

**EL ARGUMENTO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA
DE LOS TRIBUNALES DE ESTRASBURGO Y DE LUXEMBURGO:
EL PLURALISMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL EUROPEO ***

GIORGIO REPETTO **

SUMARIO:

1. LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS DOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES: UN CASO «SUI GENERIS» DE CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL
2. EN BUSCA DE UN PLURALISMO RAZONABLE: LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
3. LOS ARGUMENTOS COMPARADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS RIESGOS DE UN «EMBEDDED COMPARATIVISM»

1. LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS DOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES: UN CASO «SUI GENERIS» DE CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL

Es difícil negar que el «diálogo» entre tribunales, más allá del valor que se le quiera dar, es uno de los temas que han señalado el debate científico del último decenio. Nace con la reflexión de la doctrina estadounidense sobre la formación de canales de comunicación entre jueces dentro del ámbi-

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez.

** Investigador en Instituciones de Derecho Público. Universidad de Perugia (Italia).

to del proceso de globalización, pero progresivamente ha visto ampliado su terreno de operatividad, abarcando las relaciones entre los tribunales constitucionales mediante la referencia a sus respectivas jurisprudencias, entre los tribunales nacionales con los tribunales supranacionales e internacionales, e incluso entre los jueces que operan dentro de un mismo ordenamiento ¹.

El diálogo entre tribunales es una metáfora que ha perdido progresivamente mucha de su capacidad para denotar un fenómeno o un grupo de fenómenos precisos, hasta el punto de ser hoy un «Leitmotiv» solamente evocativo y en gran medida poco útil en la comprensión de las dinámicas atinentes a las relaciones siempre complejas entre los jueces y jurisdicciones de ordenamientos diversos. Además, en paralelo a la pérdida de utilidad del concepto, se ha asistido igualmente a una banalización que ha llevado a estudiosos de diversas orientaciones a moverse «a favor» o «en contra» de un patrimonio de ideas, que de una forma no siempre clara, alimenta la metáfora del «diálogo». Los primeros, porque sostienen la necesidad de una apertura hacia la creación de canales de comunicación que caminen más allá del recinto del Estado-nación; los segundos, porque son temerosos de que de esta vía lleve hacia una desnaturalización de la identidad constitucional consolidada y que, en el mejor de los casos, se pierda de vista la senda democrática de definición de la responsabilidad política,

¹ Hoy, la literatura al respecto es incontrolable. Para un inventario reciente y eficaz de los problemas relacionados con el «diálogo entre jueces», véase por todos B. MARKESINIS y J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 159 ss. Una prueba de la relevancia actual del tema se encuentra en dos recientes tratamientos que con carácter general y transnacional incluyen estudios dedicados específicamente al tema: C. SAUNDERS, «Judicial engagement with comparative law», en T. Ginsburg e R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 571; y G. HALMAI, «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en M. ROSENFELD y A. SAJÓ (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 1328. Para el énfasis de las formas de «diálogo local», por el contrario S. HARDING, «Comparative Reasoning and Judicial Review», *Yale Journal of International Law*, núm. 28, 2003, pp. 427 ss. e 443 ss.

sujeta al riesgo de migrar hacia sedes internacionales y actores judiciales sin legitimidad democrática.

En razón de la polarización del debate, quizá excesiva, en los últimos años se ha asistido a un proceso que acoge diferenciaciones y articulaciones conceptuales de la metáfora del «diálogo entre tribunales», para distinguir los rasgos específicos de los diversos fenómenos que se comprimen dentro de la metáfora y realizar así un análisis más apropiado de estas diversas formas de diálogo, con la intención de iluminar los aspectos diferenciales y reconducir los problemas a campos de indagación separados.

Este escrito, partiendo de tal premisa, se dirige a examinar los aspectos salientes de los argumentos comparativos utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considerándolos bajo el ángulo específico del derecho constitucional europeo, a cuya formación y desarrollo han contribuido de manera fundamental ².

En las páginas que siguen, el término «argumento comparativo» indica la llamada que ambos tribunales, en materia de derechos fundamentales, realizan en sus sentencias al derecho externo a su propio sistema —algunas veces de manera difusa o detallada, la mayoría de las veces de forma elíptica o solo alusiva—: a menudo, el derecho nacional de los países firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de los miembros de la Unión Europea, pero también al derecho de otros Estados o al derecho internacional.

El hecho de ser tribunales supranacionales ha empujado a una gran parte de la doctrina más reciente a realizar, en el uso de estos argumentos, una distinción oportuna respecto al fenómeno de la utilización de los datos comparados en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales, haciendo ver la naturaleza «necesaria» de estas formas de interacción respecto a la naturaleza solamente «facultativa» de la interacción propia de jueces y tribunales carentes de ligazón institucional u ordinamental algu-

² Este escrito condensa los resultados de un trabajo monográfico que lleva por título *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011.

na³. «Necesaria» porque no se debe a una consideración libre y querida en el contraste de elecciones normativas y jurisprudenciales efectuadas en contextos nacionales, sino más bien a la necesidad de respetar los vínculos sistemáticos e institucionales que ligan cada vez más los dos tribunales europeos (y con ellos los respectivos ordenamientos) al derecho y a los derechos nacionales.

El énfasis puesto sobre la naturaleza necesaria de esta específica interacción jurisprudencial, que es compartida y útil para individualizar sus rasgos específicos, ha de ser considerada un punto de partida, porque, si es tomada de forma excesivamente rígida, tiene el riesgo de decir demasiado y al mismo tiempo demasiado poco. Dice demasiado, sobre todo, al comprimir formas de vínculo muy diversas, alguna de las cuales responden a obligaciones concretas para los actores implicados, derivadas de los textos normativos (piénsese tan solo en la cuestión prejudicial); otras son consecuencia difusamente aceptada de una cierta presentación de las relaciones entre el derecho interno y el derecho supranacional (piénsese aquí en los contralímites y las diversas formas de interpretación conforme); y otras sirven para apuntalar el uso de los argumentos comparativos en orientaciones interpretativas libremente emprendidas por los tribunales europeos en ausencia de cualquier vínculo expreso, si bien con la intención precisa de responder a una exigencia originaria de articulación interna con el propio ordenamiento al que se refiere (sea en relación con el Convenio o con el sistema de la Unión)⁴. Al mismo tiempo, la inclusión de argumentos comparativos usados por los dos tribunales europeos dentro de la categoría de las «formas de interacción necesaria» dice demasiado poco, porque descuida poner en evidencia los rasgos diferenciales de esta jurisprudencia respecto al más vasto fenómeno de las «constitutional conversations», sobre todo en

³ Así, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 45.

⁴ Como resulta del profundo análisis de G. DE VERGOTTINI, ob. cit. Merece ser compartida la apreciación de T. GROPPI, «Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», *Quad. cost.*, 2011, p. 205, según la cual los tribunales supranacionales, en particular los europeos «desarrollan un papel de fertilización haciendo circular el derecho extranjero».

el momento en el cual se lamenta la ausencia de un acercamiento comparativo de tipo científico⁵. Si bien, como se verá en las siguientes páginas, aunque no faltan las razones para reprochar a los dos tribunales un uso a menudo irreflexivo y libre de los argumentos comparativos, la acusación de acientificidad termina —quizá más allá de sus intenciones— poniendo en el mismo nivel crítico el uso (a menudo solamente retórico) del derecho extranjero por parte de los tribunales constitucionales nacionales y la llamada al derecho nacional en la jurisprudencia supranacional europea, que por el contrario toma su movimiento de un conjunto de motivaciones insertas en problemáticas referidas estructuralmente a la interpretación constitucional, de las cuales los dos tribunales europeos se han convertido con el tiempo en promotores, pero que hoy es un dato intrínseco a la identidad del derecho constitucional europeo⁶.

Aunque puedan existir muchas semejanzas estructurales entre el uso de la comparación por parte de los tribunales constitucionales en el ámbito de la «transjudicial communication» y los argumentos comparativos utilizados por los tribunales europeos, es oportuno remarcar que estas dos técnicas interpretativas responden a razones y estrategias de justificación diversas. La «transjudicial communication», al operar fuera de cualquier vínculo institucional u ordinamental entre los jueces «importadores» y los «exportadores» de argumentos, se apoya en la voluntad de los órganos jurisdiccionales implicados (y, por tanto, será entendido, siquiera en un sentido

⁵ Para un análisis de la crítica metodológica a la ausencia de cientificidad de los reclamos comparativos, véase C. SAUNDERS, *Judicial engagement with comparative law*, cit., pp. 586 ss.

⁶ Por ello es plenamente compatible la observación de V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, OUP, 2010, p. 94, según la cual en el área europea «the possibilities of national influence on the interpretation of supranational law, and of supranational influence on national constitutional interpretation, appear inherent to this model». En la misma óptica M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, pp. 111 ss. Recientemente, en un atento análisis de las implicaciones teóricas P. RIDOLA, «Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione?», *Percorsi costituzionali*, núm.. 3/ 2012, pp. 273 ss.

mínimo, como una forma de interacción facultativa) y con ella, la repetición e infiltración de llamadas cruzadas puede dar lugar, como mucho, a un «trend» jurisprudencial expresivo de una migración de las ideas constitucionales⁷, mientras que en el derecho constitucional europeo, el florecimiento del examen comparativo, sea en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el margen de apreciación (en la veste peculiar del «consensus inquiry»), sea en la llamada a la tradiciones constitucionales comunes de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, refleja rasgos constitutivos y originarios de los dos sistemas supranacionales, dentro de los cuales la interacción y la mutua alimentación entre «Teilverfassungen» que se realiza (también) a través del «medium» de la argumentación comparativa, caracterizan desde su origen la jurisprudencia de los dos tribunales en el tema de los derechos fundamentales.

En esta perspectiva, que posteriormente demostrará que solo parcialmente pueden sobreponerse ambos fenómenos, es esencial considerar que el marco de referencia que caracteriza la primera es extraña al componente de resistencia que, sin embargo, es esencial para comprender la segunda⁸. En otras palabras, el énfasis crítico que, por ejemplo en los Estados Unidos, a menudo ha acompañado la llamada a referentes extranjeros por parte de los tribunales nacionales y que siempre ha destacado el carácter autóctono de los valores constitucionales y el originalismo como técnica interpretativa que asegura el primado epistémico del «punto de vista interno»⁹, ha tenido un escasísimo peso en el panorama de la jurisprudencia supranacional europea, donde, por razones obvias, siempre han prevalecido exigencias diversas, ligadas —según los casos y el periodo histórico—

⁷ R. HIRSCHL, «On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law», en S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006, p. 39.

⁸ Respecto a la semántica de la resistencia, V. JACKSON, *Constitutional Engagement*, cit., p. 17.

⁹ Circunstancia que ha empujado gran parte del debate estadounidense sobre la justificación de la praxis del llamado «constitutional borrowings», por todos R. P. ALFORD, «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review*, núm. 52, 2005, p. 639.

al respeto de los principios de subsidiariedad conectado a los Estados miembros (en relación con el CEDH), o a la preocupación de garantizar la primacía y la aplicación directa en los ordenamientos nacionales a través de un análisis comparativo de tipo funcional. Además, a diferencia de lo que ocurre al otro lado del océano, las escasas críticas que se dirigen contra el uso de la argumentación comparada no hacen suya esa premisa culturalista que, aunque desde ámbitos opuestos, tradicionalmente han acompañado las críticas al «constitutional engagement» de la jurisprudencia estadounidense¹⁰.

Esto no excluye, obviamente, que la reflexión desarrollada en los últimos años en torno a la clasificación y a la justificación de la praxis en el uso del derecho extranjero y comparado de parte de los tribunales constitucionales nacionales pueda resultar útil también en el examen de la jurisprudencia europea, sobre todo teniendo en cuenta las diversas matrices que se han plasmado con el tiempo para ofrecer una clasificación de las formas de recurso al derecho extranjero y comparado. De este modo, se podrá sostener de manera fundada, por ejemplo, que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la llamada al derecho de los Estados firmantes del Convenio ha mutado desde una papel de «simple contextualism» (Tushnet) a otro de verdadero y propio «engagement» (Jackson), mientras que en el caso de la jurisprudencia de la Unión, la llamada a las tradiciones constitucionales comunes y al Convenio ha evolucionado con el tiempo desde una impronta originariamente «functionalism» (de nuevo Tushnet) a un instrumento dirigido a la formación de «convergence» (Jackson)¹¹. Entre ambos casos, la actitud dialógica —que caracteriza la formación de una comunidad interpretativa que se reconoce en torno a cier-

¹⁰ Dos ejemplos emblemáticos de la diversidad de las premisas pero convergentes en los resultados son G. FRANKENBERG, «Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology - Toward a Layered Narrative», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 4, 2006, p. 439 y R. POSNER, «The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: a Political Court», *Harvard Law Review*, núm. 119, 2005, pp. 85 ss.

¹¹ Me refiero a la triada de V. JACKSON, ob. cit., pp. 1 ss., y a M. TUSHNET, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», en *Yale Law Review*, núm. 108, 1999, p. 1266.

tas premisas (Choudry)¹²— todavía no ha coincidido con un éxito universalista en sentido fuerte¹³, en el que la comparación opere en las manos de los jueces como un instrumento unívoco dirigido a la formación de un patrimonio compartido de ideas y valores.

Pese al alto grado de integración, sea ordinamental o institucional, respecto a las formas de interacción facultativa, la peculiaridad de la jurisprudencia supranacional europea, en verdad radica en no necesitar la comparación para consolidar el momento de la unidad respecto al pluralismo de las soluciones aceptables, sino más bien para mediar las tensiones internas al mecanismo de la tutela de derechos en el que operan los dos tribunales: la búsqueda de un pluralismo razonable en el caso del Convenio y del Tribunal de Estrasburgo; y en el caso de la Unión y el Tribunal de Justicia, el equilibrio entre la estabilización del cuadro de valores inscrito en los Tratados constitutivos y la necesidad de su apertura.

La especificidad de la finalidad perseguida en el recurso a los argumentos comparados, su respuesta a las exigencias connaturales a la naturaleza compleja y articulada de las dos organizaciones supranacionales en discusión, así como su neutralidad respecto a una teoría sustancial de la Constitución y de los derechos fundamentales, ayuda a comprender otro dato que caracteriza la jurisprudencia que se examina en estas páginas. El recurso a la comparación también se distingue por la contribución que puede realizar en la promoción de una efectividad mayor o menor de la tutela de los derechos fundamentales, pues, sea en el sistema del Convenio o el comunitario, asume una veste inédita la dialéctica entre derechos y orden político, que tradicionalmente anima a los ordenamientos constitucionales nacionales. Mientras que estos últimos confían a la Constitución la tarea de fijar el marco de valores que impulsen, en la jurisprudencia y en la actuación constitucional, la dialéctica interpretativa entre reconocimiento del derecho y sus limitaciones, en los dos sistemas europeos (si bien en medida diver-

¹² S. CHOUDRY, «Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, núm. 74, 1999, p. 858.

