anárquica en la aplicación del Derecho. El esquema de funcionamiento habitual en un escenario de pluralismo constitucional es la existencia de una distribución competencial clara en la que cada ordenamiento asume el ejercicio y la resolución de controversias en su propio ámbito de actuación. En este ámbito habrá siempre sólo un tipo de instancias competentes con su propio sistema jerárquico que resuelve cualquier duda de interpretación o de aplicación del derecho con independencia de que sea un sistema nacional clásico (con su pirámide judicial claramente establecida), un sistema internacional clásico (con sistema de paneles, de arbitraje o de tribunales permanentes) o sistemas nuevos (la peculiar estructura judicial de la UE con sus órganos centralizados y el poder judicial de los Estados miembros).

Por tanto, no hay conflicto permanente entre ordenamientos. Cada uno tiene su propio ámbito competencial con los órganos encargados de resolver en últi-

ma instancia. Pueden detectarse algunas excepciones en los que la competencia última de resolución de controversias puede ser concurrente entre instancias todas ellas legitimadas en el mismo ámbito competencial con carácter general. Así, Rosas cita como ejemplo paradigmático las competencias idénticas o indistintas en el caso del tribunal de Hamburgo de Derecho del mar y Tribunal Internacional de Justicia en caso de simultánea aceptación de su jurisdicción. Pero, ésta es una situación absolutamente excepcional. Lo habitual, reiteramos, es que el principio de competencia sirva como criterio básico para la delimitación de la extensión de los sucesivos ordenamientos y con ello de sus respectivos *guardianes* jurisdiccionales.

Esta distribución a partir del principio de competencia presenta inevitablemente, como bien sabe cualquier iuspublicista medianamente familiarizado con los sistemas de descentralización política en el nivel estatal, dos puntos particularmente complicados de resolver (como problemas irresolubles los califica Stone Sweet) que afectan a la determinación de los márgenes de actuación de cada ente; esto es, puntos en los que se producen *intersecciones* (Rosenfeld), por lo que no es de extrañar que fueran detectados preferentemente por la doctrina (Kumm, Mayer) y práctica jurisdiccional alemanas (SSTCF Solange 1, Maastricht o Lisboa).

El primero, detectado con toda claridad a partir de la decisión Maastricht (MacCormick —1995—, Weiler/Halter —1996—), tiene que ver con la determinación en última instancia de la amplitud de las respectivas competencias en las que se mueve cada ordenamiento. O dicho en otros términos la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad de las competencias cuando éstas sean el propio objeto de controversia. Los sistemas federales sitúan esta *Judicial Kompetenz-Kompetenz* en el órgano jurisdiccional supremo del Estado federal o en un Tribunal Constitucional que, por definición, es un órgano federal. Esto es, asignan la última palabra a un órgano de la entidad territorial que engloba a todas aquellas que se integran en su seno (lo que puede incluir, como es bien sabido en España, no sólo a las entidades regionales, sino también a las locales). Esta solución no es posible en un escenario de pluralismo constitucional.

En efecto, en este tipo de escenarios el alcance de la propia competencia la determina el órgano encargado de resolver en última instancia todos los conflictos planteados en el seno del propio ordenamiento. De este modo es perfectamente lógica la aparición de dos *narrativas* (Poiars, 2003) contradictorias. Se puede, así, producir que, por ejemplo, el TJUE considere que la determinación de las competencias asumidas por la Unión sea objeto de su competencia última en cuanto guardián último de los tratados fundacionales. Pero también es igual-

mente lógico que, por ejemplo, el TCF considere, como viene haciendo desde su famosa decisión sobre el Tratado de Maastricht hasta la más reciente sobre el Tratado de Lisboa, que la determinación de las competencias transferidas a la Unión le puede corresponder a él en cuanto guardián último del ordenamiento jurídico alemán, lo que, lógicamente, incluye la delimitación última de las sucesivas leyes de ratificación de los tratados fundacionales de la Unión Europea (argumento que *mutatis mutandis* podría extenderse probablemente a los 26 Estados restantes miembros de la Unión). La solución a una eventual contradicción entre ambas jurisdicciones (la europea y la nacional) no puede resolverse con el predominio de ninguna de las dos so pena de concluir que realmente no estamos ante una situación de pluralismo constitucional entre ordenamientos a un mismo nivel, sino en una situación clásica de monismo (sea de predominio del orden supraestatal, sea de predominio del orden estatal). Estamos, pues, en presencia de un primer campo de conflicto (2). El, en la afortunada expresión de Walker (2003), *territorio disputado* entre dos ordenamientos autónomos que recaban para sí el ejercicio de la competencia controvertida y, con ello, del poder de decidir en última instancia a quién corresponde su ejercicio. Por tanto, es en el enjuiciamiento de la eventual actuación *ultra vires* de los diferentes poderes generadores de los distintos ordenamientos donde encontramos un primer problema no resoluble desde la aplicación del principio de competencia. Y con ello es en este campo en el que nos podemos encontrar soluciones contradictorias

(2) Nótese que parecida situación se produce si lo que se discute es la intensidad de la supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la configuración interna de la protección otorgada a un derecho en un caso concreto. El problema es, de nuevo, competencial. ¿A quién corresponde determinar si el TEDH se ha excedido en el ejercicio de sus poderes (valga competencias) de supervisión? Desde la lógica del Derecho interno un exceso de supervisión supone una invasión no justificada de su ámbito libre de decisión determinado en el momento de la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, susceptible, por tanto, de control por las instancias nacionales. Desde la lógica del CEDH es el propio TEDH el único que puede establecer el alcance de sus poderes pues aquél le asigna las competencias relativas a la interpretación y aplicación del Convenio. Esto resulta especialmente claro en los casos límite en los que se esté enjuiciando un acto concreto, pero realmente se esté planteando un acto de aplicación de una disposición de alcance general y, por tanto, produciéndose una suerte de *control de convencionalidad* de la ley o incluso un control de convencionalidad de una reforma constitucional interna (*Rekvenyi contra Hungría*, de 20 de mayo de 1999), de un principio constitucional básico susceptible de interpretación (la irresponsabilidad absoluta del jefe del Estado en *Wille contra Lienchestein*, de 28 de octubre de 1999) o una norma constitucional claramente establecida de carácter esencial o característico de un determinado sistema constitucional (por ejemplo, la exclusión de determinadas etnias en las candidaturas presidenciales como consecuencia de una situación política absolutamente excepcional y procedente de acuerdos internacionales de paz en la muy interesante *Sejdic and Finci contra Bosnia-Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009).

y no compatibles entre las diferentes máximas instancias de defensa del propio ordenamiento. Éste es, pues, el primer ámbito de actuación del diálogo judicial en el sentido utilizado en estas páginas. Un ámbito donde desarrolla su plena potencialidad y en el que asume un papel distinto a nada conocido anteriormente y que lo diferencia de otras formas de comunicación judicial.

El segundo ámbito en el que el principio de competencia presenta especiales dificultades para delimitar la propia esfera de actuación es también conocido en los sistemas descentralizados en general y en España en particular. En efecto, esa *rara avis* en el panorama comparado constituida por la competencia contenida en el artículo 149.1.1.^a ha generado una más que abundante jurisprudencia y literatura especializada (véase con carácter general González Pascual, 2007). El problema que aquí se aborda es la existencia de competencias que por no ser reconducibles a los conceptos propios de la distribución material de poderes (sea interna, sea respecto a instancias supraestatales) son conocidas como competencias *horizontales* o *transversales* y que en el campo de la integración de ordenamientos internacionales se centran en la *protección y garantía de los derechos fundamentales*. Efectivamente, en esta *materia* todos los ordenamientos pueden incidir. Sea el ordenamiento nacional, sea el ordenamiento de la Unión Europea, sea el Derecho regional de los derechos humanos, sea el Derecho internacional-universal de los derechos humanos, sea el Derecho internacional no específicamente dirigido a los derechos fundamentales (piénsese en las libertades de contenido económico y la actuación de la OMC —con bastante que decir, por ejemplo, en la conocida «*saga de las bananas*» o en el caso *Biret*— o en la afectación de derechos por resoluciones de la ONU en la lucha contra el terrorismo —la *saga Kadi* en la UE y el asunto *Behrami* ante el TEDH— o incluso de los derechos vinculados a las relaciones laborales de los trabajadores de organizaciones internacionales —asuntos *Beric*; *Boivin* o *Gasparini*—). Se trata de situaciones en las que lo producido son *superposiciones (overlappings)* entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto.

De nuevo lo característico frente a las fórmulas tradicionales de descentralización con reconocimiento de diversidad de declaraciones de derechos en el ámbito federal y en el estatal es la ausencia de una entidad jurisdiccional suprema de decisión (la del ámbito de decisión territorial más amplio) capaz de resolver la cuestión, parafraseando al CJ Jackson, no por ser infalible sino simplemente por ser la última.

Pongamos algunos ejemplos donde se reproducen esas distintas *narrativas* ya mencionadas. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales en un escenario de pluralismo constitucional es perfectamente aceptable que el TJUE asuma para sí la competencia para enjuiciar su respeto en aplicación del

Derecho comunitario; como también lo será que los Tribunales Constitucionales o supremos de los Estados miembros estén en desacuerdo en que los derechos de sus ciudadanos reconocidos constitucionalmente (y de los cuales son guardianes) puedan verse disminuidos mediante actos estatales de ejecución de normas supraestatales y por ello amenacen con controlar el contenido de tales normas (como hiciera el TCF en su conocida sentencia Solange I). Será igualmente lógico y legítimo que el TEDH considere que si tiene el encargo de supervisar y garantizar el respeto de un mínimo común en materia de derechos fundamentales, no podrá permitir que los Estados miembros escapen a tal supervisión alegando que cumplen obligaciones asumidas internacionalmente (sea en el ámbito de la Unión Europea, sea en el ámbito de actuación de otras organizaciones internacionales) incluso aunque los ordenamientos de los que proceden tales obligaciones hayan sido aprobados por entes que no son miembros de sus tratados fundacionales. En fin, puede ser perfectamente legítimo que un tribunal nacional (por ejemplo, de nuevo, el TCF) considere que la relación entre intimidad y libertad de expresión asentada desde hace decenios en criterios muy claros favorecedores de la segunda considere que la decisión de una instancia internacional (sobre la base de un texto *constitucional* distinto) en la que declara en determinadas circunstancias la inversión de la preferencia a favor de la intimidad (por ejemplo, el TEDH en el conocido asunto *Carolina*) constituye una restricción de los derechos a informar de sus ciudadanos. El problema de nuevo es, en estos supuestos, cómo articular la autonomía interpretativa correspondiente a cada ente jurisdiccional pero que no operan en términos de exclusividad (Walker, 2002).

Estamos, pues, ante un segundo *territorio disputado*: el de la protección y garantía de los derechos fundamentales. Un campo en que diversos entes, con distintos textos de referencia y distintas formas de relacionarse entre sí, carecen, por definición, de una autoridad última de determinación del contenido de los mismos. La posibilidad de que lleguen a definiciones no coincidentes generadoras de obligaciones incompatibles entre sí es bastante más que probable si tales instancias pretenden asumir tal competencia interpretativa. Es, por tanto, este segundo campo donde también la idea de diálogo judicial como nuevo concepto cobra su pleno sentido.

5. *Los diálogos judiciales resuelven inconsistencias provocadas por los negociadores diplomáticos generadoras de obligaciones contradictorias en los tribunales llamados a aplicar el Derecho* (3)

Los escenarios de pluralismo constitucional no son anárquicos, pero son susceptibles de generar conflictos entre sí en aquellos supuestos en los que la delimitación competencial propia de cada orden no es clara. Esto es, en aquellas situaciones en las que lo que se encuentra en cuestión es la propia titularidad de la competencia (o de su ejercicio) y en los que nos encontramos con materias competencialmente horizontales por lo que se produce una *superposición (overlapping)* entre ordenamientos jurídicos igualmente competentes. Y estas situaciones son consecuencia de los errores cometidos en la creación y desarrollo de los ordenamientos en conflicto y, por tanto, de los propios actores políticos negociadores de sus textos fundantes. En estos casos el diálogo pretenderá, siguiendo literalmente a Rosas (2007), conferir al Derecho aplicable «estabilidad, consistencia y predictibilidad» en escenarios de pluralismo constitucional.

