

JURISDICCIÓN Y JUSTICIA ENTRE TRATADO DE LISBOA, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y ORDENAMIENTOS NACIONALES *

SILVIO GAMBINO **

SUMARIO:

1. HACIA LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO EN EL ORDEN JUDICIAL
2. LA AUTONOMÍA Y LA INDEPENDENCIA DEL MAGISTRADO EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA
3. NOCIÓN COMUNITARIA DE JURISDICCIÓN Y «TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES» DE LOS ESTADOS MIEMBROS
4. RECURSO ANTE EL TJUE Y EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL
5. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE LISBOA SOBRE «JUSTICIA» Y ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL

1. HACIA LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO EN EL ORDEN JUDICIAL

Un desarrollo profundo del tema necesitaría sin duda un análisis más articulado que las escasas líneas de reflexión que se le dedicarán en estas páginas. Una consideración orgánica desde una óptica más dinámica (desde la misma perspectiva de los «niveles de protección» más conformes a las garantías para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales así como establecidos en el ordenamiento interno, el

* Versión revisada de la ponencia presentada al congreso «VII Jornadas sobre la Constitución europea: el Tratado de Lisboa», Universidad de Granada, 11 y 12 de marzo de 2010.

Traducido del italiano por VALENTINA FAGGIANI.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Calabria (Italia).

européico y el convencional-internacional, ahora recogida en el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), precisaría abordar las formas originarias acogidas en el constitucionalismo liberal, sobre todo con respecto al tema de la separación entre los poderes constitucionales y la correcta individualización de las funciones que la Constitución asigna al ordenamiento judicial, para analizar posteriormente su evolución en el marco del constitucionalismo contemporáneo (el cual, a su vez, se caracteriza por la integración del principio de rigidez constitucional y de justicia constitucional, conectado íntimamente a este último).

A este primer enfoque debería seguir un estudio detenido de las declinaciones nacionales de tal constitucionalismo, acercándose a las más significativas manifestaciones de la organización de los poderes —y del ordenamiento jurisdiccional— tal y como se presentan en las experiencias histórico-constitucionales, especialmente en las europeas y la norteamericana. La entrada en vigor de los nuevos Tratados (a los cuales, por comodidad, nos referiremos en adelante como Tratado de Lisboa), determinaría la asunción de aquellas tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros que sean recogidas por estos Tratados, los cuales, no obstante, no aspiran a autocalificarse de naturaleza constitucional (al contrario de como se preveía en el precedente borrador del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa)¹.

Con la fuerza jurídica propia de los Tratados atribuida a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada en Niza, en 2000, y reafirmada solemnemente en Estrasburgo, en 2007), el Derecho constitucional comunitario del orden judicial registra una afirmación aún más significativa, «in unum» con las garantías acordadas por la Carta

¹ Entre la amplia bibliografía sobre este punto cfr., entre otros, S. GAMBINO, «Diritti fondamentali e Unione europea, fra trattato di Lisbona e Costituzione», ponencia presentada al Congreso: *Diritti fondamentali, cittadinanza europea e tutele giuridiche sovranazionali*, organizado por la Associazione Giuristi Europei y por el Consiglio Nazionale Forense, Roma, de 23 de noviembre de 2009 (pendiente de publicación), y «Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari», en S. GAMBINO (coord.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milán, 2006.

de Niza/Estrasburgo, en relación con los principios generales del ordenamiento judicial y del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo ante un juez independiente e imparcial, predeterminado por la ley; asimismo del derecho a un proceso equitativo, público y dentro de un plazo razonable (junto a las demás garantías procesales de naturaleza sustancial garantizadas en el Título VI - «Justicia»).

Las propias reformas constitucionales en materia de descentralización político-institucional realizadas en Italia durante la última década, que prevén el respeto a los vínculos que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales (junto al respeto a la Constitución) impuesto al poder legislativo estatal y regional (art. 117, I.º apartado de la Const.), revelan a su vez nuevas y más complejas problemáticas para los sistemas judiciales dentro de los mismos ordenamientos, siempre más complejos, caracterizados por una pluralidad de órdenes, aunque ahora unificados en una lógica (por lo menos aparente) más marcadamente monista, tras las más recientes y significativas evoluciones del proceso de integración europeo.

En este proceso, el ordenamiento italiano y los restantes europeos reconocen la existencia de un sistema jurisdiccional de protección de los derechos y de las libertades de equivalente complejidad, bien acogido por la doctrina europea que lo considera apropiado a un «constitucionalismo multinivel»². A raíz de la vigencia de los «nuevos» Tratados, tal consti-

² Cfr. F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», en *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005; A. D'ATENA, P. GROSSI (coord.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milán, 2004; I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution - Making Revisited?», en *Common Market Law Review*, 1999, p. 36; I. PERNICE, «L'Unione costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000» y M. MORLOK, «Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli», en S. PANUNZIO (coord.), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milán, 2002; I. PERNICE, F. MAYER, «La Costituzione integrata dell'Europa», en G. ZAGREBELSKY, *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milán, 2004; G. MORBIDELLI, «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento

tucionalismo, que ha visto hasta este momento la afirmación del protagonismo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque atenuado por la prudencia de los Tribunales constitucionales nacionales, resultará particularmente deudor del dialogo necesario entre los Tribunales y sus respectivas jurisprudencias³.