¹³ Como el auspiciado por J. WALDRON, «Foreign Law and the Modern Jus Gentium», *Harvard Law Review*, núm. 119, 2005-2006, p. 129.

sa y con éxitos opuestos), el mecanismo de tutela de derechos necesita desde sus inicios de un marco de valores e ideales que los jueces no pueden encontrar en su propio sistema, sino que deben buscarlos fuera. Esto hace que en el caso que nos ocupa, la argumentación comparada asuma desde el inicio una función insustituible y propiamente interpretativa, porque (también) de ella se hace depender el modo, la dirección y la intensidad con la que se asegurará la garantía de los derechos fundamentales. En relación con este aspecto, una vez que se ha señalado la falta de respeto de la «constitutional conversations» a la praxis (donde el recurso al derecho extranjero y comparado es a menudo el preludio a una interpretación expansiva de los derechos individuales, incluso dañando la salvaguardia de las exigencias colectivas), en cambio el uso de los argumentos comparados es neutral respecto a la alternativa de tutela de los derechos y salvaguarda del orden político de referencia.

2. EN BUSCA DE UN PLURALSIMO RAZONABLE: LOS ARGUMENTOS COMPARATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Partiendo del impulso dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es bien sabido que este Tribunal, a menudo se refiere a la legislación y a la praxis de los ordenamientos nacionales, y también a organizaciones supra e internacionales, con el fin de interpretar los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sea para aclarar el sentido de algunas fórmulas abiertas contenidas en el Convenio, sea para individuar el estándar mínimo del contenido de algunos derechos, los jueces de Estrasburgo habitualmente se apoyan, al dar respuesta a las cuestiones que se le ofrecen, en un análisis comparado de la normativa, de la praxis judicial y de la experiencia, internacional o nacional.

El empleo del argumento comparativo por un tribunal al que se le confía el papel de garante del orden público europeo de los derechos fundamentales, presenta a primera vista algunos interrogantes. Basta pensar, por ejemplo, que el Tribunal de Estrasburgo, a diferencia del Tribunal de Justicia, desde el principio ha podido fundar su actividad propia en un catálogo de

derechos fundamentales suscrito y ratificado por los Estados que forman parte del Consejo de Europa. De este modo, los límites y el ámbito de su actividad han sido concretados de forma mucho más clara que en el caso del Tribunal de Luxemburgo, el cual, por el contrario, ha sido llamado a lo largo de los años a elaborar el principio de protección de los derechos fundamentales inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La existencia de un catálogo escrito se ha visto acompañada posteriormente de la atribución al Tribunal (y antes también a la Comisión) de un papel de supervisión y garantía del respeto por parte de los Estados de los principios y garantías establecidas en las Constituciones ¹⁴.

Estas primeras consideraciones (obvias) podrían conducir al estudioso a una conclusión inicial: en presencia de un texto preciso no parece que existan razones particulares para que un juez supranacional —por otro lado, investido de una tutela que se asume como objetiva ¹⁵— deba recorrer el derecho comparado para decidir si un Estado ha violado alguno de esos derechos fundamentales.

La experiencia práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, va en otra dirección: las llamadas al derecho comparado son numerosas y articuladas en una óptica que deja ver claramente una riqueza

¹⁴ Esta aparente paradoja es mostrada por E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 195. Cfr. entre otros G. COHEN-JONATHAN, «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 185.

¹⁵ Sobre las varias declinaciones de la tutela objetiva, véase G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 58 ss., también últimamente, E. KLEIN, «Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», en D. MERTEN-H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1, Europäische Grundrechte, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 615 ss.

de instrumentos interpretativos que trasciende de largo lo que ocurre en otros tribunales supra e internacionales ¹⁶.

2.1. Subsidiariedad, margen de apreciación e interpretación evolutiva: los vectores de la interpretación constitucional comparada

Para comprender tal abundancia de referencias comparadas, es necesario recordar que las relaciones entre el Tribunal y los Estados se caracterizan por una integración de un nivel no equiparable a la del Tribunal de Justicia y que se traduce en la incidencia tendencialmente escasa de las sentencias sobre los ordenamientos particulares. A esta circunstancia, reconducible a la naturaleza internacional del Convenio y a la naturaleza solamente declarativa de sus pronunciamientos, se le añade una interrelación estricta entre el sistema convencional y el nacional en cuanto al momento y el contexto en el que los derechos allí previstos deben ser reconocidos y garantizados. Del texto del Convenio ¹⁷ y de algunos pronunciamientos del Tribunal ¹⁸ se deduce claramente que corresponde en primer lugar al Estado asegurar su res-

¹⁶ En terminos generals véase R. BERNHARDT, «Thoughts on the interpretation of human-rights treaties», en F. MATSCHER-H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymanns, Köln, 1990, pp. 66 ss., y J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, p. 63. Por último, E. VOETEN, «Borrowing and Nonborrowing Among International Courts», *Journal of Legal Studies*, núm. 39, 2010, p. 547.

¹⁷ A partir del art. 1 del CEDHA (Reconocimiento de los derechos humanos): «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio» y del art. 13 (derecho a un recurso efectivo): «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación hayas sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

¹⁸ Cfr., entre otras, la sentencia de 4.7.1978, *Klass c. Alemania*, recurso 5029/71, en especial apartado § 64.

peto, mientras que a la jurisdicción supranacional le queda la competencia de intervenir —en vía subsidiaria— cuando este primer nivel de tutela se revele insuficiente. Desde un punto de vista jurisdiccional, ese marco de relaciones entre el nivel europeo y el nacional, emerge en otros puntos de la estructura del Convenio. Sea el requisito procesal del previo agotamiento de las vías de recurso interno (art. 35.1), o el de la satisfacción equitativa (art. 41)¹⁹, desde el momento en que se confía a la autoridad nacional una competencia de escrutinio y de integración respecto a lo realizado en las instancias europeas, a la larga termina por hacer depender parte de la cooperación de los dos niveles —y, por tanto, de su complementariedad— del respeto de los derechos contenidos en la Convención²⁰.

Al perfil solamente jurisdiccional de la subsidiariedad, se añade un perfil sustancial bien relevante: la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es la de una jurisdicción que opera en el vacío y que decide en las alturas celestiales²¹, pues no puede prescindir —en el momento que juzga la conformidad de actos nacionales con el Convenio Europeo de Derechos Humanos— de dar el peso adecuado a las «peculiaridades jurídicas y a los hechos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado interesado»²². En otras palabras, así como los derechos enunciados en el Convenio radican en un cuerpo de principios que encuentran, en primer lugar, su propio origen y significado en el nivel nacional, del mismo modo al Tribunal de Estrasburgo le correspondería una labor de interpretación y de in-

¹⁹ En particular en lo que tal artículo supone para el Estado de «remover las consecuencias de la violación».

²⁰ Véase últimamente S. BREITENMOSER, «Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung», en ID. et al. (Hrsg.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Dike, Zurich, 2007, pp. 121 ss.

²¹ L. FAVOREU, «La protection juridictionnelle des droits de l'homme au niveau interne. Les droits européens latins», *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, vol. I, Giuffré, Milano, 1991, p. 112.

²² H. PETZOLD, «The Convention and the Principle of Subsidiarity», en R. ST. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 60.

dividualización de este «common law» que deriva del conjunto del derecho constitucional de los Estados (pero no solo)²³; esa tarea, por tanto, debe ceñir al mismo tiempo el papel del Convenio como estándar mínimo común y la raíz en los ordenamientos nacionales de los principios y derechos que el Tribunal expresa²⁴.

La imposibilidad del Tribunal de Estrasburgo de prescindir de una valoración comparada del nivel nacional, se hace tanto más evidente cuando pretende atenerse a su función mediadora entre las razones de la uniformidad, basada en su competencia de intérprete del CEDH, y los impulsos hacia la diversidad, inevitables en un sistema que depende constitutivamente de la aportación del patrimonio de las tradiciones y de la cultura jurídico-constitucional proveniente de los Estados miembros.

En el centro de esta compleja operación de mediación/traducción, la jurisprudencia del Tribunal sitúa la noción de «sociedad democrática», entendida ésta no solo como cláusula que expresa el contexto en el que pueden tener lugar —según un criterio de necesidad— las limitaciones estatales de derechos²⁵, sino, sobre todo, como síntesis de la pluralidad de valores

²³ En estos terminus véase J.-P. COSTA, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 103; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquista sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 98; H. MOSLER, «L'influence du droit national sur la Convention européenne des droits de l'homme», en MISCELLANEA W. J. *Ganshof van der Meersch*, Tome premier, Bruylant, Bruxelles, 1972, pp. 533 ss.

²⁴ Para este argumento véase el muy interesante trabajo de A. M. LECIS COCCO ORTU, «La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH», *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 4, 2011.

²⁵ Concretamente, «en el ámbito de referencia dentro del cual debe valorarse la aceptación de una legislación nacional dirigida a limitar una libertad fundamental», F. OST, *Fécondité des méthodes d'interprétation de la Cour*, en M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, pp. 451 s. En términos análogos, el criterio en cuestión se define como «the framework within which the decisive balancing between the right invoked and the opposing rights or interests take place»,

y principios expresivos de un «milieu» favorable a la extensión progresiva de derechos, en ausencia de los cuales el propio Convenio no podría operar. Debe ser así, pues el Convenio representa un instrumento colectivo de garantía común a los países del área europea²⁶ y en su actividad interpretativa los jueces de Estrasburgo influyen sobre las principales articulaciones del principio democrático al nivel nacional (elaborando estándares comunes de tutela y enmarcando el ejercicio de poderes estatales), pero al mismo tiempo termina inevitablemente extrayendo de la experiencia nacional la linfa de la cual se alimentan los principales contenidos de la Convención²⁷.

La noción de sociedad democrática, como veremos a continuación, constituye la clave en la que se inscribe la actividad interpretativa del Tribunal en su dialéctica con los Estados y de su relevancia desciende el papel que ocupa el argumento comparativo en tales pronunciamientos.

Pero no basta. La elaboración pluralista y compuesta de un estándar europeo requiere que no se pueda limitar la indagación de aquellos aspectos ligados al orden normativo interno de cada Estado, o lo que es lo mis-

M. DE BLOIS, «The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights», en R. LAWSON-M. DE BLOIS (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 50. Esto (di grundrechtliche Schrankenschränke) es el sentido más inmediato de la noción de sociedad democrática según los arts. 8 al 11 de CEDH, en los cuales se atiende al contexto en el que los Estados están justificados para limitar el ejercicio de un derecho con el fin de perseguir una serie de fines (seguridad pública, protección del orden, de la moral, de la salud, etc.), J. GÜNDEL, «Beschränkungsmöglichkeiten», en D. MERTEN-H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1, cit., pp. 477 ss.

²⁶ En este sentido, véase el preámbulo del Convenio: «Los Gobiernos signatarios [...] Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal [...]».

²⁷ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Reliance, in the case-law of the European Court of Human Rights, on the domestic law of the States», *Human Rights Law Journal*, 1980, pp. 24-25.

mo, al conjunto de institutos y principios que dan en el nivel constitucional cuerpo a la noción de sociedad democrática: la titularidad de derechos, la garantía de las minorías, la libertad política, etc²⁸. Lo importante, sobre todo, es comprender con qué instrumentos y según qué camino, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye a la formación, por vía comparada, de ese tipo de noción de sociedad democrática.

Desde este punto de vista, son diversos los instrumentos interpretativos en los que la jurisprudencia europea emplea el argumento comparativo: los más importantes, por su ligamen con la noción de sociedad democrática, son, sin duda, el margen de apreciación concedido a los Estados y el recurso a la interpretación evolutiva.

Se trata de dos técnicas interpretativas gracias a las cuales los jueces de Estrasburgo han logrado dar dinamismo al texto del Convenio, desvinculando sus derechos del clásico paradigma internacionalista —la «voluntad de los Estados contratantes»—. Así, en particular, mediante el instituto del margen de apreciación —no previsto por el Convenio— los órganos de control de Estrasburgo han atribuido a los Estados un área fuera de control en el que la valoración de las peculiaridades locales recomienda que compete a los Estados adoptar las decisiones consideradas oportunas para perseguir un fin garantizado por el Convenio. Por ejemplo, dado que la «protección de la moral» constituye una finalidad válida para limitar la libertad de expresión, pero, de otra parte, no puede ser entendida del mismo modo por todos los Estados europeos, cada Estado, dentro de un cierto límite, es libre de valorar qué ha de entenderse por moral, a la luz de la propia historia, del marco de valores constitucionales, de la sensibilidad cultural de la población, etc. Según este principio, por ejemplo, se podría vetar una publicación considerada obscena, de acuerdo con el estándar de juicio nacional, en cuanto que dirigida principalmente al público juvenil, y sin que esto contradiga las disposiciones del Convenio²⁹.

²⁸ Para una reconstrucción véase S. MARKS, «The European Convention on Human Rights and its “democratic society”», *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 209 ss.

²⁹ Se trata del conocido caso *Handyside c. Regno Unito* (dec. del 7 diciembre 1976, n. ric. 5493/72).

La comparación jurídica, en esta clave, constituye un instrumento con el cual el Tribunal puede registrar y reelaborar la diversidad de las esferas culturales (no solo estatales) en tema de derechos, intentando encuadrarlos de la mejor forma posible en el sistema del Convenio; los jueces intervienen sobre el Convenio efectuando un análisis del impacto que una cierta decisión puede tener sobre las coordinadas constitucionales e histórico-sociales de un cierto ordenamiento. En este sentido, el empleo de la comparación se muestra decisivo para señalar el pasaje de un espacio normativo tendencialmente uniforme (en el que corresponde al Tribunal extraer un único criterio de juicio de la multiplicidad de soluciones hallables en el ámbito nacional), un espacio heterogéneo, culturalmente pluralista (en el cual la unidad de la tutela dada por el Tribunal coexiste con la pluralidad de soluciones compatibles).

Si la elaboración de la diversidad espacial se logra recurriendo al margen de apreciación, el Tribunal de Estrasburgo, gracias a la interpretación evolutiva de los principios y de las disposiciones contenidas en el Convenio, alcanza a leerlo en sintonía con el desarrollo (ni linear, ni uniforme) de la sociedad, de las tradiciones y de la cultura europea de los derechos fundamentales. También en este caso, el paradigma de «la voluntad de los Estados contrayentes» como manifestación de la época en que se redactó la Convención, con el paso del tiempo, ha dado lugar a una actualización de principios de tutela que el Tribunal ha promovido mirando especialmente a los desarrollos experimentados en los ordenamientos europeos a partir de la segunda guerra mundial³⁰. Si la jurisprudencia ha logrado incidir sobre el estatismo de una normativa internacional como el Convenio, sustituyendo el tiempo normativo por un tiempo evolutivo, eso ha sido a menudo posible gracias también a un análisis comparado de la diversidad y de la afinidad entre las diversas esferas culturales europeas³¹.