Así, respecto al primero de los «territorios disputados», la delimitación de la esfera propia de actuación competencial de cada ordenamiento, en el caso de la UE la ausencia de ningún mecanismo de solución de controversias puede achacarse a la imprevisión del poder constituyente de la propia Unión. Imprevisión o, quizás, *meditada omisión* particularmente importante a partir del sistema jurídico creado con los tratados que conduce, con un pequeño impulso pretoriano, al reconocimiento del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico *autónomo* y, por tanto, sometido en *exclusiva al control de validez realizado por el Tribunal de Justicia* con exclusión de cualquier otra instancia nacional. En ese contexto la imprevisión de los Estados miembros deviene en la inevitabilidad del potencial conflicto entre el guardián de los tratados y los guardianes de los ordenamientos internos que incluyen (inexorablemente) los actos (legislativos o no) de transferencias del ejercicio de competencias.

Del mismo modo, no a otros, sino a los propios Estados miembros en cuanto poder constituyente de la UE es achacable el problema de la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario. La discontinui-

(3) La proposición aquí formulada procede, casi literalmente, de una intervención oral del profesor TONIATTI en el debate celebrado durante las II Jornadas de Derecho de la Integración: Unión Europea-América Latina (25 a 26 de noviembre de 2009) en la Universidad Pompeu i Fabra. La reproducimos aquí puesto que es una definición perfecta y breve de la causa última de la aparición de un ámbito en el que los diálogos judiciales tienen sentido como categoría o concepto jurídico.

dad binaria (Scheeck) representada por la UE respecto al sistema de garantías de los derechos es una consecuencia de los propios negociadores políticos de los tratados. La ausencia de un control interno y de un control externo sobre el respeto del Derecho de la UE a los derechos fundamentales es un problema de primer orden que los constituyentes europeos, conscientemente, no afrontaron. Un problema que sólo cuando estuvo a punto de provocar una crisis institucional (la *incipiente rebelión contra la primacía* la denomina Stone Sweet) pudo ser resuelta. Pero lo fue a través de un diálogo judicial. La positivación de soluciones en esta cuestión es posterior a ese diálogo y realmente constituyó una codificación de la solución jurisprudencialmente dialogada y acordada. Incluso hoy la adopción del criterio de la *conexión comunitaria* como elemento sustancial para determinar la aplicabilidad preferente de la CDFUE frente a los *bill of rights* nacionales, es una codificación de la jurisprudencia. Del mismo modo las cláusulas horizontales de la Carta (fundamentalmente los arts. 52 y 53) no son más que una remisión al diálogo y una (probablemente inevitable) renuncia a la posibilidad de resolver los eventuales conflictos desde la adopción de una decisión de fondo normativizada en los tratados y en las constituciones nacionales.

Estas inconsistencias pueden extenderse al resto de ordenamientos constitutivos del pluralismo constitucional. Así, la fórmula alambicada de articulación (a pesar de las reformas) del problema de la ausencia de eficacia ejecutiva de las sentencias del TEDH no es más que una renuncia voluntaria a regular una materia en la que no hay consenso. O algunos *olvidos* tan obvios como los problemas derivados del juicio indirecto de la convencionalidad de las leyes (los casos en los que la incompatibilidad con el CEDH deriva de la ley y no del concreto acto objeto del proceso); o la caracterización de una protección de mínimos de los derechos sin tener en cuenta que esa caracterización puede generar efectos en los *máximos* reconocidos constitucionalmente en los derechos fundamentales proclamados en los Estados (por ejemplo, cuando se discute un conflicto entre libertad de expresión y vida privada de personas públicas). Del mismo modo es una inconsistencia de los negociadores permitir que los Estados puedan evitar un control del respeto a los derechos fundamentales transfiriendo el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales que no son parte del sistema europeo de protección de derechos.

Las *inconsistencias* a las que nos referimos en estas páginas son a menudo deseadas (y asumidas como riesgo) por los propios negociadores políticos estatales que no pueden renunciar al papel de sus instituciones internas en la salvaguarda de los derechos y del respectivo ámbito de competencia, pero tampoco pueden diseñar órganos internacionales de naturaleza jurisdiccional a los que

les falten los instrumentos jurídicos mínimos y necesarios para desarrollar las funciones que tienen encomendadas.

La cuestión no es, sin embargo, que los *diseñadores* de los ordenamientos provoquen inconsistencias. Las inconsistencias sobre cuestiones constitucionales básicas están también presentes en la construcción de las constituciones nacionales, bien porque respondan a los conocidos compromisos apócrifos schmittianos, bien porque todo sistema constitucional se asienta en *sobrentendidos* básicos que generan lagunas (*gaps* o *abeyances*) en los términos de Foley. La cuestión es que si bien los actores políticos pueden dejar determinadas cuestiones, incluso básicas, irresueltas o resueltas con acuerdos incompletos; los Tribunales llamados a aplicar las normas jurídicas han de dar siempre una respuesta suficientemente fundada en Derecho (Poiars, 2007) colocándolos en una situación inédita hasta ahora. Y la búsqueda de estas soluciones en las situaciones ya descritas (*ultra vires* y *overlappings*) les conduce a encontrarse sometidos a obligaciones contradictorias como consecuencia de la actuación de ordenamientos jurídicos diversos sin reglas de preferencia de aplicación entre ellos suficientemente claras. En tales circunstancias la búsqueda de soluciones consensuadas entre todos los tribunales implicados es una exigencia *constitucional* (una exigencia de todas las *constituciones* en juego) en la medida en que son las normas constitucionales las que permiten la creación de situaciones de pluralismo constitucional. El diálogo entre ellos es, en tales circunstancias, el único camino viable para encontrarlas.

6. *El diálogo judicial requiere el mutuo reconocimiento como interlocutor válido. Puede ser expreso o implícito. Puede derivar de un acto formal o no*

No basta con que exista la confluencia entre ordenamientos ya descrita para que se produzcan los diálogos judiciales. Para que el diálogo pueda desarrollarse han de existir interlocutores válidos o al menos aceptables para todos los intervinientes en el mismo. La existencia de interlocutor es condición indispensable. Sin él cada tribunal realizará un soliloquio. Ello no obsta a reconocer que uno de los efectos de la globalización sobre el modo de aplicarse el Derecho por los altos tribunales sea su conversión en una suerte de *fuerza* interpretativa o si se quiere en un *actor jurídico universal* que tiene por interlocutor un destinatario de ámbito mundial. Es bien cierto que en los últimos años puede observarse cómo las interpretaciones de los más altos tribunales de los Estados y/o organizaciones más dispares son objeto de referencia no ya en los trabajos científicos, sino en las propias resoluciones judiciales para justificar las propias

interpretaciones. Pero estas situaciones no son diálogos judiciales. En estas situaciones cada tribunal desarrolla su monólogo (que puede ser incorporado o aceptado por un tercero) sin tener en cuenta la posición de otros tribunales. En el diálogo las razones esgrimidas por el resto de tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. Por tanto, el diálogo requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. Esto es, ambos tribunales han de aceptar que el otro *tiene algo que decir* en la cuestión objeto de controversia. No se trata de que se acepte la *competencia* del otro tribunal (pues ello lo que llevaría aparejado necesariamente es la titularidad del derecho a decidir por sí mismo). Se trata de que acepte que hay argumentos suficientes para considerar que las razones esgrimidas por el otro tribunal son dignas de ser tenidas en consideración. En los términos sostenidos por Poiares (2007) debe existir una *institutional awareness*; una conciencia de la existencia de otras instituciones jurisdiccionales implicadas de modo que cada tribunal no tiene el monopolio de las normas y que a menudo compite con otras instituciones en su interpretación.

Esto no depende sólo de que haya un reconocimiento en un instrumento jurídico formal de ambos órganos judiciales (por ejemplo, un tratado estableciendo un mecanismo de resolución de controversias o el ejercicio de un cauce expreso de relación entre ambos como es la cuestión prejudicial), pues no se trata tanto de que el otro actor exista legítimamente (cosa que se presupone), cuanto de que el actor tenga competencialmente algo que decir sobre una cuestión que el otro tribunal reclama para sí. De este modo, la clave está en que de alguna manera ambos tribunales acepten que los dos tienen un papel que desempeñar en la cuestión, o al menos que acepten que tienen bien la *auctoritas* para hacerlo, bien motivos razonables para realizar la *vindicatio potestatis* sobre la cuestión objeto de diálogo.

Ahora bien, del grado de reconocimiento del otro tribunal (y con él del ordenamiento que protege) va a depender en gran medida la intensidad del diálogo establecido. Esto es, cuanto mayor sea el reconocimiento de la legitimidad de la aspiración a decidir la cuestión controvertida de la otra parte, mayor será la necesidad de acercar las posturas en la defensa del propio ordenamiento o, incluso, mayor será la posibilidad de reconocer la potestad ajena para tener la última palabra sobre la cuestión.

De este modo no es de extrañar que muchos diálogos comiencen marcando la débil *auctoritas* del interlocutor. En estos casos se trata de una evidente estrategia argumentativa destinada a afirmar la titularidad de la última palabra sobre la cuestión controvertida. Tal es el caso, por ejemplo, en el conocido diálogo

entre los Tribunales españoles (Supremo y Constitucional) y el Comité de Derechos Humanos con motivo de la interpretación del artículo 14.5 PIDCP. Diálogo en el que la reacción nacional a las declaraciones de incumplimiento realizadas por el órgano internacional se centró en primer lugar en la desautorización de éste al que se califica como órgano no jurisdiccional, que no emite sentencias y que no es el intérprete supremo del PIDCP. En este supuesto, y en muchos otros, no se produce una negativa a establecer el diálogo (qué sí se estableció y en términos bastante claros), pero sí se condiciona su estructura en la medida en que se asume la última palabra sobre la cuestión, si bien las razones del comité son recogidas y contraargumentadas por los tribunales nacionales.

Igualmente, el efecto del reconocimiento (y de su intensidad) de la *auctoritas* al sujeto dialogante (y/o a su ordenamiento jurídico) puede observarse en el conocido asunto Kadi y Al-Barakaat en el que con toda claridad se observa cómo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas acepta la protección dispensada a los derechos por parte de Naciones Unidas, mientras que el Tribunal de Justicia fundamenta su resolución a partir de un examen de la protección de derechos (y de sus carencias) efectivamente dispensada por la resolución en la que se fundamentaba todo el asunto. En el primer caso, como se verá más adelante, se adoptaba una técnica propia del diálogo judicial aunque sin otro tribunal con el que dialogar (la aceptación de protección equivalente, en los términos en los que examinaremos) en cuanto se considera que el otro sujeto (Naciones Unidas) tiene suficiente *auctoritas* como para justificar que el juez, en este caso, comunitario no entre en el fondo del asunto. Sin embargo, la posición del TJ es exactamente la contraria. En cuanto que no se reconoce tanta *auctoritas* como para aceptar las soluciones adoptadas por Naciones Unidas, se procede a un escrutinio pormenorizado de la conformidad de su Resolución con los derechos fundamentales de los recurrentes.

Ello no obsta a que el reconocimiento del papel que puede desarrollar una instancia jurisdiccional, *extraña* al propio ordenamiento, pueda establecerse expresamente en normas jurídicas. Así, puede ocurrir que sea impuesta por el propio ordenamiento jurídico. De este modo, el artículo 10.2 CE supone, a los efectos que aquí interesan, un reconocimiento automático de que los tribunales internacionales en materia de derechos fundamentales *tienen algo que decir* sobre la cuestión cuando es el juez nacional el que aplica las disposiciones de derechos constitucionalmente reconocidos. Esto es, la obligatoriedad del reconocimiento del interlocutor extraño al propio ordenamiento es una prescripción constitucional. Si bien, como es evidente, la intensidad de ese reconocimiento dependerá de otros factores vinculados (por resumirlos en un solo término) a la *auctoritas* reconocida por los tribunales españoles a las resoluciones de esos

tribunales. De este modo es perfectamente explicable que las razones utilizadas por el TEDH al delimitar el contenido de los derechos contenidos en el CEDH sean particularmente tenidas en cuenta por los tribunales nacionales superiores (estableciéndose así ese diálogo fructífero de búsqueda de soluciones mutuamente aceptables), mientras que los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos sean mucho menos relevantes en la determinación del contenido de los mismos. La distinta *auctoritas* reconocida al interlocutor es, de todo punto, evidente.