La integración comunitaria (ahora acelerada tras la reciente ratificación en Lisboa de los «nuevos» Tratados), su incidencia sobre el Derecho y los

européo», en AA.VV., *Anuario 1999. La Costituzione europea*, Pádua, 2000. Sobre el punto cfr. también mis: «Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, núm. III, y también «La protezione multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, Trattati comunitari e giurisdizioni)», en *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Nápoles, 2008. Recientemente, sobre el punto cfr. también A. RUGGERI, «Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (311/2009 y 317/2009)», en *Forum di Quaderni costituzionali*, y también «Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative», en *www.federalismi.it*, de 4 de diciembre de 2009. Por último sobre el punto, cfr. también O. POLLICINO, «Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost e bilanciamento «bidirezionale»: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni núm. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?», en *Forum di Quaderni costituzionali*.

³ Entre otros recientemente cfr. también, sobre el punto, M. CARTABIA, «L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea», en M. CARTABIA (coord.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bolonia, 2007; C. PINELLI, «I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza», en *Pol. dir.*, 2008, núm. 1; AA.VV., G. F. FERRARI (coord.), *Corti nazionali e Corti europee*, Nápoles, 2006; AA.VV., N. ZANON (coord.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Nápoles, 2006; AA.VV., G. BRONZINI, F. GUARIELLO, V. PICCONE, (coord.), *Le scommesse dell'Europa*, Roma, 2009; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Turín, 2009; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padua, 2008; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Nápoles, 2009; O. POLLICINO, «Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali», en *Dir. Un. Eur.*, 2009, núm. 1; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

Derechos internos de cada país miembro de la UE que derivan de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE), así como del reconocimiento por el Tribunal de Justicia de la UE de su papel de juez, garante de la correcta y uniforme interpretación del Derecho comunitario y a todo juez nacional de la interpretación conforme del Derecho nacional al Derecho comunitario («sent. Marleasing», 1990), los estímulos hacia un sistema «casi-federal» (evidentes sobre todo en España, Bélgica e Italia) —incentivados en el ordenamiento italiano por el recién reformulado art. 117.1 Const.— llevan en tal marco evolutivo a replantear el tradicional debate inherente a la efectividad del principio constitucional de la separación de los poderes, con referencia específica a la autonomía y a la independencia de la magistratura y a la efectividad del derecho al juez⁴.

Las cuestiones aquí formuladas inducen a preguntarse también si se puede plantear, aunque solo sea para considerar su oportunidad, —en la lógica de la teoría de la pluralidad y complejidad de los ordenamientos jurídicos, que se entrelazan, cada vez más, y se condicionan recíprocamente— una distinta organización del poder/ordenamiento judicial y una nueva y diferente ubicación en el ámbito territorial, capaz de asegurar la adaptabilidad a los valores y a las exigencias sustanciales del constitucionalismo contemporáneo y, en su interior, de la igualdad de los sujetos ante la ley (que, después de la segunda guerra mundial, significa también, y sobre todo, igualdad ante la Constitución).

2. LA AUTONOMÍA Y LA INDEPENDENCIA DEL MAGISTRADO EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

Con carácter previo se puede decir que, respecto de las primeras intuiciones y de las elaboraciones teóricas constitucionales del autor del «Esprit des lois» y de las relecturas jacobinas-revolucionarias de su pensamiento, el poder/ordenamiento judicial parece haber completado positivamente

⁴ Cfr. S. GAMBINO (coord.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milán, 2004.

su parábola, alcanzando su universal reconocimiento como poder del Estado, autónomo e independiente, separado de los otros dos poderes, unificado en su cúspide por los órganos judiciales superiores (Tribunal de Casación y Consejo de Estado).

Ante el fenómeno de la disociación entre los poderes, determinada por la superación de la tradicional función unificadora, llevada a cabo por la ley (general y abstracta) y el correlativo control de constitucionalidad por parte de los Tribunales constitucionales, tal función unificadora se singulariza (tanto en el marco de los modelos monistas como en Austria, Bélgica, Italia, España, Francia, Reino Unido, como de los dualistas, como en EEUU, Alemania, Suiza) en la función de interpretación del Derecho que corresponde al Tribunal de Casación, con respecto a su correcta interpretación en el ámbito procesal y a la función de control de constitucionalidad, la cual, a su vez, puede ser preventiva, (como en el modelo francés ahora modificado tras la reforma constitucional de 2008) o sucesiva, como en el modelo elaborado por Kelsen, tanto abstracta como concreta, según los distintos modelos de justicia constitucional acogidos en cada una de las experiencias nacionales⁵.