³⁰ Sobre la superación del paradigma de la voluntad de los Estados contratantes, realizado por el TEDH recurriendo a la fórmula del CEDH como «living instrument», véase últimamente G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 61.

³¹ Las distinciones espacio normativo/espacio heterogéneo y tiempo normativo/tiempo evolutivo es adoptada por M. DELMAS-MARTY, «Fécondité des logiques

Los dos criterios de juicio que han sido ilustrados y su empleo frecuente clarifican, desde un primer punto de vista, qué aspectos del método comparado usado por el Tribunal están ligados a la relevancia de la indagación sociológica con el fin de llenar de significado las disposiciones inciertas y cargadas de vaguedad del Convenio. El método comparativo, en esta acepción, ha servido al Tribunal, por ejemplo, para aclarar en qué condiciones se ha producido una mutación relevante del modo de entender algunos conceptos claves del Convenio, como, por ejemplo, el de «protección de la moral» o el de «protección de la libertad de los derechos de otros» en relación con la libertad religiosa. Como se verá, más allá de esto, la orientación sociológica del método comparado usado por el Tribunal no ha reducido el papel del Tribunal al registro de la diversidad o la uniformidad de los panoramas de distintos países europeos, pero ha implicado a menudo una posición valorativa dirigida a verificar si un cierto ordenamiento es preferido en razón de su continuidad con los valores base del Convenio, o si es ignorado u obstaculizado abiertamente, pese a ser común a algunos o a una mayoría de los Estados miembros.

Margen de apreciación e interpretación evolutiva, por tanto, han sido dos instrumentos gracias a los cuales el Tribunal logra integrar estas esferas culturales con la diversidad y la transformación de las orientaciones sociales y culturales, alimentando el sentido y el ámbito de los derechos deducidos de diversos contextos nacionales³².

Los problemas que maduran a la sombra de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, por tanto, no parecen extraños al marco de problemas propios de la teoría de la interpretación constitucional, en el que asume un lugar característico la tensión entre los acercamientos textuales y las orientaciones latamente sociológicas, dirigidas al registro de datos de la rea-

juridiques sous-jacentes», en *EAD*, *Raisonnement la raison d'État*, cit., pp. 468-469. Sobre la interpretación evolutiva me permito reenviar a mi estudio «Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, p. 21.

³² M. DE BLOIS, *The Fundamental Freedom*, cit., p. 55.

lidad idóneos para alimentar las valoraciones de los jueces: en relación a ambos aspectos, el recurso a la comparación como instrumento hermenéutico permite elaborar directrices «ad hoc» para resolver controversias específicas³³.

En consecuencia, son múltiples las trayectorias del razonamiento jurídico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que el argumento comparado concurre a la individuación de principios de derecho y de reglas concretas de juicio para la búsqueda de un equilibrio en el caso concreto: y es propiamente en la relación entre la formación de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales y equidad de las reglas de juicio donde se puede encontrar el sentido originario del recurso a la comparación jurídica de la obra de los jueces de Estrasburgo.

2.2. Dos casos emblemáticos: transexualidad y moral religiosa

La atención de los estudiosos, tras la doctrina del «consensus standard», formada en el asunto *Matthews c. Reino Unido*, se ha concentrado en dos aspectos particularmente problemáticos de la argumentación comparada. Desde un primer punto de vista, la jurisprudencia del Tribunal ha sido criticada por la ausencia de un razonamiento comparado. Muchas veces, en verdad, el Tribunal se limita a declarar apodícticamente que no existe uniformidad de disciplina al nivel nacional, a lo máximo se realiza un acercamiento sumario a alguna legislación, y de ahí se declina una reserva a los Estados en la regulación de un determinado derecho fundamental. La falta de un tratamiento comparado amplio no es la única razón de perplejidad en

³³ A lo largo de la línea que separa estos ordenamientos complementarios, se puede divisar, «sub specie comparationis», una continuidad con la reflexión norteamericana sobre «categorization» y «balancing»: la analogía ha sido manifestada por S. SOTTIAUX-G. VAN DER SCHYFF, «Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, pp. 117 ss.

la doctrina mayoritaria. Algunos autores consideran un error de principio hacer depender la aplicación y el sentido de un derecho de la regulación que le dan los Estados. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según estos autores, debería tener una función contramayoritaria y sin la posibilidad de dar espacio a ámbitos de discrecionalidad o márgenes de apreciación en el sentido de imponerse frente a las legislaciones nacionales, incluso si éstas van todas en la misma dirección³⁴. De la solución de estos problemas, como se hace evidente, se deducen visiones diversas de la finalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su jurisprudencia. Para los defensores de la argumentación comparada, el Convenio no ha de comprenderse al modo de un nivel normativo jerárquicamente superior, destinado a imponerse sobre los ordenamientos nacionales, sino como un sistema destinado a crear un orden público europeo de derechos fundamentales, que debe tener en cuenta las diversas sensibilidades existentes al nivel nacional. Para los críticos de esta orientación, por el contrario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorpora también el principio de legalidad y del estado de derecho, que estarían amenazados cada vez que el Tribunal de Estrasburgo cede ante interpretaciones que dejan espacio a los poderes discrecionales de los Estados.

Más allá del modo correcto para dar respuesta a estos problemas, parece útil indicar dos filones jurisprudenciales en los cuales el recurso a la argumentación comparada ha contribuido a orientar la elección de los jueces, si bien en una dirección opuesta: la primera, en el caso de la transexualidad, favorable a la noción expansiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar; la segunda, relativa a la libertad moral y religiosa, tendente, por el contrario, a hacer prevalecer incondicionalmente las exigencias de naturaleza colectiva sobre la tutela individual de otras libertades, como la de expresión.

³⁴ Entre los muchos críticos E. BENVENISTI, «Margin of appreciation, Consensus and Universal Standards», *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998-1999, pp. 844 s. e G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 122.

2.2.a) *La transexualidad y la lenta elaboración de una regla de reconocimiento fundada en la comparación jurídica*

Las decisiones relativas a la primera tendencia a examen tienen que ver con personas que, después de haberse sometido a una operación de cambio de sexo, se han dirigido al Tribunal de Estrasburgo para reclamar frente a una violación del derecho a la vida privada y familiar (tutelado en el art. 8 del Convenio), imputable a la legislación inglesa. Esta legislación, pese a consentir el tratamiento hormonal y las operaciones quirúrgicas necesarias y, más aún, confiándolas al servicio nacional de salud, durante mucho tiempo impidió a estos sujetos ver reconocida plenamente su nueva identidad, sea en relación a la corrección del registro del estado civil, sea en relación con la capacidad para contraer matrimonio con una persona del mismo sexo biológico (haciendo valer a este respecto el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Las dos primeras reclamaciones por parte de sujetos transexuales sobre las cuales el Tribunal de Estrasburgo ha resuelto el fondo fueron *Rees y Cossey*³⁵: el rechazo de la autoridad inglesa a reconocer todos los efectos del cambio de sexo y la posibilidad de casarse se consideró en ambas ocasiones que no vulneraba en cualquier caso los arts. 8 y 12 del Convenio, sosteniendo que una obligación positiva de reconocimiento a cargo del Estado no podía ser deducida de una praxis uniforme vigente en los países europeos. En estas primeras decisiones, por tanto, los jueces reconocieron que el tratamiento que recibían los transexuales en el Reino Unido no suponía una excepción, en el marco de las diversas praxis nacionales, que obligase al Tribunal a intervenir sancionando el comportamiento nacional. En una situación de incertidumbre y de fragmentación normativa, científica y cultural, el Tribunal terminó por asumir una posición que, de un lado, consideraba esa complejidad como un obstáculo cognitivo insuperable a su propia intervención, pero que, de otro lado, ponía límites de orden procedimental al margen de apreciación estatal: si la extrema diversificación de las prácticas nacionales registradas, en un determinado mo-

³⁵ Decisiones respectivamente del 17.10.1986 (rec. n. 9532/81) y del 27.9.1990 (rec. n. 10843/84).

mento impide la elaboración de un estándar de tutela, esto no significa que, ante una evolución de las coordinadas normativas, científicas y sociales, no pueda el Tribunal desandar sus pasos y controlar —a la luz de las mutaciones expuestas— el comportamiento estatal tenido en aquel momento por minoritario.

Después de la primera formulación de este principio en el caso *Rees* de 1986, y en la sentencia *Cossey* de 1990, el Tribunal se apoyó apodícticamente sobre la constatación de que la evolución registrable a partir de aquel momento no era suficiente para hacer emerger una posición unívoca en el área europea. Tal postura, fue, sin embargo, duramente criticada por los jueces en minoría, que, por el contrario, comenzaron a examinar en detalle los cambios legislativos ocurridos en ese transcurso de tiempo. Éstos últimos, iluminando un grado de consenso siempre mayor ante el reconocimiento de un estatuto jurídico de la transexualidad, subrayaron con fuerza la incongruencia de la posición asumida por la mayoría y su renuncia a individualizar a partir de ese momento un estándar común. Las decisiones siguientes, bajo este marco de referencia, se concentraron casi exclusivamente en la valoración de la evolución normativa y científica ocurrida en el tiempo, alcanzado la conclusión de que no se daba todavía un tratamiento uniforme en el nivel europeo del fenómeno de la transexualidad hasta el punto de justificar el abandono de la doctrina desarrollada en el caso *Rees*³⁶. Es en el año 2002, con el caso *Goodwin*, cuando los jueces de Estrasburgo actualizan la consecuencia que se había dejado ver en las sentencias apenas citadas, llegando a declarar la legislación inglesa contraria a los arts. 8 y 12 del Convenio, considerada hasta aquel momento dentro del margen de apreciación del Estado.

¿Cuáles son las novedades en el tema de argumentación comparada que el Tribunal hace valer en el supuesto concreto para superar la propia orientación precedente? A la convergencia de una serie de elementos deducidos de un análisis comparado (la tendencia constante hacia un mayor recono-

³⁶ Entre otras, véase la decisión del 25.3.1992, B. c. Francia, n. rec. 13343/87, la dec. del 22.4.1997, X, Y e Z c. Reino Unido e Sheffield e Horsham c. Reino Unido, dec. del 30.7.1998, nn. rec. 22985/93, 23390/94.

cimiento en los ordenamientos europeos, la experiencia de países fuera de Europa, como Australia y Nueva Zelanda, y los progresos alcanzados en el ordenamiento comunitario), el Tribunal añade un argumento que señala un enriquecimiento respecto a la concepción estática y/o meramente «algebraica» de un consenso europeo, de la cual se había valido previamente. Todavía en el 2002, en verdad, un acercamiento común europeo en materia de transexualidad estaba por llegar: esa ausencia «entre los cuarenta Estados contrayentes no sorprende, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas y tradiciones jurídicas. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, corresponde en primer lugar a los Estados contrayentes decidir las medidas necesarias para asegurar el reconocimiento de los derechos garantizados por el Convenio [...] y, para resolver en sus ordenamientos jurídicos internos los problemas concretos que plantean el reconocimiento jurídico de la condición sexual de los transexuales operados, los Estados contrayentes deben beneficiarse de un amplio margen de apreciación. El Tribunal atribuye una importancia menor a la ausencia de elementos que expresen un consenso europeo en cuanto a la manera de resolver tales problemas jurídicos y prácticos, que a la existencia de elementos claros e incontestados que demuestren una tendencia internacional continua hacia una mayor aceptación social de los transexuales, pero también el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados» (§ 85).

Este caso señala una novedad indudable en la manera en la cual el Tribunal declina el argumento comparativo porque demuestra la complejidad y, al mismo tiempo, la articulación de la motivación del Tribunal. Más que hacer referencia solo al marco normativo de los países europeos, el Tribunal da cuenta de que el ordenamiento inglés no ha adoptado, en el periodo de veinte años, remedio alguno a una situación que expone a los transexuales a una lesión constante de la propia dignidad. Para constatar esta contradicción con los principios incardinados en el Convenio, el Tribunal da cuenta de tres factores. En primer lugar, hace referencia a la tendencia internacional en el tema del reconocimiento de la transexualidad, que muestra una evolución neta y marcada hacia una mayor tutela respecto al pasado. En segundo lugar, denota la contradicción en el comportamiento de las autoridades nacionales, que financian las operaciones de cambio de sexo en

el sistema sanitario nacional, pero luego renuncian a reconocer la nueva identidad nacional. En tercer lugar, el Tribunal reconoce que el margen de apreciación no puede ser entendido solamente como un instrumento destinado a garantizar las prerrogativas de los Estados en ausencia de un consenso a nivel europeo, pues encuentra un límite insuperable en todas aquellas situaciones que conllevan aspectos íntimos de la propia vida privada, como la identidad sexual.

2.2.b) *La escasa incidencia de la comparación jurídica y la noción hiper-rígida de tradición cultural: el caso de la moral religiosa*

El Tribunal, obviamente, no ha demostrado respecto a todos los derechos estar en condiciones de valerse del método comparativo para elaborar un estándar de juicio compartido. En materia de libertad religiosa, por ejemplo, la referencia a la praxis de la normativa nacional ha tenido una función, en resumen, sin influencia en los márgenes tolerables de la libertad de acción estatal.

Ya en la primera sentencia que se ocupó de la libertad religiosa, concretamente de la conformidad del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con la legislación griega que sancionaba duramente el proselitismo³⁷, el Tribunal asumió una posición extremadamente cauta ante una institución que, antes que representar una excepción, dado su fundamento histórico en el marco de la legislación europea, pretendía realmente salvaguardar la centralidad de la religión mayoritaria³⁸. Pese a declarar contraria al Convenio la pena de detención aplicada a un testigo de Jehová, introducido en una habitación privada bajo engaños, en efecto, se dejó sin juzgar la facultad del Estado griego de incriminar las formas de proselitismo consideradas im-

³⁷ Dec. del 25.5.1993, Kokkinakis, n. rec. 14307/88.

³⁸ F. RIGAUX, «L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, p. 145. Sobre estos aspectos de la decisión véase C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001, pp. 100 ss.

propias³⁹ en cuanto que deformidades de una «correcta» comunicación del credo religioso. De este modo, el Tribunal habría querido abstenerse de discutir el fin último perseguido por la ley (salvaguardar la religión prevalente greco-ortodoxa), afectando solamente su modalidad de aplicación⁴⁰. Si a esto se añade que el proselitismo religioso constituye también una forma de manifestación del pensamiento religioso (tutelada por el art. 10 de la Convención), su sujeción al régimen del art. 9 del Convenio da testimonio claro de una estilización de significado que, antes que otros elementos, muestra la idea de la escasa propensión del Tribunal a discutir el vínculo entre organización de la sociedad y cultura religiosa dominante⁴¹.