Pero esta obligación de reconocimiento del papel del otro puede ser impuesta también por el ordenamiento ajeno al propio. Así cuando, respecto a la posición de los tribunales nacionales en el planteamiento de la cuestión prejudicial, el artículo 267 TFUE establece su obligatoriedad cuando se traten de instancias contra las que no cabe recurso en los supuestos de dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario o en el caso de cuestiones de validez del mismo (sentencia *Foto-frost*) está creando la obligación de reconocer en determinados supuestos el papel del otro tribunal (*extraño* al ordenamiento propio) que si bien se refiere a la validez e interpretación de su ordenamiento (el comunitario) tiene un efecto inmediato en la forma de aplicar (o inaplicar) también el ordenamiento nacional. Del mismo modo, en el caso de los derechos fundamentales y desde la perspectiva del Derecho internacional y no de la Constitución nacional, la ratificación de los tratados confiere ese papel a las instancias internacionales de protección, si bien su alcance será variable. Así el CEDH confiere un determinado papel al TEDH que no es, indudablemente, el mismo que el conferido al Comité de Derechos Humanos de NN UU por el protocolo facultativo núm. 2 al PIDCP.

Quizá desde este punto de vista resulta explicable la tradicional resistencia de los Tribunales Constitucionales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Es indudable que todos los Tribunales Constitucionales reconocen el papel de aquél en la configuración del ordenamiento constitucional de la UE, citando su jurisprudencia habitualmente. Es, del mismo modo, claro que los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales (y de última instancia) a los efectos de la regulación de la cuestión prejudicial. La experiencia demuestra, sin embargo, una evidente resistencia al planteamiento de la cuestión prejudicial. Resistencia que podría explicarse por el reconocimiento del papel interpretativo (¿único?) del TJ que supone el procedimiento previsto en la cuestión prejudicial y que colocaría al Tribunal Constitucional nacional en una posición más débil en el marco de diálogos constitucionales. El creciente planteamiento de cuestiones prejudiciales por Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la UE parece indicar que por fin, éstos, como soli-

citara Cartabia, entienden que el uso del cauce procesal (cuestión prejudicial) y el reconocimiento del papel del TJ supone comenzar a tomarse los diálogos judiciales *en serio*.

Sin embargo, en otras ocasiones, el reconocimiento del papel de otro órgano judicial en la propia labor jurisdiccional no se asienta en normas expresas directamente vinculantes para los tribunales afectados, sino que es el resultado de una vinculación *per saltum*. Así, el diálogo entre TEDH y TJUE se articula no sobre la base de una vinculación directa entre ambos ordenamientos (con el consiguiente reconocimiento de la *auctoritas* de sus máximos guardianes), sino a partir de la doble vinculación de los Estados miembros a ambas organizaciones. Estados que no pueden estar sometidos a obligaciones internacionales contradictorias derivadas de resoluciones judiciales dictadas por órganos judiciales o cuasijudiciales de organizaciones supraestatales diversas. Así, necesariamente, el contenido de los derechos fundamentales de la UE no debe ser incompatible con el mínimo común normativo establecido en la materia por el TEDH, so pena de que el Estado miembro se viera en la disyuntiva de tener que obedecer simultáneamente mandatos internacionales contradictorios. Es ésta también la explicación de que el TEDH pueda ejercer un control, si bien limitado a los supuestos que serán objeto de estudio más adelante, sobre el ordenamiento comunitario sin que la UE sea parte del CEDH, pues lo contrario equivaldría a sostener, según la reiterada jurisprudencia de Estrasburgo, que los Estados pueden *circunvalar* la protección de los derechos otorgada por el Convenio mediante la transferencia del ejercicio de poderes a organizaciones internacionales.

Pero quizás lo más sorprendente de los diálogos entre tribunales se encuentre en la *auctoritas* reconocida a determinados tribunales por otros con los que no les une ninguna vinculación directa, y sólo lejanamente indirecta. Se trata de diálogos que se asientan casi en exclusiva en el reconocimiento de una *relevancia cualitativa* de la jurisprudencia dictada por *algunos* tribunales. De este modo puede observarse la tendencia evidente de algunos tribunales supraestatales a ser particularmente cuidadosos en su argumentación cuando se enfrentan a decisiones de altos tribunales de los Estados miembros y particular de los Tribunales Constitucionales. De este modo, y ello explicaría la ya citada afirmación de Sarmiento, el reconocimiento de una posición especial a estos tribunales puede transformar un mismo cauce procesal (la cuestión prejudicial) en un instrumento de diálogo vertical (cuando es utilizado por el juez ordinario) o en un instrumento de diálogo horizontal (cuando es utilizado por el juez constitucional —responda o no éste a un modelo concentrado—). Pero también en el marco de las relaciones de subsidiariedad reguladoras del vínculo entre TEDH

y tribunales nacionales, puede apreciarse con gran frecuencia el particular, y diferente, cuidado de los jueces de Estrasburgo cuando el caso ha sido resuelto por un Tribunal constitucional (o un Tribunal Supremo si no existe Tribunal Constitucional) en sede nacional.

Posiblemente en la base de ese reconocimiento de *auctoritas* a otras instancias tenga extraordinaria importancia (Slaughter) la existencia entre ellas de una identidad judicial y de una metodología común. La autoconciencia de la idéntica función del juez (en particular del juez de los derechos) en marcos de *rule of Law* y la expresión a través de un mismo lenguaje jurídico (judicial) con independencia del concreto idioma constituyen elementos básicos en el reconocimiento de la *auctoritas* (lo que por otra parte podría explicar la *débil auctoritas* del Comité de Derechos Humanos de NN UU).

Pero no se trata sólo de la posición *especial* reconocida a los altos tribunales (sobre la que volveremos), sino también la peculiar posición de algunos de esos tribunales que a lo largo de los años han ganado un gran prestigio y una alta capacidad de irradiación de sus construcciones jurisprudenciales. De este modo, en los diálogos entre tribunales, algunos de éstos desarrollan, más allá de los vínculos normativos expresos existentes entre los distintos ordenamientos, un papel de *liderazgo* argumentativo que les convierte en sujetos cualificados (en cuanto titulares de una *auctoritas* superior) de los mismos. Esto explicaría la peculiar posición, por ejemplo, del TCF (González Pascual, 2011) en sus relaciones con los tribunales supraestatales (TJ y TEDH); la de la House of Lords con el TEDH o la más espectacular (aunque no simétrica) relación entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El panorama descrito es, pues, de *geometría variable*. Para que exista diálogo debe reconocerse al sujeto (y al ordenamiento) con el que se dialoga. Tal reconocimiento puede derivar de normas expresas directas de naturaleza constitucional (de uno u otro ordenamiento o de ambos); de vinculaciones jurídicas indirectas; o incluso de la peculiar posición de autoridad interpretativa adquirida a lo largo del tiempo por concretos tribunales en el ejercicio de sus funciones.

7. *El diálogo es propio de las instancias de defensa de la constitucionalidad de cada orden constitucional, pero a menudo colaboran otras instancias judiciales menores*

Como ha podido observarse a lo largo de estas páginas, el diálogo judicial en cuanto concepto novedoso en el panorama jurídico actual es propio, sobre todo, de las instancias de defensa de la constitucionalidad en los distintos or-

denamientos. El motivo es claro, son estas instancias quienes tienen la última palabra respecto al contenido y alcance de sus propios ordenamientos, por lo que se convierten en los únicos interlocutores válidos.

Ello no obsta a que otros tribunales puedan tener un importante papel en el desarrollo del diálogo judicial apuntado. Este papel puede adoptar distintas fórmulas. En algunos casos, se trata de un rol especialmente activo y directo. Tal sería el caso del que desempeñan los tribunales nacionales con el TJ a través de la cuestión prejudicial. Este cauce de conexión colaborativa, no parangonable con ningún otro de los posibles en escenarios de pluralismo constitucional, permite una conexión directa sin la intermediación de las instancias máximas de control de constitucionalidad. Es más, permite que los tribunales inferiores cuestionen la interpretación de los tribunales superiores, incluidas las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, los propios tribunales nacionales inferiores actúan como válvula de seguridad para garantizar interpretaciones mutuamente compatibles entre Derecho comunitario y Derecho constitucional incluso al margen de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

Desde otro punto de vista, los tribunales inferiores desarrollan un papel menos espectacular, pero igualmente importante, en la recepción interna de las decisiones procedentes de los tribunales *externos* al propio ordenamiento en cuanto son quienes aplican al caso concreto las interpretaciones realizadas por aquéllos antes de que se pronuncien o realicen una recepción expresa las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, las primeras fórmulas de síntesis se realizan, a menudo, en los tribunales inferiores, ascendiendo por la pirámide judicial a través del sistema de recursos que supone la generación de un *diálogo interno* entre tribunales nacionales. Diálogo que confiere de este modo *razones deliberadas en sede judicial* que sirven para el pronunciamiento final de la propia instancia última de defensa de la constitucionalidad. Tal diálogo interno, que constituye una de las fases del llamado diálogo en sentido estricto, en los términos que describiremos más adelante, no debe ser menospreciado.

Por último, los tribunales nacionales inferiores a menudo pueden emitir *signalling decisions*. En efecto, la obligación de dar una respuesta suficientemente fundada en Derecho ante los casos planteados genera que sean a menudo los tribunales ordinarios los que descubran o pongan de manifiesto las *inconsistencias* generadoras de los propios diálogos. De este modo, el diálogo puede nacer de los propios tribunales ordinarios.

Sin embargo, es claro que de algún modo han de intervenir las instancias de control de constitucionalidad, excepto cuando la cuestión debatida sea de pura

legalidad, lo que excede el objeto de estas páginas. En tales casos, obviamente, la intervención de aquéllas no es necesaria.

8. *El diálogo judicial asume la estructura de un proceso deliberativo*

Establecidas las líneas maestras acerca de por qué, en qué casos y quién dialoga judicialmente, debemos detenernos en *cómo* se desarrollan los diálogos judiciales. A este respecto no podemos sino compartir con Torres que el diálogo judicial descrito asume la forma de un proceso deliberativo o, en los términos de Slaughter, una forma de *deliberación colectiva*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. No se trataría, pues, en los términos de Trembly, de una mera *conversación*, sino de una auténtica *deliberación* dado el carácter necesario que reviste.

Si bien en el análisis de este procedimiento cabría el uso de muchos y muy diversos modelos, podemos partir para la descripción de este proceso del adoptado por Ackerman respecto a los procesos no formalizados de cambio constitucional en Estados Unidos. Desde este punto de vista el diálogo se compondría de cinco momentos o fases: estabilidad; desafío; diálogo en sentido estricto (incertidumbre, diálogo interno y diálogo interno-externo); síntesis y codificación.

El momento de partida es una situación de *estabilidad* en la que el *status quo* no genera conflictos en la convivencia entre ordenamientos constitucionales. Esta situación se ve alterada por un momento de *desafío*. Esto es, una alteración como consecuencia de un cambio en algún elemento básico de esa convivencia pacífica entre ordenamientos. Esta *signalling decision* puede ser jurisdiccional o puede ser el resultado de un cambio normativo en alguna de las normas fundadoras (materialmente *constitucionales*) de los ordenamientos en convivencia pacífica hasta entonces. Sea como fuere lo cierto es que constituye lo que Weiler (1997) denomina el inicio de una «guerra fría» que ha de resolverse a través del diálogo.