⁵ En tal sentido cfr. también A. PIZZORUSSO, «Ordinamento giudiziario (dir. comp. e stran.)», en *Enc. Giur. Treccani*; del mismo A. cfr. también «Giustizia e giudici», en AA.VV., ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, de 14 y 15 de julio de 2003 (pendiente de publicación); S. GAMBINO, G. MOSCHELLA, «L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU», en *Pol. del dir.*, 2005, núm. 4; R. ROMBOLI, «Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario», en *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno núm. 16*, Turín, 2006 (ahora también en www.associazionedeicostituzionalisti.it); M. CARTABIA, «La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici» (ponencia presentada en el Congreso de Nápoles, 2004), en www.associazionedeicostituzionalisti.it, I. PATRONE, «La magistratura nell'esperienza costituzionale comparata», en S. GAMBINO (coord.), *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milán, 2004; de este último autor, cfr. también «La tutela giurisdizionale dei diritti», en *Quaderni Astrid*, 2005; N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milán, 2002; F. G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milán, 2003.

Superadas de tal forma, las concepciones reduccionistas de los jueces como meras «bouche de la loi», los mismos se presentan ahora como un verdadero y propio referente fuerte del sistema político-constitucional y comunitario, como un poder del Estado que encuentra su propia fuente de legitimación «ya no o no principalmente en su procedencia democrática, sino más bien —como observa de forma convincente Valerio Onida— en los deberes que les han sido otorgados de salvaguarda de los derechos y de las reglas constituidas, y en los requisitos de competencia y de independencia que ellos deben de poseer»⁶. Desde esta perspectiva, a los mismos se les ha reconocido el poder-deber de asegurar la búsqueda de un correcto equilibrio entre unidad y diversidad en el contexto de las distintas comunidades políticas reguladas por el «multilevel constitutionalism», asegurando, al mismo tiempo, la necesaria prudencia típica de un Derecho integrado por valores, principios y disposiciones fundamentales compartidos, garantizados constitucionalmente por los parlamentos y las jurisdicciones, sobre todo las constitucionales.

De tal forma, el enfoque teórico-constitucional (sobre todo comparado) parece resaltar la necesidad de un avance definitivo en la «vexata quaestio» relativa a la definición constitucional y/o legislativa, con arreglo a las distintas experiencias nacionales, del sistema de los márgenes que se deben de prever a fin de garantizar la autonomía y la independencia de la magistratura.

Desde tal óptica, el caso italiano, y en éste la propia (discutida y discutible) reforma del ordenamiento judicial (en marcha desde hace varios años y caracterizada por decisiones legislativas inorgánicas), parece constituir solo una referencia en negativo, esto es, un intento de superar las decisiones tomadas en materia de garantía de los «estándares» elevados hasta el momento asegurados (mediante disposiciones tanto constitucionales como legislativas) a los principios de autonomía y de independencia de la magistratura. Dicho de otra forma, con la actual posición predominante, la democracia italiana no parece ofrecer argumentos convincentes y constitu-

⁶ Cfr. V. ONIDA, «Il problema della giurisdizione», en E. PACIOTTI, (coord.), AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, p. 134.

cionalmente conformes a las formas mediante las cuales colocar a la magistratura en el sistema constitucional de los poderes y garantizar su autonomía e independencia. Más bien, en la fase actual, la experiencia constitucional nos pone ante intentos de condicionar la autonomía y la independencia, garantizada constitucionalmente, de la jurisdicción, sobre todo de la penal, en el marco de una tendencia más general que se convierte en un verdadero proyecto político de sometimiento a las líneas de política judicial del Ejecutivo⁷.

Aunque nos encontramos ante diferencias significativas en los modelos institucionales relativos al «status» del magistrado, a su autonomía e independencia, la experiencia constitucional comparada nos ofrece órdenes formales y materiales respetuosos con la autonomía y la independencia (tanto «ad intra» como «ad extra») del poder judicial. Si pensamos tanto en el caso británico, como en el español, francés, etc., dicho poder/ordenamiento, en virtud de la autoridad de su jurisdicción y de las actuaciones de sus órganos judiciales, registra una evaluación positiva en el ámbito de la función ejercida, tanto por parte de los demás poderes del Estado (legislativo y ejecutivo) como de los destinatarios de la función jurisdiccional. Tal función es reconocida de forma plena y respetada también por parte de aquellos Ejecutivos que disponen de poderes de nombramiento y de poderes más incisivos de dirección frente a los Ministerios Fiscales⁸.

En dicho marco, la experiencia italiana —si bien reconoce una amplia autonomía e independencia a la magistratura con disposiciones en gran parte de rango constitucional— no parece poder representar, ni en una acepción positiva ni negativa, un punto de referencia central, un «standard» utiliza-

⁷ Entre las otras, se pueden resaltar, a este propósito, las decisiones del legislador en materia de obligatoriedad de la acción penal y de revocación *ad nutum* de determinados *dossier* relativos a los sustitutos de la República por parte de los relativos procuradores de la República.