Desde otro punto de vista, la resistencia a escindir la ordenación del factor religioso de la influencia de las concepciones mayoritarias y la propensión a hacer de esto un subsistema «hipersensible» de la libertad de manifestación de pensamiento aparece de nuevo en un caso de 1996, concerniente a la legislación inglesa sobre la represión de la blasfemia⁴². En esa ocasión, el recurrente —un director cinematográfico— alegaba una violación del art. 10 del Convenio causada por el secuestro de un film suyo tenido por ofensivo de la moral religiosa. Respecto a tales pretensiones, en el juicio tuvo un papel prevalente el hecho de que la finalidad perseguida por el legislador inglés —que pretendía tutelar el sentimiento religioso prevalente— fue sin más legítima en ausencia de una «concordancia de opiniones» a nivel europeo sobre el tratamiento de la blasfemia o el peso que debe atribuirse a la noción de «los derechos de otros» cuando estos coinciden con el respeto de las opiniones religiosas. De tales constataciones se deduce que los Estados, «cuando regulan la libertad de expresión sobre

³⁹ Cfr. En parte § 48 de la decisión. La conclusión alcanzada por el Tribunal es criticada por las opiniones disidentes de los jueces PETTITI, DE MEYERS y MARTENS.

⁴⁰ F. RIGAUX, *Interprétation consensuelle*, cit., pp. 49-50.

⁴¹ En este tema confróntese las atentas observaciones de A. GARAY, «Liberté religieuse et prosélytisme: l'expérience européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, p. 20. Un juicio muy duro sobre esta decisión lo expresa F. RIGAUX, *op. ult. cit.*, p. 59 («la Cour a été d'une timidité confinante à la pusillanimité»).

⁴² Dec. del 25.11.1996, *Wingrove c. Reino Unido*, n. rec. 17419/90.

cuestiones susceptibles de ofender convencimientos interiores, en el terreno de la moral y, sobre todo, de la religión», debe dejarse «en general» (sin atender al caso concreto) un margen de apreciación más amplio⁴³.

Esa conclusión mueve necesariamente a la reflexión. En primer lugar, porque de este modo, el análisis comparado pierde su capacidad transformadora por limitarse a dar cuenta de una diversidad irreconciliable y paralizante⁴⁴; en vez de valerse de ella para individualizar las reglas de juicio a aplicar en el caso concreto (por ejemplo, dando el peso justo a la progresiva despenalización de la blasfemia en la mayor parte de los países europeos), el Tribunal va a la búsqueda de un improbable —y quizá tampoco ausplicable— uniformidad europea en relación al papel de la moral religiosa. En segundo lugar, porque la idea de sociedad democrática, que a partir del caso *Handyside* ha estado asociada a la tutela de las opiniones que «ofenden, turban o disturban al Estado o a cualquier otro sector de la población»⁴⁵, se arriesga de escapar de forma redimensionada del contraste con las temáticas relativas a la moral religiosa.

La referencia a la ausencia de un consenso europeo, en definitiva, se ha mostrado en estos casos como un instrumento que aleja al Tribunal de su papel de garante de un compromiso razonable entre unidad y pluralismo de los diversos modos de entender los derechos: una cosa es la pluralidad, incluso extrema, de los modos de concebir la libertad religiosa y las relaciones entre organización estatal y confesión religiosa, y otra cosa es atribuir a los componentes morales del factor religioso —en mayor razón cuando se radican en un contexto local que el Tribunal dibuja como homogéneo e inconexo— un valor prevalente e incondicionado sobre otras libertades protegidas.

⁴³ Así se expresa la sentencia en el apartado § 58. No parece que tenga ningún peso en el juicio del Tribunal, la circunstancia de que en un número cada vez mayor de Estados, el delito de blasfemia está abolido o no se aplica (§ 57).

⁴⁴ Al respecto véase F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, «Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 124.

⁴⁵ Dec. *Handyside*, cit., § 49.

2.3. Argumentos comparados y sociedad democrática: la infraestructura del pluralismo de los derechos fundamentales en Europa

Examinar dos direcciones jurisprudenciales en las cuales los argumentos comparados han sido invocados en apoyo de caminos divergentes no debe hacer olvidar que el valor y el significado de la dimensión comparada trasciende el momento puramente aplicativo para interrogar sobre las raíces de algunas problemáticas de fondo del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la posibilidad de hacer coexistir un mecanismo unitario de tutela de los derechos fundamentales con el mantenimiento y el desarrollo del pluralismo de las culturas de derechos, o incluso la tentación de evitar que la elaboración de reglas comunes a principios compartidos conlleven soluciones que se revelan inicuas respecto a las pretensiones del recurrente.

En esta clave, por tanto, la comparación jurídica no supone solamente un instrumento que se emplea en el juicio para valorar el grado en el que se comparten los principios generales formulados por el Convenio. Más bien constituye la dimensión dentro de la cual se contrastan a nivel europeo la diversidad de las estrategias culturales en materia de derechos y al mismo tiempo el lenguaje mediante el cual se articula una visión relacional y dialógica de la diversidad⁴⁶. En el contexto bajo el que se afirma esta visión, el lenguaje comparado se ha utilizado haciendo propia una premisa metodológica según la cual la comparación, lejos de reivindicar pretensiones objetivas de científicidad, puede tener sentido mediante la interrogación relativa de culturas y tradiciones diferentes a condición de aceptar una noción discursiva y narrativa constituida⁴⁷. Solo de este modo se puede producir un proceso «autorreproductivo en el curso del cual [los derechos humanos] son constantemente interpretados y reinterpretados, puestos en discusión y transformados en una miríada de actores que actúan en contextos

⁴⁶ Sobre el valor relacional de la dimensión comparativa véase P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, Paris, 1999, pp. 32.

⁴⁷ P. LEGRAND, «The Same and the Different», en ID.-R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 243; más en general, C. GEERTZ, «Gli usi della diversità» (1986), en ID., *Antropologia e filosofia, il Mulino*, Bologna, 2001, pp. 85 ss.

múltiples»⁴⁸. La diversidad cultural, en el signo de la comparación, no parece ser ni un conjunto paralizante de teselas heterogéneas e inconmensurables, destinadas a permanecer aisladas, ni una simple premisa de una síntesis definitiva, que promueve el signo de la diversidad⁴⁹.

Ahora bien, el punto clave sobre el que el Tribunal de Estrasburgo parece hacerse cargo de esa visión compuesta y relacional está constituido por el valor y el significado que ha cobrado el principio de «sociedad democrática». Como ya se ha dicho más arriba, el contenido de ese principio no se ha agotado en la determinación de los límites dentro de los cuales la restricción de un derecho se considera compatible con el Convenio, pero ha ido más bien, hacia la enucleación de un complejo de reglas y de principios constitutivos de una suerte de contenido esencial («Wessensgehalt») de los derechos y las libertades en el área europea⁵⁰, un «*ius publicum europaeum*»⁵¹ que se ha ido construyendo a partir de la elaboración de esos contenidos de valor común a la democracia liberal de la segunda postguerra⁵²,

⁴⁸ F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par-delà l'universalisme et le relativisme*, cit., p. 115.

⁴⁹ La tensión se expresa muy bien en P. LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., pp. 36-37: «... la comparaison n'aura pas un effet unificateur, mais bien multiplicateur. Le promoteur de l'unification du droit est tout le contraire du comparatiste. La comparaison, dans sa démarche même, poursuit l'objectif de faire ressortir le divers dans le droit et de justifier ce divers». Refiriéndose al pensamiento de Foucault, Legrand sostiene en concreto que el comparatista está llamado constantemente a «surmonter d'emblée la répugnance singulière [qu'on éprouve] à penser la différence, à décrire des écarts et des dispersions».

⁵⁰ A. LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften. Die «demokratische Gesellschaft» als Determinante der Grundrechtsschranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 306.

⁵¹ P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en el libro del mismo autor, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1997, p. 44; también en de este autor «Beschränkung und Missbrauch der Grundrechte im Kontext des europäischen Verfassungsvergleichs - eine Problemskizze», en S. Breitenmoser et al., *Human Rights and Democracy*, cit., pp. 313 ss.

⁵² K. HAILBRONNER, «Die Einschränkungen von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft», en R. BERNHARDT et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1983, p. 361.

y que permanece abierto a la evolución y a los enriquecimientos registrables en los distintos contextos sociales, sean nacionales o no ⁵³.

La sociedad democrática, por tanto, es una fórmula clave en el sistema del CEDH porque, además de indicar la constelación de valores entre los que esta última está inserta ⁵⁴, es expresión de un equilibrio renovado continuamente entre la búsqueda de un significado claro y unívoco de los derechos y de las libertades garantizadas y la aspiración hacia una continua redefinición del contenido y de la matriz ideológico-cultural de esos derechos ⁵⁵, razón por la cual no han encontrado en la jurisprudencia del Tribunal una sistematización conceptual definitiva ⁵⁶. Esta falta de distinción sustancial la pone en situación de asumir la semblanza de un protocolo constructivo de deliberación pública ⁵⁷, dentro del cual el discurso europeo de los derechos se alimenta «de un complejo proceso de discusión, de interrogantes, de críticas en las cuales participa una multitud de actores a nivel nacional e internacional: recurrentes y gobiernos, sin duda, pero también los

⁵³ P. T. VEGLERIS, «Valeur et signification de la clause «dans une société démocratique» dans la Convention européenne des droits de l'homme», en *Les droits de l'homme. Revue de Droit International et Comparé*, 1968, p. 238.

⁵⁴ M. DELMAS-MARTY (*Fecondité des logiques juridiques*, cit., pp. 469 ss.) indica cuatro principios clave: legalidad (respecto a la medida limitativa de los derechos), legitimidad (del fin perseguido mediante la limitación), necesidad (de la medida limitativa de un derecho por perseguir un fin legítimo) y espíritu democrático (criterio general, a la luz del cual la sociedad democrática está asociada a la salvaguarda del «pluralismo, de la tolerancia, de la apertura de perspectivas -«broad mindedness»).

⁵⁵ A. LOGEMANN, *Grenzen der Menschenrechte*, cit., p. 300.

⁵⁶ V. FABRE-ALIBERT, «La notion de «société démocratique» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 491, donde habla del «indeterminisme juridique regrettable».

⁵⁷ Sobre el papel del «constructivismo» en un sistema de democracia deliberativa véase J. RAWLS, *Liberalismo político*, Ed. di Comunità, Milano, 1994, pp. 89 ss. (en particular p. 95, donde la idea de un constructivismo político de un modelo de cooperación social entre «ciudadanos libres e iguales» está asociado a un régimen democrático en el que las divergencias fundamentales entre ciudadanos está compuesta según una idea de razón pública»).

jueces nacionales, las instituciones políticas, los movimientos de la sociedad civil y otras jurisdicciones y organizaciones internacionales»⁵⁸.

Más allá del nivel interno de elaboración de las reglas de juicio, por tanto, el argumento comparado ha permitido a los jueces de Estrasburgo interpretar las normas del Convenio sin pretender agotar su sentido y contenido, pero con la conciencia de dejar márgenes de indeterminación confiados al diálogo externo con una serie de actores nacionales e internacionales⁵⁹, portadores de posiciones culturales diversificadas. De esta visión dialógica y circular se deduce que las decisiones del Tribunal, al no agotar la potencialidad evolutiva de la interpretación del Convenio, no puede hacerse portador de una «verdad plural»⁶⁰, de la cual solo con el tiempo —y gracias a un trabajo ininterrumpido de «producción jurídica de sentido» en los ordenamientos nacionales⁶¹— podrá deducirse una «verdad compartida»⁶².

3. LOS ARGUMENTOS COMPARADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS RIESGOS DE UN «EMBEDDED COMPARATIVISM»

El peculiar carácter supranacional que distingue el fenómeno comunitario, podría llevar a pensar que el papel y las funciones de la comparación jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia están más estructuradas respecto a un sistema de impronta internacional como es el del CEDH. Dada

⁵⁸ F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par-delà l'universalisme et le relativisme*, cit., p. 141. Dicen los autores «Il lavoro di interpretazione e di argomentazione nel quale si lanciano i giudici di Strasburgo si nutre delle idee, degli argomenti, delle analisi che si scambiano, si contrappongono e interagiscono in questi cenacoli multipli».

⁵⁹ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 335, que hace referencia en primer lugar a los jueces nacionales.

⁶⁰ G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, 1986, p. 53, citado por E. LAMBERT, *op. et loc. ult. cit.*

⁶¹ F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1998, p. 157.

⁶² Véase E. LAMBERT, *op. et loc. ult. cit.*

una integración mucho más intensa con los ordenamientos nacionales, a los jueces comunitarios, en términos abstractos, se le abriría la posibilidad de dar espacio a un método comparado fundado sobre el análisis y sobre la transformación de los diversos sistemas nacionales. Un método que, por otro lado, gracias a la eficacia prevalente de las decisiones jurisprudenciales y en paralelo a la armonización legislativa, bien podría haber marcado en profundidad la suerte de la unificación europea.

Sin embargo, la primera impresión que se obtiene en el análisis de la jurisprudencia va en otra dirección: las referencias a las experiencias jurídicas nacionales son escasas y esporádicas, una falta que emerge en materia de derechos fundamentales de un modo mucho más evidente que en otras materias que conoce el Tribunal. Esta contradicción, no obstante, es solamente aparente y puede ser, al menos en amplia medida, desdramatizada si se reflexiona sobre los caracteres distintivos del mecanismo comunitario de tutela de los derechos respecto al instituto del Convenio. Sobre esta base, por tanto, se puede añadir, en un segundo momento, la comprensión del horizonte en el que se inserta el argumento comparado dentro de la jurisprudencia comunitaria.