El desafío provoca automáticamente lo que podríamos llamar el *diálogo en sentido estricto*. Este diálogo se asienta en tres momentos que pueden confundirse en la realidad (realizarse al mismo tiempo) pero que constituyen tres operaciones argumentativamente diferentes. Un primer momento de *incertidumbre* en el que los órganos jurisdiccionales del ordenamiento afectado por la decisión retadora se encuentran en una situación de sometimiento a dos reglas contradictorias (la derivada de su propio ordenamiento y la derivada del ordena-

miento ajeno tras el cambio del *status quo* preexistente); un segundo momento de *diálogo interno* (4) en el que los propios órganos jurisdiccionales desarrollan un proceso de formulación de soluciones posibles a la nueva situación creada (que puede desarrollarse de forma expresa y pública desde los escalones más bajos de la pirámide judicial hasta las últimas instancias de decisión a través del sistema interno de recursos o que puede desarrollarse de manera interna y opaca en el seno del proceso y deliberación de un alto tribunal o, en fin, en el seno de un mismo órgano judicial pero de manera transparente y visible mediante el uso de votos particulares); y un tercer momento de *diálogo interno-externo* en el que las nuevas razones adoptadas por los tribunales sean enjuiciadas por el tribunal retador (sea porque fue él quien lanzó el reto, sea porque es el tribunal competente para el ordenamiento en cuyo seno se produjo la modificación normativa originaria del proceso deliberativo) y en el que, en su caso, se produzcan sucesivas decisiones que acerquen las posturas. En esta fase las situaciones que pueden producirse son, básicamente, tres: puede aceptarse la conformidad del propio ordenamiento con el desafío lanzado en cuyo caso se pasaría al siguiente momento; puede negarse radicalmente la aceptación de la previsión retadora o bien matizarse con los propios argumentos. En este caso la instancia de control de constitucionalidad que lanzó el reto habrá de *retirarse a tiempo* o bien dictar nuevas resoluciones de *consolidación* o de *matización* de aquella que comenzó el proceso y esperar a un cambio de posición de los otros tribunales afectados (lo que Ackerman llama un *switch in time* y una *consolidating decision* respectivamente) que permita alcanzar una solución compatible para ambos ordenamientos y, por ende, para ambos tribunales.

La solución mutuamente aceptable o, al menos, salvadora de la incompatibilidad radical generada en el desafío inicial constituye el momento de *síntesis*. Síntesis que no suele alcanzarse de manera definitiva, pues, habitualmente, se

(4) Los términos *externo/interno* designan la relación con el ordenamiento a aplicar del concreto juez (o jueces); obviamente en cuanto debe aplicar ambos ordenamientos (presupuesto de que el problema se plantee) ambos serían *internos*. Por tanto, con *interno* nos referimos al ordenamiento que le es más propio; en cuyo marco se incardina su actividad habitual (así el juez estatal es juez comunitario, pero en el sentido expresado es juez *interno* cuando aplica el derecho estatal frente al juez *externo* representado por el TJUE o por el TEDH). El diálogo *interno* es, pues, el que se produce en el seno de la organización judicial diseñada por el ordenamiento que le es más propio (puede ser la estatal —diálogo en el seno de los tribunales nacionales— comunitario —diálogo en el seno de los distintos órganos del TJUE o diálogo entre tribunales nacionales y TJUE aplicando sólo Derecho comunitario— o del CEDH —diálogo en el seno de los diferentes órganos del TEDH —salas frente a gran sala— o entre el tribunal nacional aplicando directamente el CEDH y el TEDH).

ve sometida a sucesivas matizaciones en el sentido que apuntaremos en la siguiente proposición.

Finalmente, la síntesis puede llevar a una fase de *codificación*, esto es, a la modificación expresa de los textos constitucionales de referencia. Codificación que no es estrictamente necesaria pero que tampoco resulta trivial, como observaremos más adelante.

III. LOS RESULTADOS DEL DIÁLOGO

9. *El resultado positivo de un dialogo asume la forma de una síntesis mutuamente aceptable. La síntesis puede ser particularista o comprensiva*

El diálogo persigue alcanzar soluciones que permitan al sistema seguir funcionando sin renunciar a los elementos esenciales característicos o definidores del propio. Eso supone la necesidad de alcanzar soluciones mutuamente aceptables. Estas soluciones son, por tanto, soluciones de síntesis. El término *síntesis* es en este punto particularmente importante. Como se ha apuntado más arriba (proposición 3), el diálogo se dirige a la consecución de soluciones *compatibles*, no de soluciones idénticas o de soluciones de plena conformidad. El juicio no es un juicio de plena adecuación entre sí de los ordenamientos constitucionales en conflicto; sino de *compatibilidad* de ambos ordenamientos. Lo que el diálogo persigue (o si se quiere, la razón por la que el diálogo es necesario) es asegurar el funcionamiento simultáneo de dos (o más) ordenamientos jurídicos en espacios en los que ambos podrían ser aplicables. No pretende que sean dos ordenamientos que regulen las cuestiones controvertidas de idéntica forma. La presencia de formas distintas de regulación es consustancial a la situación de pluralismo constitucional. El problema es que esa diversidad no sea tan excesiva como para impedir el funcionamiento conjunto de ambos ordenamientos. Por decirlo en pocas palabras, el juicio de la adecuación de la solución dialogada alcanzada entre dos previsiones de naturaleza constitucional aparentemente contradictorias *no es el de conformidad sino el de compatibilidad*. La palabra síntesis expresa con bastante claridad esta solución, pero ha de tenerse en cuenta que, por definición, se trata de soluciones *temporales*, esto es, que a menudo no ofrecerán una solución definitiva al problema planteado que podrá, bajo otras circunstancias, volver a plantearse en el futuro como consecuencia de cambios en las normas o en las circunstancias.

La síntesis alcanzada puede adoptar dos formas. Puede tratarse de una síntesis particularista o de una síntesis comprensiva. En este punto es de particular

interés la aportación de Saiz Arnaiz cuando distingue (respecto al alcance del art. 10.2 CE) entre la interpretación conforme como «no contradicción» (síntesis particularista) y como identidad de contenidos de los derechos fundamentales presentes en las distintas normas afectadas (síntesis comprensiva). Las síntesis de los diálogos constitucionales examinados en estas páginas parecen adoptar esta misma estructura. Hay síntesis centradas en evitar la «no contradicción» y hay síntesis que dan un paso más tratando de integrar las previsiones normativas de los ordenamientos afectados.

A las primeras pertenece una de las técnicas más habituales de solución de los conflictos constitucionales como es la asignación de la preferencia de aplicación de uno de los ordenamientos en conflicto mediante la renuncia al ejercicio de la propia jurisdicción (que habitualmente se afirma aunque no se ejerza) aplicando los principios de protección equivalente, de inexistencia de defectos estructurales básicos; de deferencia al juez más cercano al caso o de suficiente revisión de la actuación pública. Aquí la síntesis consiste en aceptar sin cuestionar las decisiones adoptadas por el otro ordenamiento. No en incorporar dichas decisiones al propio ordenamiento constitucional.

Cuando dichas decisiones se incorporan como propias al ordenamiento constitucional podremos hablar de síntesis comprensivas. Síntesis que se producirán cuando el diálogo lleve a la inclusión de una jurisprudencia sobre derechos *externa* en la jurisprudencia *interna* o cuando se confiera relevancia constitucional *interna* a normas o procedimientos fijados por el ordenamiento *externo* (por ejemplo, considerar el no planteamiento injustificado de una cuestión prejudicial una violación del art. 24 CE o del art. 6 CEDH o aceptar una fuente del Derecho comunitario como norma *apta* para satisfacer el principio de legalidad penal).

Ambas síntesis son aceptables y, a menudo, no son más que fases de un proceso progresivo de acercamiento de modo que lo que comienza siendo una síntesis particularista acaba deviniendo en síntesis comprensiva.

10. *El resultado negativo de un diálogo implica la constatación de una contradicción irresoluble en la que cada instancia judicial otorgará preferencia al ordenamiento que le es más propio*

El diálogo suele ser fructífero y resolver la mayor parte de los problemas, pero pueden producirse situaciones en las que resulta imposible encontrar una solución de síntesis o simplemente debe decidirse el caso en pleno diálogo, antes de que la solución de síntesis sea adoptada por las partes en conflicto. En

tales casos cada suprema instancia de control otorgará preferencia a su propio ordenamiento constitucional en cuanto es el corpus jurídico de cuya defensa se ocupa. Debemos ser conscientes, de que una cosa es la vinculación a un corpus normativo de cuya defensa tal órgano está encargado, y otra muy distinta la obligación de *tener en cuenta* a otro ordenamiento que *tiene algo que decir* en la cuestión afectada. La solución de síntesis es claramente preferible, la garantía de la compatibilidad entre ambos es una exigencia de las *constituciones* en conflicto, pero si no es posible alcanzarla, será inevitable la declaración de la precedencia del ordenamiento que es el propio del órgano decisor (Poiares en Avbelj & Komárek, 2008). Esto es, la aplicación de la norma iusfundamental desvinculada de todo referente «constitucional» *ajeno*.

Sin embargo, la experiencia europea demuestra que estas situaciones no suelen producirse. O, si se producen, la vía para resolverla es clara y no genera problemas de convivencia entre los ordenamientos constitucionales.

En efecto, en el ámbito europeo (no así en otros continentes, como muestran algunos conflictos en América del Norte y del Sur) parece regir lo que gráfica, temprana y correctamente Weiler (1997) definió como una suerte de *disuasión a través del riesgo de la mutua destrucción*. La imposibilidad de alcanzar soluciones mutuamente compatibles en cuestiones de importancia constitucional pone en riesgo la supervivencia del proceso de interconexión internacional en el que se esté operando y con ello a los propios actores judiciales del diálogo. Por ello, el incentivo para encontrar soluciones compatibles para los dos ordenamientos es enormemente fuerte. Sólo cuando no existe ese *riesgo* se afirma la propia posición sin la búsqueda de una solución sintética.

De este modo no resulta sorprendente apreciar cómo se han producido supuestos en los que las instancias nacionales de control de constitucionalidad declaran la falta de conformidad entre el ordenamiento constitucional nacional y normas procedentes de otros ordenamientos, pero sólo en los casos de control *previo* de constitucionalidad y nunca en los supuestos de control *sucesivo*. Esta asimetría se explica, a nuestro juicio, porque en los supuestos de control previo no opera (u opera con menos intensidad) ese *riesgo*. En este tipo de situaciones (la DTC 1/1992 sería un claro ejemplo) el conflicto no se ha producido todavía y es resoluble mediante la modificación de las normas aplicables. Así, una declaración previa de inconstitucionalidad de un tratado constitutivo de la UE se resuelve con facilidad bien con la reforma de la Constitución (así la reforma del art. 13.2 CE), bien con la incorporación de un protocolo adicional al tratado. Pero aún en estos supuestos la mayor o menor facilidad de la resolución del eventual conflicto provocará una mayor o menor búsqueda de una solución de síntesis. De este modo si lo que está en cuestión es la incorporación de una

nueva ciudadanía no prevista constitucionalmente, tratará de acotarse la reforma constitucional necesaria a aquellos supuestos en los que ésta resulte más sencilla de llevar a cabo (así la reforma del art. 13.2 CE sometida al procedimiento infinitamente más liviano del art. 167 CE y no la reforma del derecho de participación política —art. 23 CE— sometido al complejo procedimiento del art. 168 CE).

Pero cuando la cuestión conflictiva no pueda solucionarse sin alterar alguna base fundamental de alguno de los ordenamientos en conflicto, tampoco el control previo declarará la inconstitucionalidad, pues el *riesgo* será muy alto. En estos casos el propio control previo se convertirá en el cauce procesal adecuado para la adopción de una solución sintética. De este modo podremos explicar, quizás, el esfuerzo argumentativo del TC español (DTC 1/2004) para declarar la constitucionalidad de un principio (la primacía del Derecho comunitario) vigente en España y no sometido en ningún momento a forma alguna de control sucesivo durante casi 30 años. En este supuesto, ni siquiera mediante el control previo podía declararse la inconstitucionalidad de un precepto codificador de un principio esencial a la arquitectura constitucional de la Unión Europea.

11. *El diálogo fructífero puede conducir a una codificación.
El diálogo no fructífero necesita una codificación*

A menudo los resultados del diálogo son codificados. Es más, buena parte de las cláusulas constitucionales reguladoras de las relaciones entre los ordenamientos componentes de una situación de pluralismo constitucional son la codificación de los resultados del diálogo (Burgourgue-Larsen).