⁸ La experiencia organizativa y jurisprudencial británica, en particular, se caracteriza por tradicionales y consolidadas praxis interpretativas de naturaleza jurisprudencial —principio del *stare decisis*— y por la integración en el cuerpo judicial togado de los jueces «laicos» procedentes de la abogacía, que aseguran, al mismo tiempo, una legitimación añadida respecto aquella formal.

ble para la formulación jurisprudencial de una «tradición constitucional común a los Estados miembros» por parte del Juez comunitario. Desde este último perfil, además, se podría decir que el Juez comunitario no puede considerar la organización judicial, en sentido estricto, como parámetro de validez de las exigencias de justicia propias del ordenamiento de la Unión. En tal sentido, se podría afirmar correctamente que la experiencia constitucional comparada ofrece, tanto al análisis doctrinal como al enfoque jurisdiccional comunitario, materiales y soluciones que se mueven en una dirección (incluso significativamente) diferenciada de país en país. Tales divergencias afectan sobre todo al grado de autonomía y de independencia del magistrado, considerados, por un lado, bajo el perfil de la previsión constitucional, o más bien de la legislación ordinaria y, por el otro, bajo el perfil de los distintos caracteres que marcan las relaciones entre juez requirente y juzgador y las contextuales (más o menos estrechas) relaciones del primero de los dos con los Ministerios de Justicia en cada experiencia constitucional.

3. NOCIÓN COMUNITARIA DE JURISDICCIÓN Y «TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES» DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Aunque esenciales en su encuadramiento teórico, las reflexiones que preceden, de acuerdo con el enfoque subyacente a las mismas y que las guía, como se puede comprender, no aspiran a concretar «operaciones de política del Derecho disfrazadas por decisiones tomadas acudiendo al método comparado»⁹. Por otro lado, podríamos afirmar a raíz de las principales experiencias constitucionales europeas, que dichas reflexiones nos ponen ante soluciones heterogéneas con respecto al ordenamiento judicial y a las modalidades seguidas por la doctrina y los ordenamientos analizados.

⁹ Cfr. I. J. PATRONE, «La magistratura nell'esperienza costituzionale comparata», en S. GAMBINO (coord.), *La magistratura nello Stato ... op. cit.*

Por esta razón, aunque no se pueda decir lo mismo en relación con el papel general de la magistratura en el sistema constitucional, se pueden hallar soluciones diferenciadas, con respecto a la unidad o a la pluralidad de las jurisdicciones, al papel del Ministerio Fiscal en sus relaciones con el poder ejecutivo y al reparto de la competencia jurisdiccional entre los distintos jueces, al estatuto de los magistrados y, en fin, a los órganos competentes para ejercer los poderes administrativos instrumentales al funcionamiento de la jurisdicción ¹⁰.

Desde esta óptica, una primera observación manifiesta, en el fondo, la inexistencia de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión europea en relación con la posición atribuida a la magistratura respecto de los otros poderes del Estado y, sobre todo, del régimen constitucional previsto por el ordenamiento jurisdiccional y, en su interior, del «status» de autonomía y de independencia del magistrado tanto referente como juzgador, y de las modalidades seguidas en las formas de autogobierno de la magistratura.

Sin embargo, dicha observación, que no es nueva al iuscomparatista, no parece añadir nada a la tarea que hoy en día el mismo es llamado a desempeñar; dicha tarea no es otra que el estudio del proceso de integración europea, cada vez más creciente, en especial tras la reciente ratificación del Tratado de Lisboa. A este propósito, el método comparado no puede ser utilizado para la elaboración de una hipótesis irrealista de transposición de modelos de un país a otro y, en la hipótesis ahora considerada, de cada experiencia nacional analizada al ordenamiento comunitario. Los modelos, como es sabido, tienen una validez «ad docendum» y no «ad jubendum»; los institutos constitucionales viven relacionados estrictamente a las culturas nacionales y no están dispuestos a trasmigrar para operaciones de mera ingeniería constitucional o, más en general, de política del Derecho. Por ello, es acertada la correcta observación de quien subraya que se debería «orientar el estudio hacia el descubrimiento no tanto de la inexistente «piedra filosofal» a fin de encontrar una solución en las rela-

¹⁰ Utilizo en esta articulación temática un famoso estudio de A. PIZZORUSSO, «Ordinamento giudiziario (dir. comp. e stran.)», en *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

ciones, así como se suelen llamar, entre la política y la magistratura», sino «para verificar cuales sean los posibles planes de una convergencia razonable hacia soluciones que permitan alcanzar la compatibilidad necesaria entre sistemas que deben mantenerse diferentes pero, a la vez, deben ser capaces de dialogar entre ellos»¹¹. Nos conformaremos con esta admonición en el desarrollo del análisis siguiente, que tiene por objeto el estudio de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en materia de ordenamiento judicial por parte del sistema jurisdiccional comunitario (Tribunal General y Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que ha acudido también al CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la aplicación judicial de las garantías previstas para los derechos y las libertades.

Desde esta óptica, el análisis versará sobre las garantías recogidas por el art. 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales¹², sin, limitarse, en algún modo, a esta sola disposición, puesto que los «nuevos» Tratados establecen las garantías ofrecidas por el ordenamiento procesal, deduciéndolas en gran parte del CEDH, a través de una lectura del valor «Justicia», que podríamos definir como sustancial.