A primera vista, si bien con el riesgo de alguna simplificación, se puede sostener que el reconocimiento de los derechos fundamentales en el sistema comunitario ha seguido un recorrido en cuanto a la delimitación de los poderes interpretativos de los jueces y la relación con los ordenamientos nacionales, opuesto al que ha caracterizado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como es sabido, entre las competencias iniciales de la Comunidad europea no se incluía la tutela de los derechos fundamentales y cuando el Tribunal consideró que debía controlar los actos comunitarios y nacionales por vulneración de los derechos fundamentales, lo ha podido hacer concibiendo éstos últimos como «principios generales del derecho comunitario», cuyo fundamento reside en un «corpus» normativo heterogéneo, compuesto por las «tradiciones constitucionales comunes» y los «instrumentos internacionales de tutela al que se han adherido los Estados miem-

⁶³ Hablo, obviamente, de la jurisprudencia inaugurada con la sentencia de 12.11.1969, 29/69, *Stauder* y que se asienta definitivamente con la sentencia del 28.10.1975, 36/75, *Rutili*.

bros», en primer lugar el propio CEDH⁶³. La búsqueda y la interpretación de estos principios, debido a la ausencia de un catálogo de derechos, parecía conferir al Tribunal una clara vocación comparada y daba las premisas para desarrollar un diálogo constitucional de nivel europeo⁶⁴. El proceso de individualización de esos principios generales, en realidad, no se podría haber realizado sino es a través de una operación interpretativa gracias a la cual el diseño económico originario de las tres Comunidades se enriqueciese con los aportes que en temas de derechos fundamentales surgirían de las diversas tradiciones constitucionales nacionales.

Estos caminos posibles, sin embargo, fueron en gran parte redimensionados por una serie de sentencias fundacionales, que, en torno al mismo tiempo (años 60-70) han equilibrado la integración con la afirmación de la autonomía de la Comunidad frente a los ordenamientos de los Estados miembros y de la prevalencia del efecto directo sobre las normativas nacionales⁶⁵. En virtud de estas sentencias, el sistema comunitario de tutela de los derechos, a diferencia de lo ocurrido en el sistema del CEDH, se ha caracterizado progresivamente por su absorción tendencial dentro de la lógica comunitaria⁶⁶. Mientras que en Estrasburgo, gracias al escaso nivel de integración de los Estados contrayentes, la naturaleza complementaria y subsidiaria del Convenio ha hecho de los derechos en ella garantizados fórmulas abiertas, a través de las cuales se utiliza la interpretación comparada prioritariamente para atender a la peculiaridad de los diversos ordenamientos nacionales, en Luxemburgo la elaboración de los derechos fundamentales se venía desarrollando bajo el signo de la concentración a nivel comunitario de los caminos a través de los cuales las diversas tradiciones naciona-

⁶⁴ T. KOOPMANS, «The Birth Of European Law At The Cross Roads Of Legal Traditions», *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 496 ss.

⁶⁵ Obviamente la referencia es a las sentencias del 5.2.1963, 26/62, Van Gend en Loos; 15.7.1964, 6/64, Costa e del 28.6.1978, 70/77, Simmenthal II.

⁶⁶ M. HILF, «The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities», en A. DE MESTRAL et al. (eds.), *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, Yvon Blais, Cowansville, 1986, pp. 550-551.

les podrían obviar la ausencia de un catálogo escrito de principios y de situaciones jurídicas protegidas⁶⁷. En otras palabras, la atribución al derecho comunitario y a las mismas sentencias del Tribunal de Justicia de una eficacia directa y prevalente sobre las normas nacionales ha hecho que la aportación de la comparación a la individualización de derechos fundamentales se dirigiese a un fin preciso: elaborar principios uniformes, en grado de dar a las normas técnicas de los Tratados constitutivos una serie de perfiles de garantía y de contribuir de esta manera a la compleción del acervo comunitario mediante la creación de una suerte de parte general del ordenamiento⁶⁸.

En esta perspectiva, sería defendible considerar que las referencias comparativas que han sostenido la jurisprudencia de los años setenta, introductora del principio de tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, han estado influidas por una vocación institucional similar, consistente en dotar al derecho comunitario de un conjunto de reglas y principios destinados, más que nada, a garantizar la plena, directa y uniforme aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros.

Pero la caracterización institucional de la contribución ofrecida por la comparación jurídica al nacimiento y desarrollo del discurso comunitario sobre los derechos no carece de interrogantes. El anclaje de las tradiciones constitucionales comunes a la extensión e intensidad de los fines de la Comunidad es un recorrido que si de un lado anuncia el alargamiento de las garantías previstas por los Tratados gracias a una adaptación evolutiva de

⁶⁷ Esta última orientación todavía subsistía en los años 90, I. Pernice, «Art. 164 EGV», en E. GRABITZ-M. HILF (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union (Maastrichter Fassung)*, Beck, München, 1995 (8. Ergänzungslieferung), p. 10; R. GOSALBO BONO, «The development of general principles of law at national and community level: achieving a balance», en R. SCHULZE-U. SEIF (Hrsg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*, Tübingen, 2003, p. 123.

⁶⁸ P. PESCATORE, «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres», *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 357. Sobre el camino para individualizar y escoger los principios generales como expresión de la dialéctica entre autonomía e interdependencia del derecho comunitario, D. SIMON, «Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire?», *Droits*, n. 14, 1991, p. 76.

las situaciones protegidas al ampliarse la finalidad comunitaria, de otro lado ilumina los riesgos que derivan de asumir esa finalidad como metro y canon exclusivo del reconocimiento de los derechos fundamentales.

La virtualidad que deja ver el empleo del argumento comparado, a menudo ha corrido el riesgo de ceder el paso a una justificación en términos de autorreferencialidad, limitada a determinar las condiciones para el mantenimiento de un cierto orden de relación entre integración económica y libertad individual⁶⁹; orden señalado, no por el equilibrio y el aprendizaje mutuo entre derechos fundamentales y orden institucional⁷⁰, sino más bien por una dependencia sustancial del primero respecto al segundo. El examen de los argumentos comparados usados por el Tribunal de Luxemburgo desvela, por tanto, la dirección en la cual los jueces comunitarios han articulado el marco institucional comunitario, con referencias particulares a la interrelación entre finalidad económica y tutela de derechos fundamentales.

Un ejemplo clásico de tal orientación es el afrontado por el Tribunal en Hauer⁷¹, donde debía juzgar si la prohibición de plantar un nuevo viñedo, dispuesta en un reglamento comunitario de política agrícola, constituía una violación del derecho de propiedad, garantizado por el art. 14 de la Ley fundamental alemana. La sentencia sobre todo da cuenta principalmente de las Constituciones de tres de los entonces nueve países miembros (Alemania,

⁶⁹ El vínculo entre interpretación teleológica y método comparativo está particularmente enfatizado por C. N. KAKOURIS, «Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities», *Pace International Law Review*, 1994, p. 273 ss.; y sobre el detallado reconocimiento de K. LENAERTS, «Le droit comparé dans le travail du juge communautaire», en F. Van Der Mensbrugge (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2003, pp. 122 ss. En contra, considera «insignificante la posizione della comparazione giuridica nell'interpretazione teleologica» J. JOUSSEN, «L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario», *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 532.

⁷⁰ Al menos en el sentido de P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1983, pp. 180 ss.

⁷¹ Sentencia del 13.12.1979, 44/79.

⁷² Llamando al art. 1.2 del CEDH como representación de una «indicación importante» porque «ammette in linea di principio la liceità delle restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che queste restino nel limite di quanto giudicato

Italia e Irlanda)⁷² para constatar que la limitación del derecho de propiedad en finalidades asimilables al «interés general» constituye un principio común a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

De la noción de interés general, el Tribunal da una interpretación conforme, más que a las tradiciones nacionales referidas, al contexto en el que está llamado a operar el reglamento impugnado. En atención a la función eminentemente social que poseen las cláusulas constitucionales en materia de limitación de la propiedad, lo que se enfatiza por los jueces es la capacidad del principio del interés general de apoyar la finalidad de la acción comunitaria, o lo que es igual en el caso concreto, «la organización del mercado vitivinícola»⁷³.

La preocupación demostrada por el Tribunal en la caracterización de un interés general no inserto en el contexto del marco comunitario, parece tener un significado adicional referido al temor de que un estándar nacional perjudicase la uniformidad del ordenamiento supranacional. Ese significado adicional, bien visto, reside en el hecho de que una noción compuesta y valorativamente densa como la del interés general de la Constitución nacional dificulta encontrar un marco de compatibilidad en el contexto del ordenamiento y de las políticas comunitarias. Esto hace que el contenido expansivo de ese principio sea actualizado y leído en el sentido de que el interés general deja al fondo su función ligada a la individualidad y socialidad⁷⁴,

dagli stati necessario ai fini della tutela dell' interesse generale», la Corte precisa che «questa norma non permette tuttavia di fornire una soluzione sufficientemente precisa alla questione» (§ 19).

⁷³ Sentencia citada, § 24. Sobre el orden público comunitario como «composto dalle regole inderogabili che hanno guidato la costruzione del mercato unico» v. F. ANGELINI, «Ordine pubblico nel diritto comunitario», *Dig. disc. pubbl.*, II agg., UTET, Torino, 2005, p. 512.

⁷⁴ Sobre el recorrido del derecho de propiedad y su función social sobre el ordenamiento europeo véase v. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Giappichelli, Torino, 2002, en especial pp. 145 ss.; y A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 225 ss.

para afirmar una finalidad más modesta de apoyo a un compatibilidad sistémica específica, sin duda coincidente con la finalidad del ejercicio de poderes comunitarios en el sector de la PAC⁷⁵. En consecuencia, la misma comparación no parece tener otra función que la de nutrir al derecho comunitario de un principio que formalmente justifica esa operación, dado que su uso no tiene en cuenta la radicación de sus cláusulas limitativas de la propiedad en el margen de los ordenamientos constitucionales nacionales.

3.1. **El uso de la comparación jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, entre la estabilidad del marco institucional y su apertura**

Lo indicado en el párrafo precedente no constituye, es necesario precisar, ni una tendencia precisa y unívoca, ni, todavía menos, un criterio de lectura que sea aplicable en línea general a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante, son significativos los elementos que llevan a considerar que, con el paso del tiempo, la llamada al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes ha representado un apoyo válido para extender el marco de las garantías comunitarias, aunque es cierto que son pocos los sectores en los que concretamente se ha verificado, y no faltan los casos en los cuales la orientación para reforzar la tutela de los espacios abiertos por el Tratado ha sido obstaculizada por un persistente empleo selectivo de tales argumentos.

⁷⁵ En base a esta solución creo que se podría revisar útilmente la tensión subrayada por J.H.H. WEILER, «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review*, 1986, p. 1108, que señala el papel del Tribunal de Justicia, como juez supranacional de los derechos, favorece una integración de su significado y papel (incorporando en esa función de integración también los principios que emergen de las tradiciones constitucionales comunes) y el respeto al «vínculo institucionales» y al apoyo de las políticas comunitarias.

Para ilustrar mejor las contradicciones que todavía señalan el método interpretativo de los jueces comunitarios pero, al mismo tiempo, algunas aperturas significativas, aprovecharé el impulso que dan dos filones jurisprudenciales consolidados, que si bien están estrechamente conectados entre ellos (referidos respectivamente a la discriminación de transexuales y homosexuales), muestran cuánta relevancia puede tener un apoyo responsable sobre el CEDH y las tradiciones comunes para alcanzar y dar a los derechos que surgen de los Tratados una visión no orientada a la mera consolidación de la libertad de circulación y a una interpretación atenta a las circunstancias del caso concreto.

3.1.a) *El uso transformador de la argumentación comparada en la jurisprudencia relativa a los derechos de los transexuales*

Como es sabido, es este uno de los sectores en los que es más fácil valorar en qué manera la extensión de la garantía dispuesta en los Tratados ha caminado en paralelo con la «raison d'être» de una Comunidad fundada sobre la libre circulación, en primer lugar de trabajadores, y constituida por el principio de no discriminación y, sobre todo, por la aplicación que le ha dado el Tribunal de Justicia⁷⁶. Es inútil volver en esta sede sobre las líneas directrices marcadas alternativamente por los Tratados y la jurisprudencia⁷⁷.

⁷⁶ Véase por todos F. SORRENTINO, «L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee», *Pol. dir.*, 2001, pp. 180 ss.; y P. RIDOLA, «Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea», en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Anuario 1999 - La Costituzione europea, Cedam, Padova, 2000, pp. 345 ss.; por último S. NICCOLAI, «Changing Images of Normal and Worthy Life. The Constitutional Potential of Economic Sensitivity within EU Gender Policies», en EAD.-I. RUGGIU (eds.), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, EPAP, Firenze, 2010, pp. 35 ss.

⁷⁷ Baste la referencia a las sentencias 15.6.1978, 149/77, Defrenne c. Sabena; 15.5.1986, 222/84, Johnston; 17.10.1995, C-450/93, Kalanke; 11.11.1997, C-409/95, Marschall. Sobre la lógica empleada en la jurisprudencia comunitaria en materia del

Lo que todavía merece la pena subrayarse en ese proceso es la inserción del principio de no discriminación en el área de influencia de la finalidad económica, que no ha impedido que con el tiempo asumiese una función de ampliación y difusión de las «chances» de acceso al goce de derechos más allá del respeto a sus elementos estáticos⁷⁸. En este marco, ha ocupado un papel particular, en una estructura centrada originariamente sobre un margen limitado de factores de no discriminación como el sexo o la nacionalidad, la continua inclusión de nuevos hechos relevantes para la extensión de la tutela dada por el derecho comunitario⁷⁹. Con la intención de analizar qué importancia ha tenido en tal proceso la llamada al argumento comparativo, nos ocuparemos de la transexualidad y la homosexualidad.

El primer caso en cuestión fue decidido con la sentencia P.c.S y Cornwall County Council, en el cual se preguntó al Tribunal si el despido a resultas del cambio de sexo del trabajador suponía una violación de la Directiva 76/207/CEE, en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo⁸⁰. El Gobierno inglés y la Comisión sostuvieron que una discriminación debe entenderse prohibida por el derecho comunitario solo cuando la distinción contestada opere tras un mecanismo que provoque una preferencia no justificada de la mujer o el hombre; de acuerdo con esta premisa, el despido de un transexual no podría ser nunca discriminatorio, en tanto que

principio de no discriminación, véase en especial, J. SHAW, «Gender and the Court of Justice», G. DE BÚRCA-J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 87 ss.; C. BARNARD, «The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?», *Cambridge Law Journal*, 1998, pp. 352 ss. Para una precisa evaluación de la jurisprudencia europea en tema de no discriminación véase. L. POTVIN-SOLIS, «La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 967 ss.

⁷⁸ Últimamente véase el análisis de R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 286 ss.

⁷⁹ Con la extensión de los factores de no discriminación previstos en las directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE.

⁸⁰ Sentencia del 30.4.1996, C-13/94.

afecta de manera indiferente a la mujer y al hombre que cambia de sexo, sin golpear a unos u otros en mayor medida.

El Tribunal, ante este argumento que se conectaba con su jurisprudencia más llamativa, responde en primer lugar citando la sentencia Rees del TEDH y fundando sobre ella una noción de discriminación más atenta que en el pasado, operativa también para los componentes de la diferencia sexual que supera el paradigma biológico hombre/mujer⁸¹. Si la transexualidad, como se ha señalado en la jurisprudencia de Estrasburgo, necesita una tutela cualitativamente distinta de la que ofrece la prohibición de discriminación entre hombre y mujer, también los principios comunitarios deben reflejar una diversidad similar.