Más arriba lo hemos descrito como una fase posible del proceso deliberativo en que aquél consiste. La codificación consiste en la incorporación de las soluciones mutuamente compatibles alcanzadas en sede jurisdiccional a los textos constitucionales de uno o de los dos ordenamientos en conflicto. La codificación del acuerdo añade seguridad y coherencia al escenario de pluralismo constitucional afectado, pero no supone una fase necesaria del proceso, pues no supone un cambio de fondo en los principios aplicables a los conflictos planteados o planteables. Desde este punto de vista, por ejemplo, la incorporación progresiva de los derechos fundamentales a los textos fundacionales de la UE no supondría ningún cambio radical frente a la asunción de los mismos en sede jurisprudencial. Nada hay sustancial de nuevo por el hecho de que se reconozca en el antiguo artículo 6.2 TUE la procedencia de los mismos de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del CEDH respecto a las

reglas ya aplicadas o reconocidas por el TJUE. Del mismo modo el respeto a las estructuras constitucionales comunes de los Estados miembros (por abreviar, los llamados *contralímites*) era ya parte (por vía jurisprudencial) del Derecho constitucional europeo y nacional antes de que se introdujera en el TUE (y se reformulara parcialmente en el tratado de Lisboa) o se reformara el artículo 23 de la Constitución alemana. En fin, nada hay sustancialmente de nuevo en el hecho de que la tabla de derechos sea construida jurisprudencialmente basándose en los textos constitucionales nacionales y en el CEDH o sea adoptada en una tabla de derechos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La codificación, desde esta perspectiva, no tendría más que ventajas, pues sin alterar las soluciones alcanzadas añade una importante seguridad jurídica.

Sin embargo, el acto codificador no es tan sencillo o inocente como pudiera parecer. Es cierto que la *decisión constitucional básica* ya estaba adoptada en las correspondientes decisiones jurisprudenciales de síntesis. Pero la codificación supone a menudo, si no una modificación de los principios sustanciales, sí un cambio en las reglas concretas aplicables. El que exista o no una tabla de derechos escrita en el ámbito de la UE no es relevante desde el punto de vista de la garantía suficiente en abstracto de los derechos fundamentales (pues ya estaban garantizados), pero sí lo es en lo atinente a la determinación de las reglas concretas aplicables a cada *superposición* (Rubio, 2002) que pueda plantearse en los términos determinados en la proposición 4. Igualmente, la codificación puede generar dinámicas institucionales nuevas. Así, la proclamación formal de los derechos en la CDFUE parece haber generado un claro efecto en la mayor disponibilidad del TJUE a utilizar los derechos en su argumentación de modo que progresivamente se convierte en un *Tribunal de derechos* con el peligro de generar formas de *colonialismo judicial* (Cartabia, 2009). Desde este punto de vista la resistencia de algunos Estados a la CDFUE es explicable no en tanto oposición a la garantía de los derechos en el ámbito de la UE, sino respecto a las consecuencias que la concreta aplicación de nuevas reglas pueda tener sobre el conjunto del sistema (y en particular sobre la distribución de competencias entre UE y Estados miembros). Así, también se podrían explicar las dificultades encontradas por la declaración expresa del principio de primacía en el proceso de ratificación del difunto Tratado Constitucional Europeo (y su *significativa* desaparición en el Tratado de Lisboa, donde queda reflejado sólo en una declaración) pese a tratarse de un principio cuya formulación era ya pacífica mucho antes en la práctica de los tribunales europeos.

De este modo la codificación de soluciones de síntesis puede tener, en ocasiones, un triple efecto negativo. Por una parte, la redacción de reglas concretas puede generar contradicciones *literales* con las normas constitucionales del otro

ordenamiento. Por la otra, la codificación lleva aparejada una reducción del margen de maniobra interpretativo de los órganos judiciales y, no conviene olvidarlo, las soluciones de síntesis serán tanto más difíciles cuanto más concretas sean las reglas aplicables al caso. Finalmente, puede servir de base para la aparición de problemas de compatibilidad (nuevos *overlappings* o nuevos problemas respecto al alcance de las competencias) que nunca se habrían planteado desde las soluciones jurisprudenciales de síntesis.

Así como la codificación de los resultados del diálogo no es necesaria (presentando ventajas e inconvenientes) cuando es un proceso que alcanza soluciones mutuamente aceptables; sí será una exigencia ineludible cuando el diálogo acabe con la constatación de la incompatibilidad entre dos ordenamientos. Esto es, cuando una solución de síntesis jurisdiccional no sea posible, inevitablemente deberá procederse a una modificación de las reglas que supongan la eliminación de la contradicción insalvable declarada lo que puede manifestarse simplemente en el abandono del proceso de integración en el que se estaba incurrido o en la modificación de las reglas constitucionales causantes del conflicto.

IV. LA HOMOGENEIDAD CONSTITUCIONAL BÁSICA COMO BASE Y CONSECUENCIA DEL DIÁLOGO

12. *El diálogo se ve facilitado por la existencia de normas de conexión material (habitualmente resultado de procesos previos de diálogo) entre ordenamientos que permitan encontrar soluciones mutuamente aceptables*

Toda comunicación requiere la presencia de un contexto compartido. Sin el mismo la comunicación no resulta posible, pues no cabe la posibilidad de que los sujetos intervinientes en el mismo puedan comprender el significado de las opiniones del otro. El contexto ha de ser tanto más compartido cuanto mayor sea la intensidad de la comunicación. Los diálogos jurisdiccionales objeto de nuestro estudio son, como ya se ha apuntado, de geometría variable por lo que el grado de compartición del contexto dependerá de la intensidad del diálogo. Intensidad que, como ya se apuntara en la proposición 3, depende de la forma y contenido del escenario de pluralismo constitucional en el que se desarrolle.

En el caso de los diálogos judiciales objeto de estas líneas, el contexto común implica la necesidad de compartir una homogeneidad sustancial de fondo en cuanto a los principios constitucionales últimos inspiradores de los ordenamientos concurrentes. Cuanto más intensa sea la imbricación entre ordenamientos, lógicamente más homogéneos deben ser tales principios. Esta homo-

genuidad constitucional básica no implica *identidad o plena conformidad*, pues estamos en presencia de ordenamientos jurídicos autónomos no superadores de la diversidad constitucional particular, sino, más bien, *compatibilidad estructural* (von Bogdandy, 2003) o *sistémica* (Poiars, 2007).

De este modo una contribución evidente a que el funcionamiento del diálogo sea posible es la existencia de normas de conexión *material* entre ambos. Normas que aseguren lo que Cruz ha denominado una *metaconstitucionalidad recíproca*, esto es una conexión de sentido de carácter básico entre los ordenamientos constitucionales concurrentes o lo que Rosenfeld denomina *puntos de convergencia materiales*, es decir, una suficiente comunidad de intereses o principios compartidos. Tienen, pues, razón, por una parte, Wiener cuando propone que «la posibilidad de interpretaciones convergentes del significado de normas constitucionales aumenta con el grado de interrelación entre normas constitucionales esenciales» y, por la otra, Walker (2003) al sostener que los conflictos entre ordenamientos son irresolubles cuando afectan a elementos identitarios básicos de uno y no compartidos por el otro ordenamiento. En fin, es necesaria (Pernice, 2003) la existencia de cláusulas que permitan una *estabilización constitucional recíproca*.

Quizás lo más relevante en este punto sea que, frecuentemente, uno de los resultados del diálogo sea la formulación de este tipo de normas. Ésta es, por otra parte, una circunstancia perfectamente explicable en la medida en que las dificultades para encontrar soluciones mutuamente compatibles entre dos ordenamientos en conflicto se asientan (sobre todo en el caso de los *overappings* causados por la garantía de los derechos fundamentales) no tanto en una contradicción literal entre normas, cuanto en la imposibilidad de resolver la contradicción por vía interpretativa porque tales normas responden a principios generales no compartidos. Cuando los principios jurídico-constitucionales en los que se encuadran las normas en conflicto son homogéneos entre sí las posibilidades de encontrar interpretaciones no excluyentes son, obviamente, mucho mayores. De este modo la construcción de este tipo de normas *de conexión* entre ordenamientos se convierte en un instrumento esencial para poder resolver problemas concretos.

Por ello, no cabe sino considerar (Pérez Tremps) que la *uropeización* de las Constituciones nacionales y la *estatalización* del Derecho constitucional europeo (mediante la introducción de referencias cruzadas básicas de mutua comprensión en los textos constitucionales de ambos ordenamientos jurídicos del tipo art. 23 GG y art. 4.2 TUE) unido a la asunción de principios esenciales procedentes del Derecho estatal, así como nuevos principios para la articulación de sus relaciones (art. 2 TUE) son una manifestación, entre otras cosas, de la

codificación del diálogo entre tribunales producido en Europa durante más de 50 años.

Estas normas de conexión pueden ser expresas o contenidas en la propia jurisprudencia (así la adopción de la doctrina de los contralímites en España en la DTC 1/2004), si bien (Pérez Tremps) su inclusión en la Constitución no puede ser sino bienvenida para asegurar la coherencia última del sistema y con ello la posibilidad de alcanzar soluciones compatibles.

Estas normas de conexión material son mucho más claras en escenarios de pluralismo por reconocimiento sistémico, en particular en materia de derechos fundamentales, pues con independencia de que exista un reconocimiento expreso a ordenamientos situados fuera del propio (así, por ejemplo, el art. 10.2 CE), se sustentan en una base compartida de comprensión de la naturaleza y contenido de los derechos si se quiere no ya sólo de índole normativa, sino, incluso, epistemológica.

13. *El diálogo aprovecha cauces procesales preexistentes para su articulación y conexión en los distintos ordenamientos, pero no excluye la aparición de nuevas fórmulas*

El diálogo no implica la creación de nuevos sistemas de conexión procesal entre tribunales para ser articulado. Normalmente aprovecha cauces y técnicas preexistentes para canalizarse. De este modo puede hablarse, con Burgourgue-Larsen, de diálogos *regulados* (objeto de una normativa específica que lo canaliza) y de diálogos *espontáneos*.

Sin embargo, el cauce *estrella* en el ámbito europeo es la cuestión prejudicial. Efectivamente, la cuestión prejudicial es un mecanismo realmente adecuado para la articulación del diálogo judicial. Pero no sólo la cuestión en sí misma considerada, sino el propio sistema judicial creado en el seno de la UE se asienta en la idea de colaboración (valga diálogo) entre tribunales. Ciertamente eso convierte a la UE y a la cuestión prejudicial en un paradigma básico para la comprensión de los diálogos judiciales que ha de ser manejado con extremo cuidado. En efecto, como se ha apuntado varias veces, la descripción de los diálogos se asienta en esquemas de geometría variable. La forma, contenido e intensidad de los diálogos depende de multitud de factores y entre ellos del tipo e intensidad del modelo de pluralismo constitucional en que lo estemos examinando. En el caso de la UE hablamos de la manifestación del pluralismo por incorporación (la fórmula más *fuerte* de pluralismo) más intensa del mundo conocido. El diálogo en su seno es, por tanto, incomparablemente más intenso

y profundo que en cualquier otra forma de pluralismo constitucional (valga integración o cooperación internacional). Por ello, el paradigma del diálogo en el marco de la UE (que incluye la creación de un instrumento procesal específico, la cuestión prejudicial, en el marco de una configuración descentralizada de su propio poder judicial) es difícilmente trasladable a cualquier otra realidad (incluso a otras formas de pluralismo por incorporación). Dicho en otros términos, el diálogo judicial en el marco de la UE a través de la cuestión prejudicial es una realidad extraordinariamente específica difícilmente comprensible fuera de su estricto ámbito de aplicación y no trasladable, en forma alguna, a otras fórmulas de pluralismo constitucional de menor intensidad. Sin embargo, lo que sí podemos apuntar como proposición general es que una intensidad extraordinariamente fuerte en la imbricación entre ordenamientos puede exigir cauces procesales muy desarrollados que conecten ambos ordenamientos.