Por lo tanto, como se ha observado, el enfoque se hace más complejo si trasladamos el análisis al plan de los modelos de organización judicial y a la definición de magistratura, considerando que, con respecto a los distintos ordenamientos, en la Unión europea conviven soluciones completamente diferentes. Por un lado, nos encontramos ante «sistemas procesales muy distintos entre ellos, tanto que es difícil establecer cuales se conforman al modelo acusatorio y cuales al inquisitorio»¹³; por el otro, algunas figuras de carácter organizativo, como el Ministerio Fiscal o el Juez instructor, aunque comunes a experiencias constitucionales diferentes, respon-

¹¹ Cfr. I. J. PATRONE, «La magistratura nell'esperienza costituzionale comparata»... *op. cit.*

¹² Al respecto véase también R. ROMBOLI, «La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47», en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, núm. 1, núm. Especial, «Europa e Giustizia».

¹³ Cfr. I. J. PATRONE, «La magistratura nell'esperienza costituzionale comparata» ... *op. cit.*

den a principios completamente distintos en cada ordenamiento según se basen en la separación (esto es, por ejemplo, el caso de España) o en la unificación de las carreras (Italia, Francia).

Asimismo, tiene influencia también la modalidad de reclutamiento de los jueces, cuyos principios están recogidos solo en algunos textos constitucionales¹⁴, puesto que la mayor parte de las constituciones europeas reenvían a la ley¹⁵; o la previsión de la participación popular en la función jurisdiccional, establecida en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales europeos según distintas fórmulas y que los «nuevos» Tratados no prevén expresamente.

A fin de alcanzar una comprensión exhaustiva de la incidencia efectiva que los principios comunitarios en materia de justicia previstos en el texto del «nuevo» Tratado podrán tener en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión, y, por lo tanto, ante los ciudadanos europeos, no parece superfluo tener en cuenta la existencia de realidades constitucionales y procesales profundamente diversas¹⁶.

Desde el perfil de la jurisdicción en relación con la (originaria) contraposición entre el modelo inglés, en el que rige el principio de unidad, y el francés (o italiano), caracterizado por una doble jurisdicción (ordinaria y administrativa), pues, se hallan en el ámbito continental una pluralidad de sistemas: desde el español, cuya jurisdicción es unitaria y en el que, sin embargo, los órganos judiciales se articulan en secciones distintas, dependiendo de las diversas materias (civil, penal, administrativa, social y militar), al alemán que contempla hasta cinco distintas jurisdicciones, además de la constitucional.

A propósito de las diferencias que se pueden observar en la experiencia constitucional de los países europeos se asiste a un tendencial acercamiento de los distintos sistemas; sin embargo, desde el punto de vista de

¹⁴ Cfr. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «El poder judicial», en D. LÓPEZ GARRIDO, M. MASSÓ GARROTE, L. PEGORARO, *Nuevo Derecho constitucional comparado*, Valencia, 2000.

¹⁵ Como en el caso del art. 12 CE o del art. 116,2 Const. de los Países Bajos.

¹⁶ Cfr. G. MOSCHELLA, «Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica», en S. GAMBINO (coord.), *La magistratura nello Stato costituzionale ... op. cit.* Del mismo autor, cfr., recientemente, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milán, 2009.

la organización jurisdiccional, por el momento, esto no parece suficiente para legitimar una superposición sustancial (o intercambio) entre principios y modelos que permita acotar un «concepto unitario» de la organización judicial y considerar las diferencias inherentes a la plena efectividad y a la igualdad sustancial en la garantía de los derechos ¹⁷.

Dicho de otra forma, nos enfrentamos al problema de la inexistencia, antes a nivel del CEDH y ahora de la Unión, de una clasificación que reconduzca a unidad tanto la noción de magistratura cuanto de ordenamiento judicial; en este momento no es posible hallar «un sistema judicial y procesal» (civil o penal) que pueda servir de punto de referencia o de modelo. Por lo tanto, a raíz de los perfiles mencionados y considerando el estado de la disciplina constitucional y legislativa, en vigor en los países miembros de la Unión, parece que el TJUE no puede concretar una «tradición constitucional común de los Estados miembros».

En cambio, parece que dicha «tradición» se pueda reconstruir si se toma en consideración más que el perfil organizativo de la jurisdicción concebido como poder del Estado, el funcional, esto es, el perfil inherente a las disposiciones previstas para asegurar el derecho del sujeto a disponer de un recurso efectivo ante una autoridad jurisdiccional, el derecho a un juez independiente e imparcial, predeterminado por la ley, el derecho a un proceso equitativo, en cuanto razonable en su duración, respetuoso con el principio de contradicción, adecuado a la «puesta en juego» procesal, sobre todo cuando esta última se refiera al «status» de las personas o a la relativa condición de salud.