La necesidad de dar al transexual una tutela específica, a la luz del Tribunal, se cualifica por el dato de que el mecanismo de la no discriminación entendido «sic et simpliciter» es inadecuado para dar una respuesta a la exigencia de reconocimiento que, en el caso del recurrente, pone en danza exigencias de protección más allá de la simple «Gleichbehandlung»: exigencias que, individualizadas en el respeto de la libertad y de la dignidad⁸², acercan más — como ya se ha hecho ver — la estructura del juicio sobre la discriminación a la salvaguarda de un verdadero y propio juicio de igualdad⁸³.

Si ya en este primer estadio, en efecto, la influencia ejercida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede explicar sus efectos sobre la extensión del principio de tutela y los horizontes del significado de la no discriminación⁸⁴,

⁸¹ C. BARNARD, *The Principle of Equality in the Community Context*, cit., p. 354. Sobre esta evolución, en general, cfr. F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza*, cit., pp. 185 ss. Por otro lado, el caso P. c. S., constituye la primera ocasión en la que el TJ reclama expresamente la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos del hombre.

⁸² Sobre este punto G. TESAURO, «Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali del diritto comunitario e dei diritti fondamentali», en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1999*, cit., p. 314.

⁸³ *Op. ult. cit.*, pp. 355 s.

⁸⁴ En este tema In tema v. F. PICOD, «Le juge communautaire et l'interprétation européenne», F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 313.

es con la posterior sentencia K.B. c. NHS⁸⁵, cuando el Tribunal, conectando en un círculo virtuoso con la decisión tomada al mismo tiempo en Estrasburgo en el caso Goodwin, pone las bases para un avance posterior de la lógica de la igualdad, en el sentido, esta vez, de la protección de la libertad para contraer matrimonio.

La recurrente ante el Tribunal sostenía que era contrario al derecho europeo la oposición del ente de previsión social a conceder, en el caso de muerte, una pensión a su pareja —persona de sexo femenino que se había sometido a una operación de cambio de sexo—. De hecho, según el derecho inglés, solo el «cónyuge en convivencia» habría obtenido el citado beneficio, con la consecuencia de que la discriminación sufrida por el recurrente era de naturaleza indirecta, siendo relevante no el cambio de sexo en cuanto tal, sino más bien la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona que según el derecho nacional, como sabemos del capítulo precedente, era considerada jurídicamente del mismo sexo pese a la referida operación.

La incidencia de un caso de este tipo, a través del velo del principio de no discriminación, sobre un sector de indiscutible competencia nacional, como es el de la libertad a contraer matrimonio, no es un argumento que haga al juez comunitario eludir la petición del recurso.

Es el Abogado General Colomer quien, después de haber atribuido a la libertad de contraer matrimonio un valor en condiciones de orientar el principio de no discriminación⁸⁶, individualiza el fundamento de esta última en el derecho comunitario, a partir, entre otras, de la citada sentencia Goodwin⁸⁷, y de un atento análisis comparado de las regulaciones en los Esta-

⁸⁵ Sentencia del 7 de enero de 2004, C-117/01, sobre ello S. PANUNZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en Id. (edición), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 96 s. y L. VIOLINI, «Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di Giustizia», *Quad. cost.*, 2004, p. 414.

⁸⁶ Cfr. las conclusiones presentadas el 10.6.2003, «Non si tratta di edificare un «diritto matrimoniale europeo», ma di garantire la piena efficacia del divieto di discriminazioni fondate sul sesso» (§ 76).

⁸⁷ Por otro lado, es significativo recordar que la decisión Goodwin había hecho el esfuerzo de superar los propios precedentes relativos al art. 9 de la Carta de Nizza:

dos miembros, para llegar a afirmar que la libertad de los transexuales esta «globalmente admitida» en los países europeos y, por tanto, se debe garantizar también en el ordenamiento comunitario ⁸⁸.

En esta línea se asienta asimismo la decisión del Tribunal de Justicia por la cual, introduciendo la imposibilidad de contraer matrimonio entre los factores en los que puede tomar forma una conducta discriminatoria ⁸⁹, se apoya casi exclusivamente en la jurisprudencia del TEDH (pero no sobre la legislación de los países miembros) para sancionar una incompatibilidad en línea de principio entre el derecho nacional en discusión y el derecho comunitario.

El camino a través del cual los jueces han declarado una incompatibilidad similar es significativo por dos motivos. Antes que nada, porque demuestra claramente cómo la impronta cooperativa de la no discriminación permite a los principios comunitarios, en virtud de los procesos de circulación de los modelos de tutela (en este caso el CEDH) extender su alcance también a materias de gran relieve y de segura competencia de los Estados,

por tanto, es legítimo considerar que los jueces comunitarios hayan reclamado con un énfasis particular este precedente de Estrasburgo porque ya incorporaba una interpretación «comunitaria» del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH.

⁸⁸ Doy cuenta del pasaje de las conclusiones: «Il desiderio dei transessuali di contrarre matrimonio con la controparte sessuale che deriva dal loro nuovo sesso, ha avuto un riflesso giuridico tanto nella legislazione quanto nella prassi amministrativa degli stati membri, nonché nella giurisprudenza, in particolare in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questi elementi sono di fondamentale importanza ai fini dell'analisi che la Corte di giustizia deve effettuare, nei limiti in cui sia possibile ricavare l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario da una tradizione costituzionale comune ai paesi dell'Unione europea o dalle indicazioni provenienti da uno strumento internazionale relativo alla protezione dei diritti umani, ratificato da tutti gli Stati membri» (§ 27). Sigue un estudio comparativo sobre la evolución del principio de la jurisprudencia del TEDH (§§ 29-35) y sobre los ordenamientos de quince países miembros de la Unión: entre ellos solo Gran Bretaña e Irlanda no reconocen esa libertad.

⁸⁹ Sentencia citada, § 30. Sobre la validez antidiscriminatoria de K.B. envío a G. REPETTO, «I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica», en A. VESPAZIANI (editor), *Diritti fondamentali europei, Giappichelli*, Torino, 2009 p. 162.

como la libertad matrimonial⁹⁰. En segundo lugar, porque ilumina cómo la plantilla operativa del principio de no discriminación, una vez vigorizada con valores provenientes del sistema del CEDH (sin infravalorar el reenvío a los ordenamientos nacionales efectuado por el Abogado General), puede constituir un instrumento para superar la lógica de una tutela enteramente cerrada dentro de la estructura original de los Tratados (centrado mucho tiempo, como hemos visto, sobre el peso del paradigma biológico) y para lograr al mismo tiempo una interpretación «rights based» de los institutos comunitarios⁹¹ que marca la distancia de un acercamiento rígidamente funcionalista en el uso de la comparación.

3.1.b) *El uso estabilizador de la argumentación comparativa en la jurisprudencia relativa a la discriminación de los homosexuales*

No muy diversas de las que acabamos de examinar, pero que han obtenido una respuesta muy distinta por parte del Tribunal de Justicia, son las cuestiones concernientes a la discriminación de los homosexuales, con especial referencia a la posibilidad de equiparar al matrimonio las formas de convivencia registradas de diverso modo, al fin de valorar si las posiciones favorables que se derivan del derecho comunitario para el «cónyuge» de un

⁹⁰ Sobre este aspecto reenvío a las consideraciones de E. CRIVELLI, «I transessuali e il diritto europeo», in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 345.

⁹¹ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, cit., p. 293. Las posiciones de K.B. han sido rechazadas en la sentencia d 27.4.2006, C-423/04, Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, referida a la discriminación de la legislación inglesa que en el cómputo del umbral de la edad para gozar de las pensiones, no daba cuenta de la nueva identidad sexual adquirida por el transexual operado. La ausencia en esta decisión de referencia alguna al CEDH o a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, más que su menguante influencia en la jurisprudencia comunitaria, testimonia cómo el Tribunal de Luxemburgo se ha apoderado de ella, al respecto CRIVELLI, *op. cit.*, p. 346.

sujeto que reviste un cierto estatus (trabajador extranjero o funcionario de la Comunidad) puedan también valer para el «conviviente registrado».

Los dos casos relevantes son bastante parecidos. En el que ha dado lugar a la decisión *Grant c. South West Trains*⁹², la demandante, empleada en una sociedad de transporte ferroviario, planteaba al Tribunal si la negativa a reconocer a su «partner» del mismo sexo la tarifa de viaje bonificada y garantizada a los cónyuges, chocaba con la disposición de la Directiva 76/207/CEE en materia de prohibición de discriminación fundada en el sexo. La misma petición está en el fundamento de la sentencia *D. e Svezia c. Consejo*⁹³, en el que un empleado de la Comunidad se lamentaba del hecho de que una interpretación restrictiva de la noción de «familia» impidiese al sujeto del mismo sexo con el que se había registrado una unión estable en Suecia, beneficiarse de la ayuda de familia prevista en el estatuto del Consejo a favor de los cónyuges de los trabajadores. A hechos idénticos, una respuesta idéntica por parte del Tribunal: las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no son equiparables a las relaciones entre cónyuges o, incluso, a las relaciones estables fuera del matrimonio entre personas del sexo opuesto.

El elemento decisivo en la base de ambas sentencias radica en el hecho de que, para poder revisar una violación del principio de no discriminación, el componente biológico-identitario de la sexualidad (que reúne a los transexuales y a los heterosexuales, diferenciándolos de los homosexuales) reviste un peso preponderante respecto a aquellas ligadas a las preferencias sexuales⁹⁴: en otras palabras, si está prohibido discriminar por el hecho de que se es (o se convierte, en el caso de los transexuales) hombre o mujer, no está prohibido, por otro lado, hacer lo mismo frente a aquellos que rechazan un similar «aut-aut» y orientan sus relaciones de convivencia sobre la base de un camino de autodeterminación. A través de esa línea de demar-

⁹² Sent. del 17.2.1998, C-249/96.

⁹³ Sent. de mayo 2001, C-122/99 P e C-125/99 P.

⁹⁴ P. LENOIR, «L'homosexualité et le juge communautaire», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 415 y ss.

cación y a partir de ese principio, por tanto, el Tribunal levanta su construcción de un derecho de familia europeo⁹⁵.

Esa distinción alumbró el riesgo de una lectura de cualquier tipo, menos subversiva, de la sentencia P. c. S., a su vez citada por la sentencia Grant⁹⁶: antes que constituir un precedente para alargar la red del principio de no discriminación a hechos posteriores respecto a la identidad biológica (como fue propuesto en el caso Grant por el Abogado General Elmer)⁹⁷, el caso de la transexualidad se revelaría en realidad como una ocasión para reforzar la centralidad de este componente, puesto que testimoniaría —en razón de la estructura de semejanza entre matrimonio heterosexual y matrimonio con un «partner» transexual —la imposibilidad de extender ese diseño también a expresiones de la identidad sexual caracterizadas por un alejamiento de los roles tradicionales, como en el caso de la homosexualidad.

Lo que interesa de este recorrido jurisprudencial es que, de haberse prestado una mayor atención a la jurisprudencia del CEDH, probablemente habría permitido al Tribunal de Justicia dar a la discriminación fundada en el sexo un relieve y un valor diverso del que ha asumido en la jurisprudencia el tema de la homosexualidad y en la lectura de decisiones similares al caso P. c. S.

De hecho, las dos sentencias en cuestión han citado tanto el CEDH como las tradiciones nacionales, y en relación a ambas han iluminado la ausencia de un principio equiparable entre el matrimonio tradicional y las uniones registradas entre homosexuales. Probablemente, una lectura del art. 141 TCE (hoy 157 TFUE) —la norma base del Tratado en materia de no discriminación— bajo el signo de la ampliación de las categorías en que puede manifestarse una práctica discriminatoria, habría requerido en este caso discutir el propio requisito del matrimonio, contemplado, por el contrario, como un elemento esencial de la legislación «sub iudice», para dar

⁹⁵ E. CARACCILO DI TORELLA-E. REID, «The changing shape of the European Family» and fundamental rights», *European Law Review*, 2002, pp. 80 y ss.

⁹⁶ Sobre la continuidad de los dos filones, véase E. CARACCILO DI TORELLA-E. REID, *op. ult. cit.*, p. 82.

⁹⁷ Véanse las conclusiones generales en Racc. I, pp. 623 y ss.

un relieve específico y directo a la ausencia de justificación para un tratamiento diferenciado en razón de las preferencias sexuales⁹⁸. Sobre esta base, la evolución experimentada en las decisiones del Tribunal de Estrasburgo tras la sentencia Grant, quizá habría ofrecido a los jueces comunitarios la oportunidad de apoyar ese diseño.

En las tres sentencias Smith y Grady c. Reino Unido; Lusting, Prean y Beckett c. Reino Unido; y Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal⁹⁹, todas de 1999, el TEDH ha atribuido de hecho a la homosexualidad un tutela específica, sea en relación con la protección de la vida privada y familiar (Smith y Lusting) que con su disfrute no discriminatorio (en el caso Salgueiro). Precisamente porque en estos casos, la «ratio» de protección se agarra exclusivamente sobre la condición de homosexual en cuanto tal, independientemente de su cercanía o distancia respecto a otros modelos de vida, la consideración de su alcance en el Tribunal de Justicia GE habría dado las premisas para la posterior extensión de los supuestos de no discriminación relevantes para el derecho comunitario¹⁰⁰.

⁹⁸ Por ello, solo convence en parte el argumento de C. BARNARD, *The Principle of Equality*, cit., p. 357, compartido también por E. CRIVELLI, *I transessuali*, cit., p. 344, para el que la noción de «sexo» no conllevaría la de «sexual orientation».

⁹⁹ Respectivamente sentencias del 27.9.1999, rec. 33985/96 y 33986/96; sentencia del 27.9.1999, rec. 31417/96 y 32377/96; sentencia del 21.12.1999, rec. 33290/96.

¹⁰⁰ Con la sentencia de 1.4.2008, C-267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, el Tribunal de Justicia ha vuelto sobre el argumento, declarando esta vez contraria al derecho comunitario la normativa nacional que impide al recurrente homosexual beneficiarse de la pensión de reversibilidad de la pareja del mismo sexo, con quien había establecido una unión registrada en relación con el derecho alemán. En este caso, el Tribunal ha preferido, lo que en términos generales es compartible, subrayar la irracionalidad específica de la disciplina nacional (que expresamente había dado paridad a las expectativas hereditarias de los convivientes registrado, salvo para excluirlos por el régimen específico con el que había sido inscrito el compañero del señor Maruko) antes que sobre los principios recogidos en la jurisprudencia de Estrasburgo, sin duda relevante, pero con una perspectiva más general que la solución recogida por el Tribunal de Justicia. Al respecto, me permito reenviar a G. REPETTO, *Discrimination Against Homosexuals and «Integration by Reasonableness»: Suggestions from the Maruko Case*, S. NICCOLAI-I. RUGGIU (eds.), *Dignity in Change*, cit., pp. 135 ss.