Fuera de la cuestión prejudicial (y las similares cuestiones en la Comunidad Andina y o las proyectadas, aunque no vigentes todavía, en Mercosur) no suelen crearse, *ex novo*, cauces procesales específicos para la articulación del diálogo entre tribunales. Lo habitual es que se utilicen los cauces procesales habituales en los ordenamientos internos de modo que a menudo los diálogos pueden convertirse en *diálogos ocultos* en la afortunada expresión de Martinico.

Así la caracterización del recurso subsidiario (por ejemplo, para el acceso al TEDH) es una técnica perfectamente conocida por los tribunales internos antes de incorporarse a las instancias de protección de derechos supraestatales. Igualmente otro de los cauces a través de los cuales se manifiesta el diálogo (como hemos tenido ocasión de comprobar) es el control previo de constitucionalidad que, de nuevo, es una técnica procesal bien conocida desde hace tiempo en la actuación de la jurisdicción constitucional.

Junto a estas técnicas procesales *tradicionales* puede apreciarse la aparición de nuevas y específicas normas procesales destinadas a canalizar o regular el diálogo entre tribunales. Así las reformas belga y francesa introduciendo la cuestión prioritaria de constitucionalidad constituyen un claro ejemplo de normas específicas creadas para la articulación de los cauces procesales de actuación de los tribunales en los casos de doble prejudicialidad (constitucional e internacional). También pueden calificarse de nuevas las reglas introducidas en muchos países europeos (no, desgraciadamente, en España) para la revisión extraordinaria de sentencias firmes como consecuencia de una declaración de violación del CEDH (en especial en lo referido a su art. 6).

V. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PROPIAS DEL DIÁLOGO: INTERPRETACIÓN MUTUAMENTE CONFORME Y *SELF RESTRAINT*

14. *Las síntesis son interpretativas o de self restraint. Los criterios aplicables parten de conceptos conocidos adaptados a las nuevas realidades*

El aprovechamiento de conceptos y categorías tradicionales y la creación sólo de aquellos nuevos conceptos indispensables en el marco del diálogo entre tribunales no es sólo propio de los cauces procesales, sino también, y sobre todo, de las soluciones de síntesis alcanzadas tras un diálogo de este tipo y que podríamos clasificar en dos grandes grupos.

En primer lugar, las que podríamos llamar *soluciones interpretativas* que son las únicas que pueden originar síntesis *comprehensivas* en los términos expuestos más arriba, pero que también pueden servir para síntesis *particularistas*. Este tipo de soluciones suponen la aplicación de técnicas interpretativas que permitan la comprensión de las normas en conflicto de modo compatible entre sí. La técnica habitual es perfectamente conocida para cualquier jurista y adopta la forma de una *interpretación conforme*, pero con una importante particularidad como es que se trata de una interpretación *mutua o doblemente conforme*, pues implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme), sino simultáneamente a dos normas superiores. Junto a esta técnica, bien conocida, puede apreciarse el surgimiento de otros criterios más novedosos y que, específicamente, se articulan para resolver este tipo de cuestiones. Como ejemplo puede tomarse el espléndido Voto particular de la Juez Ruth Wedgwood en el asunto, *Bernardino Gomáriz Valera*, 26 de agosto de 2005 (Comunicación núm. 1095/2002; CCPR/C/84/D/1095/2002). En el citado voto, defiende que la aplicación del artículo 14.5 PIDCP a un Estado, parte del CEDH y que no introdujo reservas al Pacto, puede sustentarse en el propio texto del CEDH, por una parte, y en las reservas adoptadas por algunos Estados (parte del CEDH) al PIDCP, por la otra. De este modo la interpretación mutuamente compatible se acaba fundando en una interpretación analógica de reservas a tratados realizadas por terceros Estados y en una jerarquía inversa (de orden territorial, no jurídico) en virtud de la cual el Convenio de ámbito universal es aplicado de acuerdo con el convenio de ámbito regional cuando lo es a un Estado miembro de ambos.

Es esperable que la línea de utilizar técnicas interpretativas más complejas para la búsqueda de soluciones mutuamente compatibles, apuntada en el voto

particular de la profesora de la Universidad de Yale, será una constante en el futuro.

Junto a las soluciones interpretativas, podemos encontrar *soluciones procesales o procedimentales*. Este tipo de soluciones se vinculan, de nuevo, a técnicas bien conocidas en los ordenamientos constitucionales nacionales y agrupables bajo el genérico nombre del *self restraint* de los tribunales en el enjuiciamiento, sobre todo, de la constitucionalidad de las leyes. Aplicado a los diálogos constitucionales objeto de nuestro estudio será una típica solución de síntesis *particularista*. Normalmente, aunque como se verá también adopta otras formas, se trata de que una forma de diálogo puede consistir en reconocer que la decisión de otro tribunal es necesariamente compatible con el propio sistema constitucional. Esto es, en la afirmación de la propia competencia para resolver la cuestión debatida, pero renunciando al ejercicio de la misma *en tanto en cuanto (solange)* se cumplan unas determinadas condiciones mínimas aseguradoras de que la solución final es compatible con el orden jurídico afectado. Se trataría de lo que se ha dado en llamar el «método *Solange*» en muchos y diversos ámbitos de los conflictos jurisdiccionales entre tribunales internacionales (Lavranos). De este modo el tribunal *renunciante* ejerce no un control sustantivo en profundidad sino un control limitado a la constatación de las condiciones exigidas. Control que, como es habitual, tendrá distinta intensidad según el tipo de pluralismo en el que nos encontremos. Las fórmulas utilizadas son variadas, usándose, en ocasiones, de manera intercambiable demostrando en este punto los defectos técnico-jurídicos inherentes a su carácter novedoso.

Las manifestaciones principales de este tipo de soluciones serán las siguientes técnicas o, en ocasiones, doctrinas:

a) La *presunción de protección equivalente* que supone la aceptación de que la solución ofrecida por el *otro* ordenamiento jurídico es equivalente (no idéntica) a la ofrecida por el propio por lo que el guardián jurisdiccional de éste renuncia a enjuiciar el fondo del asunto (es el conocido método *Solange* utilizado también en las relaciones entre TEDH y UE en el asunto *Bosphorus*). Esta técnica implica la realización de un juicio general sobre la equivalencia de la protección dispensada en el otro ordenamiento jurídico que puede producirse en una sola ocasión sin que el tribunal afectado vuelva sobre la cuestión en casos sucesivos, o bien en cada supuesto concreto sometido a su consideración. Este criterio frecuentemente viene acompañado de uno o de los dos criterios siguientes.

b) La *interdicción de la protección manifiestamente insuficiente*. Este criterio implica la realización de un juicio muy general sobre el grado de protección conferido por otro ordenamiento a un derecho fundamental (así en el

asunto *Gasparini*). El test aplicado es muy laxo y basta acreditar que las instancias jurisdiccionales ajenas confieren una protección, aunque sea mínima y, por tanto, claramente inferior a la propia, a los derechos afectados.

c) La *revisión de las deficiencias estructurales*. Este criterio se limita a apreciar si el sistema diseñado por el ordenamiento jurídico ajeno presenta defectos estructurales en su funcionamiento que impidan el reconocimiento de sus decisiones. El momento de aplicación del test jurisdiccional varía según los supuestos. En ocasiones la deficiencia estructural se refiere al momento en el que el propio ordenamiento tomó la decisión por la cual pasó a encontrarse en una situación de pluralismo, es decir, en el momento de ratificación de un tratado mientras que, en otros, se refiere al momento en el que se plantea el conflicto.

d) El criterio de la *deferencia pura* sería el aplicado en aquellos supuestos en los que por muy diversas razones uno de los jueces que podrían recabar para sí la decisión del conflicto planteado decide no intervenir en el fondo del asunto por considerar que el juez del otro ordenamiento está en mejor situación para adoptar la decisión final. Los motivos para que se produzca este concreto ejercicio de *self restraint* son variados, pero es habitual que se vincule a la mayor cercanía de un juez sobre otro que aconseja dejar la decisión al más próximo al problema. Un supuesto diferente de deferencia pura sería aquel en el que se renuncia de plano al ejercicio de la propia jurisdicción por entenderse incompetente, aunque pudieran existir elementos justificadores, en alguna medida, de tal competencia. Tal sería el supuesto de renuncia por parte del TEDH a controlar los actos de autoridades de Estados europeos cuando actúan, incluso en territorio de los Estados miembros, sometidos totalmente a normas de organizaciones internacionales sin ningún margen de maniobra (éste sería el supuesto de la doctrina sentada en *Bosphorus* y seguida en *Connoly*) o bien actuando bajo las instrucciones de autoridades dependientes de organizaciones internacionales (*Behrami*). En estos casos, como señala Angelini, *el silencio importa*, pues la renuncia del TEDH a discutir el asunto tiene consecuencias evidentes sobre la protección de los derechos fundamentales finalmente dispensada.

e) La conocida *doctrina del margen de apreciación nacional* es típica también de los escenarios de pluralismo constitucional y una de las fórmulas para permitir soluciones no incompatibles en lo referente a la garantía de los derechos. Este criterio, pese a la imposibilidad de realizar una definición dogmática clara de su contenido (García Roca), consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección *suficiente*. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de *supervisión* de la protección otorgada al Derecho marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En oca-

siones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia *impura* en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo (valga como ejemplo el caso *Familiapress*).

f) El criterio de la *afectación de un elemento constitucional básico* viene a significar que la renuncia al ejercicio de la jurisdicción se produce cuando el no hacerlo (ejercer la propia competencia) pueda generar problemas en un elemento estructural esencial del ordenamiento jurídico *externo* afectado. Tal criterio puede ser aplicable tanto respecto al mero hecho de ejercer la competencia como respecto al resultado de su ejercicio. Esto es, el mero hecho de que un tribunal nacional ejerza un control de constitucionalidad sobre, pongamos, una norma comunitaria por considerarse una actuación *ultra vires*, constituye una ruptura de uno de los principios esenciales del propio Derecho comunitario (su unidad y autonomía y con ello la exclusividad del control de validez en manos de las instancias comunitarias). Por ello, pese a que los tribunales nacionales no renuncien a la competencia (es decir, a la posibilidad de ejercer ese control) serán extremadamente cuidadosos a la hora de ejercerla, pues ello pondría en peligro la propia existencia del otro ordenamiento (véase la diferente aproximación teórica adoptada por el TCF en la Decisión *Lisboa* y la aplicación práctica en *Honeywell*). Del mismo modo, un tribunal será cuidadoso especialmente cuando al ejercer sus propias competencias pueda afectar a algún elemento estructural del otro ordenamiento limitando su grado de conocimiento o incluso de supervisión. Esto puede explicar, por ejemplo, que no existan en Europa más que aproximaciones muy parciales a temas que puedan generar conflictos con las identidades constitucionales como el aborto o el matrimonio homosexual, o que se produzcan situaciones tan extrañas, y hasta contradictorias, como las representadas por las SSTEDH Lautsi 1 y 2.

g) La *preferencialidad en la decisión*: una fórmula de *self restraint* es también la renuncia a pronunciarse sobre una cuestión antes de haberse dado la oportunidad de pronunciarse al otro tribunal. En estos casos lo que se produce es una suerte de preferencialidad. Esta idea, anunciada por diversos autores como Kumm, ha sido finalmente asumida en el conocido asunto *Honeywell* y viene a resolver, momentáneamente, el problema del control de la actuación *ultra vires* de la UE en cuanto anuncia ya claramente que en el supuesto de plantearse un problema de constitucionalidad (alemana) de una norma comunitaria por exceso en el ejercicio de la competencia, el TJ deberá haber tenido la oportunidad previa de pronunciarse (incluso planteando el propio TCF la oportuna

cuestión prejudicial). Igualmente, esta idea de preferencia en la intervención se encuentra detrás del proceso de negociación del ingreso de la UE en el sistema del Consejo de Europa que requiere la articulación de algún mecanismo asegurador de que el TJ tenga oportunidad de pronunciarse antes de que una demanda por violación del CEDH llegue a Estrasburgo. Idéntico problema presenta, a la inversa, la creación de cuestiones prioritarias de constitucionalidad en Francia y Bélgica. El hecho de que la prioridad sea aquí de los tribunales nacionales plantea los problemas indudables que reflejan la STJ en el asunto *Melki* en el que admitiendo, aparentemente, la comunitariedad del sistema avisa de que ello no puede impedir al juez nacional plantear, en cualquier momento, la cuestión prejudicial.

h) Un último criterio interesante para resolver diálogos, útil incluso para los casos en los que la síntesis final es imposible, es *la limitación del efecto de las sentencias*. En este supuesto se trataría no de resolver el diálogo mediante soluciones de síntesis, cuanto de conferir tiempo para que los negociadores políticos puedan resolver la contradicción insalvable detectada. Para ello se puede aplicar la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida en el tiempo. En tal sentido se dirige con toda claridad la STC 38/2007, de 15 de febrero, al declarar que la inconstitucionalidad de un tratado «presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo, lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo» (FJ 3) o se apuntaba en la propuesta de modificación del artículo 39 del proyecto de reforma de la LOTC de 2006 al recoger la posibilidad de que se dictarán sentencias de inconstitucionalidad que no llevaran aparejada la nulidad de la norma o que confiriera un plazo a los poderes públicos para que subsanaran el problema planteado (mediante la reforma de alguna de las normas en conflicto). Estas técnicas son bien conocidas en algunos Estados europeos (Alemania o Austria) y han sido incluso utilizadas en alguna ocasión por parte del TEDH (respecto, por ejemplo, el derecho del voto de los reclusos en el Reino Unido en la STEDH *Hirst c. Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005, o la peculiar fórmula utilizada en los *pilot judgements* emitidos por el TEDH).