¹⁷ Análogas consideraciones también pueden valer en lo que se refiere a los perfiles organizativos de la carrera de los magistrados que en el escenario variablemente dibujado de los ordenamientos europeos pueden distinguirse en a) sistemas de carrera única, contemplados en los ordenamientos de Francia, Bélgica, Luxemburgo e Italia, en el que la figura del Ministerio Fiscal integra, junto a los jueces, el cuerpo judicial, aunque con un grado de independencia distinto; b) sistemas de carrera separada, típicos de la experiencia constitucional de Portugal y España, en los que no solo se prevén dos cuerpos distintos para los jueces y el Ministerio Fiscal, sino que para este último no se prevén las mismas garantías de autonomía e independencia previstas para el juez.

En tal dirección se mueven también los resultados de los estudios sobre la jurisprudencia comunitaria en la materia; tales son las previsiones acogidas en los artículos 47-50 de la Carta de Niza/Estrasburgo; tales son sustancialmente las mismas previsiones de las Cartas internacionales y sobre todo del CEDH, en sus artículos 6 y 13, pero también en el art. 10. De tal forma, ya se puede hacer un subrayado con arreglo a las disposiciones citadas y a las orientaciones consolidadas del Juez de Luxemburgo al respecto.

Con la reserva de recordar que la terminología constitucional que utilizaremos constituye solo una modalidad aproximativa para describir la relevancia del proceso de integración europeo actualmente en curso; en este sentido, se puede afirmar que desde la óptica del vigente constitucionalismo europeo se asiste a una evidente, buscada, «circulación» de modelos judiciales que se mueve a partir de los nacionales e internacionales (sobre todo el CEDH), transita a través del parámetro jurisprudencial del TJUE de las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» y se recoge, en fin, en los nuevos Tratados. Tal «circulación» de modelos en materia judicial se acompaña y se enriquece del desarrollo paralelo de la jurisprudencia de la Unión en materia de derechos fundamentales (a partir de las sentencias «Stauder», «Internationale» y «Nold»).

El ordenamiento de la Unión, sobre todo tras los desarrollos registrados en Maastricht, Ámsterdam, Niza, Roma y ahora Lisboa, prevé la positivización de los principios del Estado de Derecho, de la protección de las libertades, de la dignidad humana, de la democracia, de la igualdad, del respeto a los derechos humanos, que, orgánicamente subsumidos en los «nuevos» Tratados, se convierten ahora en «patrimonio constitucional» reconocido y compartido por los pueblos europeos (de los 27 Estados miembros de la Unión, en su actual configuración), constituyendo a tal fin un verdadero y propio «Bill of Rights» (aunque todavía solo de naturaleza sustancial) al que continuará haciendo referencia, de forma razonablemente expansiva, la jurisprudencia del TJUE.

Se recuerdan, a tales efectos, las disposiciones a las que el art. 6 de los «nuevos» Tratados reenvía. En esas se establece que:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007

en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. 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».

En las disposiciones del Título VII relativas a la interpretación y aplicación de la Carta se prevé, además, que las mismas se aplican a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros exclusivamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Tales sujetos en su conjunto tendrán que «respetar» los derechos, «observar» los principios y «promover» su aplicación de acuerdo con el reparto competencial preestablecido y en el respeto a los límites inherentes a las competencias que los Tratados confieren a la Unión. Tales disposiciones, cuando establezcan «principios», podrán ser actuadas a través de actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como por actos de los Estados miembros cuando, en el ejercicio de sus competencias respectivas, apliquen el Derecho de la Unión. Tales actos, en fin, pueden ser invocados ante un juez para que éste los interprete y controle la legalidad (art. 52.5 CDFUE).

La diferente naturaleza de las disposiciones que prevén principios y derechos, como es sabido, ha sido y sigue siendo debatida largamente por la doctrina, tanto que algunos temen —con una referencia peculiar a la protección jurisdiccional de algunas familias de derechos (como los derechos

sociales), a los parámetros financieros puestos a garantía de la estabilidad económica y, en fin, a la ausencia de una «política de derechos» recogida expresamente en los «nuevos» Tratados— el riesgo de que la Unión deje sin cobertura una de las familias de derechos —los sociales— que, junto a los de participación política, constituye, sin duda, una de las tradiciones constitucionales más avanzadas del constitucionalismo contemporáneo, un patrimonio constitucional compartido.

Sin embargo, ante dicha preocupación doctrinal, el Tribunal de Justicia de la Unión, con respecto, por lo menos, a algunos derechos sociales —sobre todo en el caso del derecho al trabajo y de la igualdad de trato— ya ha procedido, aunque con un prudente «self-restraint», a asegurar la relativa tutela jurisdiccional¹⁸.