3.2. El valor cooperativo del recurso a la argumentación comparativa y la tendencial superación de los vínculos institucionales

Ahora bien, teniendo presentes estos itinerarios conceptuales, no se puede dejar de remarcar cómo el ordenamiento comunitario, en la dinámica examinada, se resintió indudablemente —ya se ha dicho— de la ausencia de un camino de fundación político-representativo del orden institucional, que colocó inmediatamente el papel y el significado de los derechos fundamentales en una dimensión propiamente funcional. La relación de derivación de las situaciones jurídicas protegidas respecto a un núcleo de libertad económica, en paralelo al riesgo de que los derechos fundamentales permanezcan absorbidos en la lógica institucional de un ordenamiento de fines parciales, podría llevar a considerar que cada reconocimiento de los derechos comunitarios mediante el reenvío a la comparación jurídica no podría haber hecho otra cosa que reflejar el «estatus quo» de ese orden ¹⁰¹, contribuyendo a legitimarlo ¹⁰².

La impresión madurada en el curso de este análisis es que una lectura de ese tipo se arriesga a dar una imagen solo parcial del camino a través del cual ha tomado forma el discurso comunitario sobre los derechos fundamentales y, en particular, de la posición interpretativa que se encierra bajo el reconocimiento de estos últimos mediante el empleo del argumento comparativo.

En la base de esta afirmación, se coloca la metodología comparada, que puede definirse como institucionalmente orientada porque está dirigida en gran medida a propugnar una visión siempre marcadamente política y relacional, y siempre menos funcionalista y economicista de la relación entre derechos y orden institucional comunitario.

Un elemento esencial de esta metodología consiste en ese posicionamiento crítico-valorativo («wertend») gracias al cual, en muchas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha sabido relativizar una visión voluntarista de la

¹⁰¹ Creo que en este orden de ideas se sitúa la estimulante reflexión de F. BILANCIA, *I diritti fondamentali*, cit., en particular pp. 215 y ss.

¹⁰² Sobre la influencia de las categorías weimerianas en la lectura de la dinámica europea, véase I. PERNICE, «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995, pp. 100 y ss.

autonomía del derecho comunitario gracias a la introducción en la finalidad del Tratado de una serie de principios de garantía puestos en línea de continuidad con el patrimonio del constitucionalismo pluralista-liberal. En virtud a esa posición, la filosofía interpretativa de los jueces comunitarios ha logrado en primer lugar emplear los aportes provenientes de diversos contextos culturales operantes en Europa (tradiciones constitucionales nacionales y CEDH) no solo para dar una lectura «rights based» de esa articulación procedimental presente en los Tratados y en el derecho secundario (piénsese en la capacidad expansiva de las garantías jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia), sino, sobre todo, para extender el ámbito de la operatividad y la lógica interna de aquellos instrumentos de tutela a una estructura cooperativa que permea en profundidad la arquitectura comunitaria («in primis» el principio de no discriminación).

Un alargamiento similar de la red sistemática de los Tratados se ha podido levantar, principalmente, sobre las tradiciones comunes y sobre el CEDH entendido como patrimonio constitucional común en condición de aportar, mediante el «médium» de los «principios generales del derecho comunitario» y al mismo tiempo el fundamento y los criterios de guía para una obra de conformación y concreción de los derechos fundamentales que ha de realizarse —de manera ciertamente fragmentada, pero no por esto menos significativa— en ausencia de un catálogo de derechos asimilable al de una carta constitucional.

Más en general, el intento de poner en relación los derechos fundamentales deducidos del análisis comparativo con los principios estructurales de la Comunidad y de crear entre estos bienes/principios una relación de dependencia recíproca, se ha mostrado en la voluntad del juez comunitario de atribuir a ambos el mismo relieve propiamente constitucional¹⁰³. La directriz de adecuación a la que se ha atendido el Tribunal en su tarea de comparación crítica demuestra de hecho que la idea de una simple derivación de

¹⁰³ Sobre este problema, si bien en dos perspectivas diversas cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 136 y R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994, pp. 128 ss.

los principios de tutela de la finalidad económica en la base de los Tratados, debe dejar el lugar a una relación mucho más compleja, en la cual las áreas de libertad comunitarias —y las mismas garantías institucionales contenidas en el Tratado— reciben un sentido más completo, y un contenido que les permite trascender los límites de una lectura simplemente economicista, al «reaccionar con los principios de tutela que provienen de la CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes»¹⁰⁴.

La manifestación más significativa de ese intento lo constituye el encuadramiento de una relación similar entre derechos y finalidad comunitaria en el contexto explicativo compendiado en la noción de interés comunitario. El hecho de que el éxito de la llamada al patrimonio constitucional común fuese el de una adaptación de los resultados individuales al marco de los objetivos de intereses generales perseguidos por la Comunidad, antes que nada, ha permitido valerse de la ponderación no tanto como un instrumento con el que sacrifica un cierto derecho fundamental bajo el altar de la integración económica, cuanto más bien como llave a través de la cual estabilizar el vínculo de relación recíproca que consentiría una composición y un equilibrio entre bienes de rango igualmente constitucional, según un camino interpretativo orientado al logro de un «acuerdo concreto»¹⁰⁵

3.3. El marco actual: la comparación jurídica al servicio de la evolución de los derechos fundamentales de la Unión Europea

A la luz de este marco, se tiene la impresión de que las consideraciones desarrolladas mantienen su validez, a modo general, tras la entrada en

¹⁰⁴ Se podría reflexionar sobre el relieve que puede tener la sociología institucional para comprender mejor el fenómeno del marco de compatibilidad de los Tratados. No pudiéndome ocupar en esta sede, reenvío a un clásico como H. SCHELSKY en especial «Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema», *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 1952, pp. 1 ss.

¹⁰⁵ Ya en I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pp. 60 ss.

vigor del Tratado de Lisboa y la incorporación del nivel primario de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ¹⁰⁶.

En relación a lo primero, el aspecto seguramente más significativo está constituido por la voluntad permanente de remachar, incluso en presencia de una Carta de derechos absorbida al máximo nivel, que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Al mismo tiempo, la expresa previsión de una posibilidad de que la Unión se adhiera al CEDH (art. 6.2 TUE) deja ver que muchos de los problemas más agudos de coordinación y armonización entre los dos sistemas de tutela de derechos en el ámbito europeo se irán limando. Esto, todavía, no conduce necesariamente a sostener que los caminos selectivos de integración con el CEDH puestos en juegos por el Tribunal de Justicia vayan a desaparecer del todo, como demuestra la doble vía elegida por el art. 6, que, de un lado libera la senda de la adhesión, pero de otro remacha que los derechos del CEDH, independientemente de la adhesión, continúan dentro de los principios generales del derecho comunitario. En consecuencia, el escenario que se anuncia una vez que se haya realizado la adhesión será cuando menos dinámico, porque la Unión podrá hablar directamente con el Tribunal de Estrasburgo, estará vinculada a sus pronunciamientos y uno de sus jueces, posiblemente formará parte de este último Tribunal. Pero este plano de integración formalizada no podrá dejar de resentirse de la jurisprudencia precedente del Tribunal de Justicia y de la persistente facultad de ésta de dar una lectura no necesariamente coincidente con la del TEDH. Con todo, los límites de un discurso constreñido al plano de la integración normativa, está en espera de que la jurisprudencia de la Carta se asiente con el tiempo; de

¹⁰⁶ Como confirmado en J. KOKOTT-C. SOBOTTA, « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, p. 266: «Die Rechtsfortbildung im Bereich der Grundrechte ist ... nicht beendet», véase también F. SORRENTINO, «I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)», *Corr. giur.*, 2010, p. 149.

hecho, es posible considerar que con la adhesión se elegirá entre dos diversos planos de la eficacia del CEDH en el ordenamiento comunitario: el primero, que se deduce directamente de la adhesión y coloca a la Convención al nivel del derecho primario de la Unión; mientras que el segundo es aquel ligado al marco permanente de aquélla, gracias a la labor de reconocimiento del Tribunal de Justicia y junto a las tradiciones constitucionales comunes, entre principios generales del derecho comunitario¹⁰⁷. De aquí la necesidad de volver a proponer, sobre un terreno inédito en cuanto que carece de la confianza del libre juego de los actores jurisdiccionales pero estructurado en redes de relación institucional entre tribunales, de una adaptación dinámica de los contenidos de la Convención al marco de valores y objetivos expresados por el derecho comunitario; marco, por otro lado, decisivamente más articulado respecto al pasado por estar ramificado en un catálogo expreso de derechos.

También en relación a las tradiciones constitucionales comunes, el vínculo trazado por el art. 6.1 TUE respecto a derechos que en modo alguno están bajo las competencias de la Unión definidas en los Tratados, debe ser leído como un dique al posible desarrollo de un ordenamiento general de los derechos en la Unión, con el efecto de dejar inalterados los caminos «selectivos» de reconocimiento de los derechos comunitarios, siempre encuadrados en la dimensión institucional y ligados al logro de los objetivos generales de los arts. 2 y 3 del TUE¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Para una reconstrucción de este género, entre otros R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, cit., pp. 96 ss. y 423. Sobre los principios generales como expresión de un bloque de legalidad comunitaria véase D. Simon, *Y-a-t-il des principes généraux*, cit., p. 75.

¹⁰⁸ Sobre este aspecto P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa», en ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 258 que concluye «non sembra che la nuova formulazione dell'art. 6 ... sia destinata a sostenere il passaggio da un soft law del sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'UE, da maneggiare con i criteri flessibili della «comparazione selettiva», ad un diritto codificato, costituito da un sistema impermeabile di diritti «unionali» razionalizzato da criteri rigidi di relazione con gli altri ordinamenti». En una óptica atenta a dejar espacios de acción al Tribunal de Justicia

La persistencia de estos elementos de flexibilidad, no priva de afluentes potencialmente problemáticos, avaladas por la lectura de la Carta de derechos fundamentales. Ésta, en los apartados 3 y 4 del art. 52, requiere, en verdad, que los derechos de la Carta se correspondan con los derechos garantizados en el CEDH o deban ser interpretados en conformidad con las tradiciones constitucionales comunes. De esto resulta, en consecuencia, un marco en el que no solo en línea de principio (como emerge del art. 6 TUE), sino también en relación con la protección e interpretación que se ha de dar a cada uno de los derechos garantizados en la Carta, el Tribunal de Justicia, en el futuro, habrá de tener presente un marco comparativo de referencia más amplio, pero sustancialmente no muy distinto del que se ha desarrollado hasta hoy. La persistencia de estos elementos de apertura en un sistema que ya prevé un catálogo escrito llevará en direcciones inéditas el significado del argumento comparativo: que ya no estará dirigido principalmente a fundar la heterointegración de significados y del contenido de los derechos, sino que será emblema de una dinámica interpretativa constante que se desplegará entre el nivel comunitario, el europeo y el nacional¹⁰⁹. Presumiblemente, por tanto, las salidas futuras del argumento comparativo en la jurisprudencia comunitaria, incluso presentando muchas analogías con el pasado, se jugarán sobre el terreno de la evolución y de la extensión de las matrices valorativas de los derechos garantizados en la Carta.

en su relación con el sistema del CEDH véase P. MENGOZZI, «Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH», *Il dir. dell'UE*, 2010, pp. 231 ss., véase el Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión sobre algunos aspectos de la adhesión de la Unión al CEDH en www.curia.eu.

¹⁰⁹ Por todos, I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights», en S. GRILLER-J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. European Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, Wien/New York, 2008, p. 240 y J. KOKOTT-C. SOBOTTA, «Die Charta der Grundrechte», cit., p. 267. Respecto al problema, O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 484 ss.

3.4. El orden constitucional europeo en la edad de la comparación

La atención que hasta hoy se ha prestado a la jurisprudencia supranacional europea, sea en la vertiente de la Convención o en el de la Unión Europea, y a su cruce con el plano normativo y jurisprudencial nacional, en gran medida ha estado centrada sobre la dialéctica intraordenamental, y particularmente, sobre el intento de individualizar aquellos instrumentos institucionales que asegurasen formas y mecanismos de enlace entre varios organismos nacionales y supranacionales. De este modo, el estudio de las relaciones entre jueces constitucionales y el Tribunal de Justicia se ha investigado principalmente a partir del modo de funcionamiento de los mecanismos de coordinación como el reenvío prejudicial y la articulación de los contralímites, parándose especialmente sobre los modelos de interacción estratégica que resultan de la jurisprudencia subsiguiente y que delinean un escenario en el cual los tribunales resultan implicados en una «lucha por el poder de la interpretación»¹¹⁰. De un modo nada distinto, las relaciones entre el Tribunal de Estrasburgo con el juez comunitario, de un lado, y con los ordenamientos nacionales, de otro, se han reconstruido bajo el peso siempre creciente atribuido a las decisiones del primero, también con referencia a la exigencia acuciante de una interpretación conforme al Convenio. Un peso que, antes y más allá de los recorridos de reconocimiento y tutela de los derechos, ha sido analizado a la luz de la influencia que estos pronunciamientos tienen sobre la delimitación de los espacios de intervención de los otros ordenamientos, sea en el momento en que el juez de Estrasburgo reduce sensiblemente los márgenes de maniobra del legislador nacional, sea en el momento en el que también el derecho comunitario se siente potencialmente «capturado» por la naturaleza más incisiva y agresiva de las decisiones de Estrasburgo¹¹¹.

¹¹⁰ En este sentido, F. FONTANELLI-G. MARTINICO, «Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 385.

¹¹¹ En esta perspectiva se mueve H. KELLER-A. STONE-SWEET, «Assessing the impact of the ECHR on national legal systems», en ID. (eds.), *A Europe of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 677 y ss.

En esta perspectiva, el interés principal del análisis comparado de la jurisprudencia no consiste en investigar la «definición de los principios de derecho afirmados por los tribunales en el caso concreto, sino las modalidades de elaboración y aplicación de los métodos, susceptibles de repetición, en la solución del contraste entre ordenamientos... No interesa el diálogo entre los tribunales en cuanto tal, sino el modo con el que los jueces establecen relaciones entre ordenamientos. En otras palabras, se analiza la obra de los jueces como un trámite entre regímenes jurídicos diversos, en ausencia de normas que regulan esas relaciones»¹¹². Aunque hace tiempo que entró en el uso común la idea de la multiplicidad de niveles de tutela, desde esta óptica, la representación teórica está en condiciones de dotarse de instrumentos conceptuales capaces de favorecer la cada vez más evidente fragmentación de los órdenes jurídicos (desde el plano europeo hasta el «derecho global general») y salvaguardar al mismo tiempo la capacidad y la aplicación sistemática, incluso en el plano de un sistema que se pretende global gracias a un proceso paralelo de «desestatalización»¹¹³.