Debe tenerse en cuenta que las soluciones apuntadas se aplican de manera distinta a los tipos de conflictos planteables. Así, la solución interpretativa es válida tanto para los *overlappings* como para las actuaciones *ultra vires*; todas las soluciones procedimentales apuntadas son aplicables a los *overlappings*, mientras que sólo se podrán afrontar los problemas de actuación *ultra vires* con los criterios de deficiencia estructural; afectación de una cuestión constitucio-

nal esencial; preferencia en la decisión; inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida.

En ocasiones podremos encontrar soluciones que adoptan simultáneamente técnicas de interpretación doblemente conforme y de delimitación del alcance de la propia competencia. Tal sería el caso de la conexión entre el artículo 24 CE, eventual planteamiento de cuestión prejudicial e inaplicación judicial de norma legal interna contraria a Derecho comunitario en la interpretación que de la jurisprudencia constitucional española realiza Alonso García (2011) que implicaría una síntesis comprensiva (mutuamente compatible con la Constitución nacional y la europea) y una técnica de intensidad del control constitucional de la motivación del juez ordinario en la inaplicación de la ley. Del mismo modo, y cómo se ha apuntado, las técnicas de *self restraint* pueden usarse de manera conjunta; así, Waltuch (2011) sostiene que la decisión *Honeywell* del TCF alemán, además de adoptar un sistema de preferencialidad (imposibilidad de declarar la actuación *ultra vires* de la UE sin previo planteamiento de cuestión prejudicial desde el propio Tribunal Constitucional) supone la asunción de una forma de déficit estructural (la actuación *ultra vires* objeto de control ha de ser suficientemente cualificada para justificar el propio acto de control) en la que debe tenerse en cuenta un amplio *margen de apreciación* del TJUE en la determinación de las competencias de la UE. Se habrían combinado en esta importante decisión tres técnicas de solución de síntesis vinculadas al *self restraint* (preferencialidad, protección gravemente insuficiente; y margen de apreciación) para evitar una *guerra de cortes* que en materia de actuación *ultra vires* es particularmente difícil de solucionar.

VI. CONCLUSIÓN

15. *El diálogo judicial es sólo un procedimiento legitimador, útil e infrecuente para resolver conflictos en situaciones de pluralismo constitucional, pero no el único*

La última proposición que creemos defendible con carácter general es que el diálogo es un procedimiento legitimador de las decisiones finalmente adoptadas (Torres). Como se ha podido observar, el diálogo es un proceso deliberativo. Proceso, además, adoptado por altas cortes de justicia que expresan la voluntad última de sus respectivos ordenamientos. Un proceso en el que participan no sólo los tribunales sino un conjunto de actores (los Estados, las instituciones supraestatales, organizaciones internacionales de diversa índole y naturaleza, etc.)

que aportan sus propias razones para que la decisión se dirija en uno u otro sentido. Por tanto, es un proceso con un claro componente legitimador. Ahora bien, no es un proceso legitimador equiparable al proceso político democrático. Precisamente lo que pretende paliar es la ausencia de un proceso democrático capaz de resolver cuestiones de fondo. No debe, en este sentido, olvidarse la proposición número 5. El diálogo actúa allí donde el proceso de adopción de decisiones de naturaleza política ha fallado. Cubre una laguna de tal proceso político de manera legítima; pero no sustituye el proceso democrático de legitimación de decisiones. Como mucho confiere una legitimación que podríamos caracterizar como *incompleta*.

Ahora bien, esta legitimación es tanto más necesaria cuanto que el proceso político democrático encuentra graves dificultades para desarrollarse con alta intensidad en el seno de las organizaciones internacionales. No es éste el momento de detenerse en un problema tan complejo, pero es obvio que la necesidad (y, por tanto, la importancia relativa) de la legitimación a través del diálogo judicial será tanto mayor cuanto más débil pueda resultar el proceso político democrático que obviamente es muy diferente (en ocasiones quizá inexistente) en la UE, en el Consejo de Europa, en la OMC o en Naciones Unidas.

Igualmente, debe recordarse que el diálogo no sustituye a las fórmulas tradicionales de resolución de los problemas de aplicación del Derecho. El diálogo, proposiciones 3 y 4, sólo actúa en escenarios de pluralismo constitucional y cuando el principio de competencia no puede, por sí solo, resolver la cuestión por tratarse de supuestos de cuestionamiento de la actuación *ultra vires* o de *superposiciones* entre ordenamientos. Desde este punto de vista el diálogo es un procedimiento *útil*, pero extremadamente *infrecuente*. Y decimos, conscientemente, *útil*, no *infalible*. El diálogo puede alcanzar soluciones de síntesis, pero es perfectamente posible que la síntesis no sea posible. En estos casos el diálogo sólo puede terminar, como ya se apuntara en la proposición 10, con la constatación de la contradicción y con la defensa por cada instancia de constitucionalidad de su propio ordenamiento. Ello no supondrá más que el necesario inicio de otro tipo de diálogo, ya de naturaleza política, que resuelva la contradicción insalvable mediante la modificación de una o de las dos normas en conflicto (v. gr., reformas constitucionales anteriores a la ratificación de tratados o protocolos adicionales a los tratados que salven la incompatibilidad). De este modo, es claro que los diálogos judiciales no resuelven *todos* los problemas generados por las superposiciones o las actuaciones *ultra vires*, pero sí buena parte de ellos y, cuando no sea posible, concluirán con una *signalling decision* que ponga en marcha al proceso político democrático capaz de resolver el conflicto de fondo.

El diálogo no es, pues, una suerte de instrumento mágico de solución de todo conflicto en el mismo sentido en que operó en el pasado el principio de jerarquía. Es, sólo, un instrumento más entre las muchas técnicas de resolución de conflictos nuevas e incompletas para una realidad tan compleja (o, si se quiere, con tantas caras) como la del pluralismo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA Y CASOS CITADOS

Diálogos TEDH-Tribunales nacionales

Procedimiento deliberativo: Caso Carolina:

Decisión retadora:

STEDH von Hannover c. Alemania; de 24 de junio de 2004;

Decisión de consolidación (matización):

STEDH *Mgn Limited contra Reino Unido (Naomi Cambell)*, de 18 de enero de 2011 (El TEDH se apoya expresamente, y esto es infrecuente, en la House of Lords [2004] UKHL 22, para justificar no ya esta sentencia, sino la anterior decisión de von Hannover a partir de la resolución británica, anterior sólo en unas semanas a la dictada en Estrasburgo).

Decisión de síntesis externa (aceptando la posición nacional):

SSTEDH *Springer c. Alemania* (recurso núm. 39954/08) y *von Hannover (2) c. Alemania* (recursos núms. 40660/08 y 60641/08), ambas de 7 de febrero de 2012.

Síntesis interna (España):

La recepción (todavía incompleta en España): la saga Álvarez Cascos: véanse, entre otras: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid de 9 de diciembre de 2004, programa «Día a Día»; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid, de 17 de enero de 2005, programa «Aquí hay tomate»; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, de 27 de abril de 2005, programa «Crónicas Marcianas»; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 19), de 7 de marzo de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial (sección 8.^a), de 8 de septiembre de 2006; STS número 611/2009, de 7 de octubre; STS 719/2009, de 16 de noviembre). Estos casos han de completarse con la saga Miss España: sentencia de la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de septiembre de 2005, y STS 400/2009, de 12 de junio.

Síntesis interna (Alemania):

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2008 (BVerfG 1 BvR 1602/07) recurrida ante el TEDH, *von Hannover (2)*, por considerar los recurrentes que aplica incorrectamente la jurisprudencia del TEDH.

Deferencia en asunto afectante a identidad constitucional:

STEDH *A, B y C contra Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010 (despenalización del aborto sólo en determinados supuestos). Esta STEDH ha de conectarse con STEDH *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, de 29 de noviembre de 1992, y STEDH *Woman on waves y otros c. Portugal*, de 3 de febrero de 2009.

STEDH *Lautsi y otros (1) contra Italia*, de 3 de noviembre de 2009, y *Lautsi y otros (2) contra Italia* (Gran Sala), de 18 de marzo de 2011.

Diálogos TEDH-UE

Síntesis comprensiva:

Caso Mathews: STEDH *Mathews c. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999, y STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-145/04.

Protección equivalente:

Caso Bosphorus: STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005. Otras decisiones de admisibilidad como *Cooperative Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Holanda*, decisión de inadmisión (tercera sección) del TEDH de 20 de enero de 2009 (ausencia de manifiesta insuficiencia en la protección del derecho de defensa por impedirse la contestación del particular a las conclusiones del Abogado General antes de la resolución de una cuestión prejudicial).

Deferencia pura y ausencia de deferencia:

STJCE, de 4 de octubre de 1991 C-159/90 (asunto *Grogan*: ausencia de conexión comunitaria por la interdicción de informar a asociaciones de estudiantes irlandeses sobre clínicas abortivas en el Reino Unido) frente a (ausencia de deferencia pese a afectación de un elemento constitucional esencial) la STEDH en el caso *Open Door and Dublin Well Woman contra Irlanda*, de 29 de octubre de 1992 (contradicción con el CEDH de un supuesto de hecho muy similar al planteado en *Grogan*).

Diálogos TJUE-Tribunales nacionales

Protección equivalente:

Solange 1 (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271); STJ *Nold* (de 14 de mayo de 1974 C-4/73); STJ *Rutili* (de 28 de octubre de 1975, C-36/75); *Solange 2* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339); *Bananamarktorbung* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 27 de junio de 2000, BVerfGE 102, 147).

Técnicas de *self restraint*:

Ultra vires: *Foto-Frost* (STJCE de 22 de octubre de 1987, C-314/85); *Mangold* (STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04); *Maastricht* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89,155); *Lisboa* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08); *Kucukudeveci* (STJUE de 19 de enero de 2010, C-555/07); *Honeywell* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010, BVerfG 2 BvR 2661/06).

Preferencialidad:

Simmenthal (Sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77); *Melki* (STJUE de 22 de junio de 2010, C-188/10; C-189/10).

Identidad constitucional:

Maastricht (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89,155); DTC 1/2004 de 13 de diciembre.

Síntesis comprensiva:

Artículo 24 CE, inaplicación de la ley y Cuestión prejudicial. STJCE *Simmenthal* (Sentencia de 9 de marzo de 1978, C-106/77), y *CILFIT* (6 de octubre de 1982, C283/81), y SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010.

Síntesis particularista:

Primacía STJCE *Costa c. Enel*, de 3 de junio de 1964, C-6/64 (y decisiones concordantes) en relación con la DTC 1/1992 de 1 de julio, y DTC 1/2004 de 13 de diciembre (dos versiones de síntesis particularista).