De tal forma, si ya en presencia de una Carta proclamada solo políticamente aunque sin una vigencia jurídica, el Tribunal comunitario fue capaz de apoyarse en un «bloque de comunitariedad» que había elaborado con anterioridad (a partir de los principios generales del Derecho comunitario) para asegurar la tutela jurisdiccional de las pretensiones sometidas a su jurisdicción (sobre todo en materia de libertades económicas y de circulación de los bienes, de los capitales y de las personas, es decir a fin de respaldar las finalidades institucionales del mercado común europeo), se puede suponer que la incorporación (sustancial) de la Carta a los nuevos Tratados dará vida a una jurisprudencia aún más expansiva hacia la protección de los derechos fundamentales de la Unión, no limitada a las libertades económicas clásicas sino también abierta a las sociales (y también con mucha probabilidad a las de participación política).

Desde tal perspectiva, será escasa la utilidad de las disposiciones, que prevén que los jueces de Luxemburgo y los nacionales deberán tener en debida consideración las «Explicaciones», cuyo fin es facilitar orientaciones para la interpretación de la Carta. Una previsión solicitadora —esta última— que se puede prever destinada a la ineficacia sustancial, frente a la naturaleza intrínseca de la función de interpretación de las normas des-

¹⁸ Al respecto, entre otros, también nuestro «Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea», en *ReDCE*, 2008, Vol. V, núm. 9. Dirección electrónica: <http://www.ugr.es/~redce/>.

empeñada por los órganos jurisdiccionales de la Unión; todo ello, sin necesidad de invocar la misma jurisprudencia de la Unión, ya disponible en la materia, e, incluso, la jurisprudencia del mismo juez, cuyo objetivo es asegurar que la interpretación de los jueces nacionales sea conforme a las disposiciones de la Unión.

Volviendo al tema central de esta reflexión —sobre el juez y la jurisdicción en un sistema complejo (nacional, de la UE y europeo) y en desarrollo¹⁹— se puede observar como las evoluciones recientes en el proceso de integración europea aparecen destinadas a una valorización ulterior del sistema jurisdiccional, en cuyo interior se podrá asistir (de forma prácticamente inevitable) a un protagonismo nuevo tanto del Juez comunitario (ya explicado) como de los jueces nacionales (a continuación). Tal protagonismo se podrá expresar tanto en la fase ascendente, de consulta al juez de la Unión por parte del juez nacional²⁰ a través del instrumento del «reenvío prejudicial», que tendrá nuevas y más complejas disposiciones sobre las que practicar, como y sobre todo en la fase descendente, respecto a la

¹⁹ Cfr. F. G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milán, 2003.

²⁰ Recientemente se ha registrado un cambio (por lo menos aparente) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano con respecto a su precedente orientación, a través del «reenvío prejudicial» interpuesto por el Juez de las leyes al TJUE (Ordenanza núm. 103/2008). El Tribunal mismo observa en sus motivaciones que la admisibilidad de la referencia a las normas comunitarias como elementos integrativos del parámetro de constitucionalidad ex art. 117, apartado 1, Const. It., «es consecuencia de la particular naturaleza de tales juicios [...], que, al respecto, hay que considerar como premisa de que, a través de la ratificación de los Tratados comunitarios, *Italia se ha convertido en parte del ordenamiento comunitario, es decir de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno* (la letra cursiva es nuestra), y ha transferido contextualmente, en virtud de lo dispuesto en el art. 11 Const. It., el ejercicio de poderes incluso de naturaleza normativa (estatales, regionales o de las Provincias autónomas) a los sectores definidos por los Tratados mismos; que las normas del ordenamiento comunitario vinculan en vario modo al legislador interno, con el único límite de la intangibilidad de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inviolables de la persona así como garantizados por la Constitución (*ex multis*, sentencias núm. 349, 348 y 284 de 2007; núm. 170 de 1984)». Para un primer comentario, cfr. S. BARTOLE, «Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti», en *Forum di Quaderni costituzionali*.

inaplicación del Derecho interno cuando no sea conforme a la normativa comunitaria, ahora integrada tanto por disposiciones de garantía de los derechos, como por disposiciones que recogen principios²¹.

En cuanto a la inaplicación del Derecho interno no conforme a la normativa de la Unión que afecte a los derechos, no parecen existir dudas; a este propósito, disponemos de una jurisprudencia largamente consolidada. Desde la sentencia *Costa/Enel* (1964) en adelante, la primacía y la directa aplicabilidad del Derecho de la Unión en el ámbito del Derecho interno constituyen principios reconocidos y consolidados plenamente. Sin embargo, ahora dichos principios se fundamentan en parámetros nuevos y más densos de constitucionalidad comunitaria —los de los derechos (a respetar) y de los principios (a observar y promover)—; por todo ello, el papel que el juez nacional tiene que desempeñar tanto en la fase ascendente como en la descendente será más significativo.

Sin embargo, una cuestión se nos plantea ¿«*Quid iuris*» del ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios fundamentales de la Unión Europea? La respuesta mayormente plausible al interrogante, ante las disposiciones de los «nuevos» Tratados (art. 53 CDFUE), nos induce a considerar tanto que los mismos puedan constituir materia oportuna para interponer un reenvío prejudicial, como que puedan constituir un parámetro válido para facilitar la interpretación de los actos sometidos a su cognición («interpretación conforme al Derecho comunitario»)²².