Detrás de estos ordenamientos, no parece difícil entrever el esfuerzo de realizar una reformulación de la dinámica jurisdiccional referida a los derechos fundamentales, acompañada de la instauración de un nuevo orden jerárquico¹¹⁴, cuya característica esencial sería la de dar espacio solo en una mínima parte a la salvaguardia de la efectividad de los propios derechos, para pararse más bien sobre los criterios de resolución de conflictos entre órdenes normativos y entre jueces.

Dentro de los estudiosos que no están en sintonía con estas orientaciones, también se ha animado el contraste entre quienes han sostenido la imposibilidad de frenar el camino de auto afirmación de valores propios del constitucionalismo europeo, confiado a la interrelación dinámica entre diversos niveles de tutela como expresión de un nuevo derecho natural, y los que por el

¹¹² S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009, pp. 43 ss.

¹¹³ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 42.

¹¹⁴ Como ha sido mostrado por P. HÄBERLE, «Kritik an der Metapher vom sogenannten "Mehrebenenkonstitutionalismus"», en *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*. Späte Schriften, ed. M. KOTZUR y L. MICHAEL, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 204.

contrario han remarcado con fuerza la exigencia de inclinar los caminos de la decisión política referida a los derechos fundamentales a esos circuitos que permiten mantener un vínculo vital con las instancias representativas, subrayando el riesgo que deriva de invertir demasiado en los caminos, sean nacionales o supranacionales, de creación jurisprudencial de los mismos derechos ¹¹⁵.

En la primera perspectiva, la formación del derecho común está anclada en la constatación de que, cada día más, la Europa supranacional, en particular la comunitaria, se muestra capaz de promover un diseño de integración que deja a sus espaldas cualquier componente instrumental o economicista, y que cada vez más logra interponerse en paridad e incluso fecundar con nuevas aportaciones de valor el patrimonio constitucional nacional. La articulación del derecho común de los derechos fundamentales, en consecuencia, permite a los tribunales europeos convertirse en vectores de una unificación de valores requerida en la elaboración y el entrelazamiento de los principios de tutela sustanciales, que alimentan el recorrido de integración dirigido a perseguir la máxima tutela posible en cada caso ¹¹⁶. En la segunda perspectiva, al contrario, la imposibilidad de recuperar un plano de valores al nivel supranacional es debido, más profundamente, a la superposición de diversas, y en el fondo irreconciliables esferas de legalidad (constitucional, comunitaria y convencional), expresivas a su vez de diversas estrategias sustanciales de fundamentación de los derechos fundamentales ¹¹⁷. Postu-

¹¹⁵ Se trata de un análisis emblemático bajo la diversidad de perspectivas, G. SILVESTRI, «Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali», *Quad. cost.*, 2006, pp. 7 y ss.; y M. LUCIANI, «Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico», *Giur. cost.*, 2006, pp. 1658 ss.

¹¹⁶ G. SILVESTRI, *Verso un ius commune*, cit., p. 15 y una perspectiva similar, tendente a mostrar una acepción sustancial de Constitución europea, A. RUGGERI, «Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione «multilivello» del sistema delle fonti», *Studi parl. e di pol. cost.*, 2007, pp. 65 y ss.; y A. SPADARO, «Verso la costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti», *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 312 y ss.

¹¹⁷ Para la fundación epistemológica de un derecho comparado que esté atento a «l'ontologie des systèmes juridiques» véase O. PFERSMANN, «Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit», *Revue internationale du droit comparé*, 2001, p. 277.

lar un armonía centrada en un diálogo entre tribunales, sea en un sistema multinivel, o más aún, en un derecho común europeo, antes que restituir una imagen armoniosamente artificial de las relaciones entre estas diversas esferas, tiene el riesgo de hacer perder al derecho constitucional su capacidad constitutiva para capturar las formas y los caminos en los que se manifiesta el poder, reconduciéndolo funcionalmente a las dinámicas político-representativas en cuanto que canales primeros de expresión de los sujetos sociales ¹¹⁸.

Expuesta en estos términos, la alternativa entre la celebración o el rechazo de un derecho común europeo de los derechos fundamentales se mueve junto a una serie de alternativas teóricas (noción prescriptiva o descriptiva de Constitución, papel constitutivo o reflexivo de los valores constitucionales, primacía de la legalidad jurisprudencial o de aquella legislativa, autonomía o instrumentalidad de las dinámicas argumentativas) que parece difícil aceptarlas o rechazarlas «en bloc». Respecto a este escenario, por tanto, no es inútil reflexionar sobre la contribución que procede de la matriz comparativa en los caminos de reconocimiento de los derechos fundamentales en Europa, para asentar, al menos parcialmente, nuevas bases en el análisis sobre las posibilidades y los recursos de un derecho común.

Antes que nada, si incluso los caminos tradicionales de unificación del derecho privado se han reconstruido como una destilación progresiva de principios y reglas comunes a los distintos ordenamientos, escondiendo las más de las veces la estrategia política del derecho dirigida a reforzar (más que a edificar) las propias tradiciones jurídicas ¹¹⁹, la formación de un derecho común europeo en el tema de los derechos fundamentales debe orien-

¹¹⁸ M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.* Sobre este debate ha llamado oportunamente la atención M. CARTABIA, «“Taking Dialogue Seriously”. The renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union», *Jean Monnet Working Paper 12/2007*, pp. 18 y ss.

¹¹⁹ Sobre el tema véase G. MARINI, «Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione», Pòlemos, 2010 (en prensa) y C. S. CERCEL, «Le “jus commune” dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatiste perverti», en P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droit, résolument*, PUF, Paris, 2009, pp. 457 y ss.

tarse desde el inicio hacia una solución diferente. Demasiado a menudo, tenemos la impresión de que cuando se habla del derecho común europeo se alude a la posibilidad de que la multiplicidad de tribunales y de «fora» europeos llamados a intervenir y a decidir sobre los derechos fundamentales pueda con el tiempo brotar una estructura sustancial, antes que institucional, unitaria, fruto de una selección precisa aunque inevitablemente arbitraria, de reglas y principios de tutela, en condición de articular los diversos órdenes constitucionales nacionales y de dar así las premisas para un único sistema que encuentra sus propios valores solo en el nivel supranacional. Si un éxito de este tipo merece decisivamente ser reclamado, vale la pena insistir sobre la capacidad que puede tener una gramática comparativa atenta a la diversidad en la contribución a la edificación de un derecho común de los derechos fundamentales que no se resuelva en la unificación sustancial de los principios de tutela, pero que favorezca la mutua fecundación entre diversas matrices de tutela de los mismos derechos. Un diseño similar, madurado en el terreno de la apertura de las estructuras de valores de las Constituciones nacionales, compediado en la fórmula «Estado constitucional abierto»¹²⁰, todavía necesita de la comparación, no como premisa de la unificación, sino en la medida que permite alcanzar aquello que Cass Sunstein ha llamado «acuerdos no plenamente teorizados»¹²¹. En un escenario como el europeo actual, en el que se agitan modelos de reconocimiento de derechos fundamentales reconducibles a premisas y tradiciones muy diversas, cuando no inconciliables (piénsese solamente en el terreno de los derechos sociales), la tarea del derecho común europeo es la de permitir alcanzar soluciones de equilibrio que, desde el momento que responden a una exigencia de tutela, no agotan los espacios de definición del bien común, permitiendo un articulación posterior de la tutela en otras sedes que se implicarán sucesivamente. Una vez rechazada por impracticable una acepción de la argumentación comparativa en términos cuantitativos y/o formales, el espacio que se abre a los argumentos comparados ya no es so-

¹²⁰ Véase P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e integrazione», cit., passim.

¹²¹ C. SUNSTEIN, «Incompletely theorized agreements», *Harvard Law Review*, 108(1994-1995), pp. 1733 ss.

lamente aquel que coincide con los márgenes de autonomía de los diversos ordenamientos jurídicos y con la dialéctica conflictual que puede producir, pero, sobre todo, aquello que permite verificar como un «corpus» irreduciblemente heterogéneo de reglas y principios, se coagula en torno a soluciones singulares, con la conciencia de que estas deben dejar abierto el camino no solo a teorizaciones sucesivas, sino también a la necesidad de una confrontación dialéctica que proviene de otros modos de entender un derecho fundamental. Si, por tanto, se quiere evitar una idea de derecho común que refleje un ideal jerárquico, piramidal, que quiere la comparación al servicio de la formación de reglas dotadas de un grado siempre mayor de generalidad, el derecho común de los derechos fundamentales debe traducirse en una idea reguladora, que abra el camino a un circuito interpretativo que no se traduzca en la formación de una regla mejor o más general ¹²², que favorezca el diálogo sin que por ello se reconozca extraña al conflicto ¹²³ y en la cual el objetivo del juicio comparativo es «to make it posible to obtain agreement where agreement is necessary; and to make it unnecessary to obtain agreement where agreement is imposible» ¹²⁴.

Al mismo tiempo, un diseño de unificación en estos términos no entrega necesariamente el patrimonio del constitucionalismo nacional sobre los derechos a los circuitos jurisdiccionales supranacionales sustraídos de cualquier forma de control y legitimación democrática. En primer lugar, porque, una vez conjurado el riesgo de una lectura tecnocrática y elitista, que quiere a los jueces como sujetos hegemónicos del nuevo derecho transnacional, la misma actuación de los tribunales europeos llama a la causa estructuras comunicativas más amplias y articuladas, en el que se implican comunidades de intérpretes que se extienden a varios estratos de opinión pública ¹²⁵. En segundo lugar, porque el trato que con mayor evidencia y eficacia ha señalado el recorrido de unificación registrado hasta ahora, en el que de

¹²² P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, cit., p. 60.

¹²³ A. TORRES-PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 111.

¹²⁴ C. SUNSTEIN, *op. ult. cit.*, p. 1743.

¹²⁵ A lo que llama la atención, P. RIDOLA, «Diritti fondamentali e integrazione», cit., p. 216 e nt. 133.

manera más coherente se debe insistir para el futuro, no consiste tanto en un marco sustancial presupuesto de valores y principios, sino, más bien, el patrimonio de las técnicas y de los instrumentos que han favorecido la formación, la convergencia o, en otras ocasiones, el conflicto entre las diversas sedes de juicio y los diversos sistemas de tutela. Lo que realmente se muestra común, en otras palabras, es la tendencial desarticulación de una serie de obstáculos a la circulación y al encuentro/desencuentro entre las ideas constitucionales, que lleva consigo una dimensión de confrontación que no coincide más con las técnicas de una razón formal y calculadora, en la que el plano de la jerarquía de las fuentes es la única norma de reconocimiento que permite o excluye el ingreso del derecho supranacional o extranjero en el derecho interno ¹²⁶.

Un nuevo derecho común, que no rescinde su ligamen con la tradición clásica del «ius commune» ¹²⁷, se vale más bien de técnicas dialécticas de la razón, en la cual la capacidad de controvertir, de seleccionar y de valorar soluciones diversas, queda confiada a una hermenéutica comparativa consciente de la complejidad de los marcos de referencia y del rigor con el que debe adoptarse la propia elección, se mide sobre todo el grado de consenso que está en condiciones de obtener los diversos oyentes implicados, y no solamente sobre el respeto de exigencias sistemáticas, que restan respeto mutuo a los concretos equilibrios de intereses con el que se enfrentan los jueces ¹²⁸.

¹²⁶ Sobre este punto véase la interesante reconstrucción de G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

¹²⁷ Al contrario de lo que piensa C.S. CERCEL, *op. cit.*, que da muestra de una cierta unilateralidad en la reconstrucción de la matriz histórica del derecho común, identificada solamente con la tradición del iusnaturalismo racionalista de matriz católica.

¹²⁸ Insisten sobre el aspect técnico del «jus commune» entendido también como sustituto de una una unificación sustancial inalcanzable, A. GIULIANI, «Presentazione», en P. STEIN-J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffré, Milano, 1983, p. V («los valores comunes, que también entran en conflicto y controversia, se reencuentran en la observación histórica de las técnicas y de los procedimientos efectivamente usados por el jurista») y R. C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and in the Future*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 134 ss.

Resumen:

Partiendo de la presunción de que el argumento comparado permea el razonamiento judicial de los tribunales supranacionales de forma más intensa que los tribunales constitucionales nacionales, este ensayo investiga el papel desempeñado por la argumentación comparada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia. De un modo distinto pero convergente, estos dos tribunales inicialmente realizaron referencias al derecho comparado para remediar su falta de legitimidad, vinculada al aislamiento institucional del TEDH y por la ausencia de un reconocimiento textual en los Tratados fundacionales. En la medida en que la legitimidad de ambos tribunales creció en los años siguientes, el argumento comparado acabó por provocar diversos efectos: en Estrasburgo, sirve como instrumento en la identificación de un consenso en el margen de apreciación con la intención de alcanzar un pluralismo razonable, mientras que en Luxemburgo la referencia a las tradiciones constitucionales y el TEDH abrieron el camino para una lectura de los Tratados centrada en los derechos, si bien bajo el riesgo de un «embedded comparativism». Tras aprobar la Carta de derechos fundamentales de la Unión y dada la carga de trabajo del TEDH, el razonamiento comparado opera actualmente —aunque mayormente de forma oculta— como un factor de selección de casos y, al mismo tiempo, como la gramática adecuada para el diálogo judicial.

Palabras Clave: Derecho comparado, argumentación, derechos fundamentales, derecho constitucional comparado, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión.

Abstract:

Moving from the assumption that comparative reasoning permeates judicial reasoning of supranational courts deeper than national constitutional courts, the essay investigates the role played by comparative arguments in the case law of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice of the European Union. In a different but converging direction, these two Courts have initially referred to comparative law in order to remedy a sort of lacking legitimacy, which is linked to the institutional insulation of the ECHR and to the absence of a general part of EC law. Along with the increasing legitimacy of the two Courts in the following years, comparative reasoning ended up to display several effects: in Strasbourg, it works as «consensus inquiry» in the field of margin of appreciation in order to enhance a reasonable pluralism, whereas in Luxembourg the referral to common constitutional traditions and to the ECHR paved the way to a rights-based reading of EC/EU law, albeit with the risks of an «embedded comparativism». After the enactment of the Charter of fundamental rights of the EU and during the increasing work overload of the ECtHR, comparative reasoning operates actually as a —mostly hidden— factor of selection of cases and, at the same time, as the proper grammar of judicial dialogue.

Keywords: Comparative law, argumentation, fundamental rights, European constitutional law, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union.