Diálogos Tribunales Internacionales (u organismos internacionales) y Tribunales nacionales y europeos

Imposibilidad de síntesis (necesidad de codificación):

La doble audiencia al condenado penal. Véanse entre otras Decisiones del Comité de Derechos Humanos: Comunicación núm. 701/1996, de 11 de agosto de

2000; CCPR/C/69/D/701/1996 (Caso *Cesáreo Gómez Vázquez*); Comunicación núm. 1073/2002, de 15 de noviembre de 2004; CCPR/82/D/1073/2002 (Caso *Jesús Terrón*); Comunicación núm. 1095/2002, de 26 de agosto de 2005; CCPR/C/84/D/1095/2002 (Asunto *Bernardino Gomáriz Valera*). Frente a las decisiones internas negándose, aparentemente, a aceptar la posición sustentada. STC 70/2002 reiterado en SSTC 64, 65 y 66/2003, y el ATS de 14 de diciembre de 2001.

Protección equivalente:

En la jurisprudencia del TJUE:

Positiva en *Kadi 1* (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión T-315/01*, y *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01*).

Negativa en *Kadi 2* (*Kadi y Al Barakaat, STJUE de 3 de septiembre de 2008 —Gran Sala—; C-402/05 y C-415/05*) (2.^a instancia).

Diálogo interno en *Kadi 3*, STJ: Tribunal General, de 30 de septiembre de 2010, T-85/09.

En la jurisprudencia del TEDH:

Bosphorus c. Irlanda, STEDH de 30 de junio de 2005; *Coopeérative des agriculteurs de la Mayenne et la cooperative laitière Maine-Anjou c. Francia* decisión de inadmisión de la segunda sección del TEDH de 10 de octubre de 2006. Véanse los casos recogidos más abajo de protección manifiestamente insuficiente y déficit estructural.

Protección manifiestamente insuficiente:

Gasparini c. Italia y Francia decisión de inadmisión de la II sección del TEDH de 12 de mayo de 2009 (Protección no manifiestamente insuficiente de los derechos de empleado de la OTAN).

Etablissements Biret et Cie S.A & la Société Biret International c. 15 Estados Miembros de la UE. Decisión de Inadmisión (5.^a sección) del TEDH de 9 de diciembre de 2008 (ausencia de manifiesto déficit en la protección del derecho de propiedad del Recurrente en Francia como consecuencia de la aplicación —en ese país— de las directivas que implantaron un embargo a la carne con hormonas procedente de USA que a la postre fue declarado nulo por el órgano de apelación de la OMC —hay toda una saga sobre la cuestión en el ámbito del TJUE con varios recursos pendientes de resolución—).

Déficit estructural:

Waite & Kennedy c. Alemania y Beer & Regan c. Alemania, STEDH (Gran Sala) ambas de 18 de febrero de 1999 (ausencia de déficit estructural en la protección de derechos por parte de la Agencia Espacial Europea).

Honeywell (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de julio de 2010, BVerfG 2 BvR 2661/06).

Deferencia pura:

Schmidberger, STJUE 12 de junio de 2003, C-112/00.

Bankovic y otros c. Bélgica y otros 16 Estados, Decisión de inadmisibilidad del TEDH (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2001 (incompetencia por extraterritorialidad —bombardeos en los Balcanes—).

Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega; decisiones de inadmisibilidad del TEDH (Gran Sala) ambas de 31 de mayo de 2007 (incompetencia *ratione personae* por actos de autoridades militares de los Estados miembros sometidos al mandato de la KFOR en el marco de resoluciones de Naciones Unidas).

Deferencia no pura:

Familiapress STJCE, de 26 de junio de 1997, C-368/95).

Diálogos entre Tribunales Internacionales de protección de derechos

Síntesis comprensiva:

Elaboración de los conceptos por la CIDH a partir de la Jurisprudencia del TEDH: Libertad de expresión: véanse por todas: *Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de Periodistas en Costa Rica*, de 13 de noviembre de 1985 (OC5/85), y *SCIDH Herrera Ulloa contra Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, Libertad de expresión en la jurisprudencia de la CIDH.

Cambios Jurisprudencia TEDH con argumentos precedentes de la CIDH:

STEDH *Timurtas c. Turquía*, de 13 de junio de 2000 (recibiendo la doctrina de la Corte interamericana sobre desapariciones para apartarse del precedente establecido en *Kurt contra Turquía*).

STEDH *Kasabova contra Bulgaria*, de 19 de abril de 2011 (negativa del TEDH a descriminalizar el libelo en todas sus formas, pero aplicación de un juicio de proporcionalidad particularmente estricto).

STEDH *Akdivar y otros c. Turquía*, de 16 de septiembre de 1996 (sobre extensión del deber de agotamiento de los recursos internos).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2010): *Lisbon and the Court of Justice of the European Union*, WP. IDEIR, núm. 1.
- (2011): *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)*, WP IDER, núm. 4.
- ANGELINI, A. (2010): «*Behrami and Saramati: When Silence Matters*», en FONTANELLI/MARTINICO/CARROZA, *Shaping Rule of Law through Dialogue*.
- AVBELJ, M., y KOMÁREK, J. (eds.) (2008): «*Four Visions of Constitutional Pluralism*», *EUI Working Papers, Law*, 2008/21 (incluye las intervenciones de J. BAQUERO CRUZ, M. KUMM, M. POIARES MADURO y N. WALKER).
- BAUDENBACHTER, C. A.; TRESSELT, P., y ÖRLYSSSEN, T. (eds.) (2005): *The EFTA Court. Ten years on*, Oxford/Portland.
- BURGOURGUE-LARSEN, L. (2010): «*La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*», Ponencia General presentada en el congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, San Sebastián.
- BUSTOS GISBERT, R. (2005): *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Vitoria.
- (2011): *Pluralismo Constitucional y Diálogo Jurisprudencial*, México D.F.
- CARTABIA, C. (2009): «*Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*», en *European Constitutional Law Review*, núm. 5.
- CASSESE, R. (2009): *I Tribunali di Babele. I Giudici alla Ricerca di un Nuovo Ordine Globale*, Laterza.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2004): *La Constitución Inédita*, Madrid.
- DE VERGOTTINI, G. (2011): *Más Allá del Diálogo entre Tribunales*, Madrid (prólogo Javier García Roca).
- FALLON, R. H. (1999): «*How to chose a Constitutional Theory*», *California Law Review*, núm. 87.
- FERRERES COMELLA, V. (2005), «*El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo*», en A. SAIZ ARNAIZ y M. ZELAIA (coords.), *Integración Europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP.
- (2011): *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- FONTANELLI, F.; MARTINICO, G.; CARROZA, P. (2010): «*Introduction*» en la obra por ellos coordinada *Shaping Rule of Law through Dialogue*.
- GARCÍA ROCA, J. (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. I. (2007): *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales*, Vitoria.
- (2011): *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid.

- JACOBS, F. G. (2003): «Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice», en *Texas International Law Journal*, núm. 38.
- KUMM, M. (1999): «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Court and the European Court of Justice», en *Common Market Law Review*, núm. 36.
- LAVRANOS, N. (2008): «The *Solange*-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals», en *Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 30.
- LICHÈRE, F.; POTVIN-SOLIS, L., y RAYNOUARD, A. (dirs.) (2004): *Le Dialogue entre les juges européens et nationaux: incatation ou réalité?*, Bruselas.
- LOCK, T. (2010): «Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights' Case Law on the responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», en *Human Rights Law Review*, vol. 10, núm. 3.
- MACCORMICK, N. (1995): «The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 3.
- (1999): *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reasoning in the European Commonwealth*, Oxford.
- MARTINICO, G. (2010): «Judging in the multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of Hidden Dialogue», en *King's Law Journal*, núm. 21, págs. 257 y sigs.
- MAYER, F. (2003): «The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems», Jean Monnet Working Paper 9/03: *European Integration: The new german Scholarship*.
- POIARES MADURO, M. (2003): «Las formas del poder constitucional de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119.
- (2007): «Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism», en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2.
- POSNER, R. A. (1998): «Against Constitutional Theory», en *NYU Law Review*, núm. 74.
- ROMANO, C. P. R. (2009): «Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue», en *Journal of International Law and Politics*, vol. 41, núm. 4.
- ROSAS, A. (2005): «With a Little help from my friends: International Case-Law as a source of reference for EU Courts», *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, núm. 5 (I).
- (2007): «The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue», en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2.
- ROSENFELD, M. (2008): «Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism», en *I.con.*, vol. 6, núms. 3 y 4.
- SAIZ ARNAIZ, A. (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos fundamentales: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid.
- (2005): «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (de-seable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la

- autoridad judicial a la normativa», en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPES (dirs.): *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Madrid.
- RUBIO LORENTE, F. (2002): «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 64.
- SARMIENTO, D. (2004): *Poder Judicial e Integración Europea, la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid.
- SCHEECK, L. (2005): «The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», en *ZaöRV*, núm. 65.
- SLAUGHTER, A. M. (1994), «A Typology of Transjudicial Communication», en *Richmond Law Review*, núm. 29.
- STONE SWEET, A. (1998): «Constitutional Dialogues in the European Community», en A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET y J. H. H. WEILER (ed.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Social Context.*, Oxford, Hart Publishing.
- TREMBLY, L. B. (2005): «The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures», *I-CON*, vol. 3, núm. 4.
- TORRES PÉREZ, A. (2009): *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*, Oxford.
- VON BOGDANDY, A. (2003): «Doctrine of Principles», en *European Integration: the new German Scholarship*, Jean Monnet Working Paper, 9/03.
- WALKER, N. (2002): «The idea of Constitutional Pluralism», *EUI Working Paper*, 1/02.
- (2003): «Late Sovereignty in the European Union», en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford.
- (2008): «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núms. 3-4.
- WALTUCH, J. (2011): «La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision *Honeywell* de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2.
- WEILER, J. H. H. (1997): «The Reformation of European Constitutionalism», en *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, núm. 1.
- WEILER, J. H. H., y HALTERN, U. R. (1996): «Who is the ultimate Umpire of European Community Competences», Jean Monnet Paper.
- XIOL RÍOS, J. A. (2011): «El diálogo entre Tribunales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 90.

RESUMEN

En este trabajo se formulan 15 proposiciones general sobre los diálogos judiciales en el contexto del pluralismo constitucional. Tres proposiciones preliminares pretenden situar las cuestiones a desarrollar. Ocho proposiciones descriptivas definen los rasgos principales del diálogo judicial constitucional en nuestros días. Cuatro proposiciones conclusivas resumen las principales conclusiones. La tesis principal sostenida en este

artículo es que el diálogo judicial es un nuevo concepto o una nueva categoría que puede resolver algunos problemas propios de las situaciones de pluralismo constitucional. Pero no toda cita de una jurisdicción extranjera puede ser considerada una forma de diálogo. Los diálogos judiciales tienen sus propios objetivos, estructura y solución, diversos de los meros diálogos comparativos entre cortes.

PALABRAS CLAVE: diálogos judiciales; pluralismo constitucional; derecho constitucional comparado; autocontrol judicial; protección equivalente de derechos humanos; protección mínima de derechos humanos; superposiciones en la protección de derechos; el control ultra vires en el pluralismo constitucional.

ABSTRACT

In this article 15 general propositions are made about judicial dialogues in the context of constitutional pluralism. Three preliminary propositions try to locate the main questions to be developed. Eight descriptive propositions define the main features of constitutional-judicial dialogue today. Four conclusive propositions summarize the general conclusions. The main thesis sustained in the paper is that judicial dialogue is a new concept/category that may solve some problems arising in situations of constitutional pluralism. But not every quotation of a foreign jurisdiction can be considered a form of dialogue. Judicial dialogues have their own objectives, structure and solution diverse from the mere comparative dialogues among courts.

KEY WORDS: judicial dialogues; constitutional pluralism; constitutional comparative Law; judicial self restraint; equivalent protection of human rights; minimal protection of human rights; overlappings in the protection of human rights; ultra vires control in constitutional pluralism.