4. RECURSO ANTE EL TJUE Y EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL

Hay que preguntarse, en fin, cuales son los instrumentos ofrecidos por los «nuevos» Tratados a fin de que el Juez de la Unión pueda desempeñar

²¹ Cfr. R. MASTROIANNI, «La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche», en *astrid-on-line.it*, 2009; I. J. PATRONE, «La tutela giurisdizionale dei diritti» ... *op. cit.*

²² Entre otros, cfr. también S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milán, 2009.

las delicadas tareas que su transformación (fáctica) en Tribunal constitucional de la Unión —considerada por insigne doctrina²³ como una perspectiva necesaria de «jure condendo»— requeriría. Sobre dicha cuestión, pero más en general sobre las vías de recurso de que todo individuo dispone, en particular a la luz del derecho fundamental de la Unión a una «tutela judicial efectiva», como ya se ha observado, existe en la doctrina un intenso debate, en el que se ha sostenido tanto la hipótesis de la previsión de un procedimiento especial ante el Tribunal de Justicia de la Unión para la tutela de los derechos, como la necesidad de un replanteamiento de las condiciones para el acceso de toda persona física o jurídica a la jurisdicción de dicho Tribunal, siempre con el objetivo de alcanzar una tutela eficaz de los derechos fundamentales.

Si, por un lado, la formulación del art. 6.1 del Tratado de Lisboa requeriría de una mejor definición del sistema judicial europeo, a fin de aclarar los papeles de cada Tribunal en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y, en particular, los límites en la interpretación de los mismos; por el otro, la necesidad de reformar algunos aspectos del sistema jurisdiccional deriva sobre todo del reconocimiento a la «Carta» del mismo valor jurídico de los Tratados y de la «búsqueda» de la adhesión al CEDH, establecida en la disposición citada²⁴.

Tales reformas se revelan indispensables si se consideran las previsiones establecidas en el art. 47 de la Carta, y también en los artículos 6.1 y 13 del CEDH.

El art. 47 añade una condición respecto al art. 13 del CEDH. Según dicho artículo la garantía del derecho a un remedio efectivo debe ser de naturaleza judicial; de otra forma, la tutela del derecho se alejaría del alcance enunciado en dicho art. 47 de la Carta.

²³ Cfr. L. FAVOREU, «I garanti dei diritti fondamentali europei, en G. ZAGREBELSKY, *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; del mismo autor: «Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo», en *Riv. Dir. Cost.*, 2004.

²⁴ Cfr. R. CARANTA, «Sull'effettività della tutela giurisdizionale», en AA.VV., A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (coords.), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Nápoles, 2003.

Aunque la incorporación sustancial de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a los «nuevos» Tratados, o sea la inclusión en éstos últimos de un amplio (aunque todavía incompleto) catálogo, que recopila, positiviza y atribuye un valor real a la jurisprudencia del Juez de Luxemburgo y de Estrasburgo —a cuya formación han contribuido las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como interpretadas por el Juez comunitario— no permite todavía considerarla expresión de una completa constitucionalización del ordenamiento de la Unión, aunque sin duda tiene un impacto relevante en el «proceso de constitucionalización» (sustancial), constituyendo un momento relevante del mismo.

Por lo tanto, se puede afirmar que, mediante el reconocimiento en el ámbito de la Unión de los derechos fundamentales, a la tradicional función de mero límite para la adopción de actos comunitarios, en el supuesto de una violación de tales derechos, se añade ahora una función de relevancia positiva, esto es, de institucionalización de un espacio común de libertad, seguridad y justicia, capaz de guiar a las instituciones de la Unión en el desempeño de las competencias que les han sido otorgadas. De tal forma, si hasta ahora los derechos fundamentales han desarrollado una función, que se podría definir instrumental a la necesidad de avanzar en la construcción del mercado común europeo, su inserción en los Tratados desvela una vocación nueva, capaz de asegurar mayor vitalidad y realce a conceptos igualmente esenciales en el proceso de construcción europea, como el concepto de ciudadanía de la Unión o el significado de la «confianza mutua entre los Estados en un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia».

Por lo tanto, los derechos fundamentales ya no constituyen un mero límite, impuesto a la acción de las instituciones comunitarias o de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión. A la anterior obligación (de no violar los derechos fundamentales), impuesta a las instituciones y a los órganos de la Unión así como a los Estados miembros en la actuación del Derecho de la Unión, se añade ahora una obligación de carácter programático, según la cual «éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias» (art. 51.1 CDFUE).

Por todo ello, podemos deducir algunas orientaciones conclusivas de orden general y abstracto, haciendo reenvío también a la doctrina más acreditada que hasta el momento se ha pronunciado al respecto.

La cuestión central —ya planteada respecto del art. 52 de la Carta— versa sobre la relación subyacente a la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, las demás disposiciones europeas y las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros, y también a la cuestión, relacionada estrictamente, de si se ha previsto o no un control de constitucionalidad sobre los actos normativos «ordinarios». La respuesta que se da es afirmativa; de todo ello se puede desprender que tal control constituye un síntoma y una señal (de un avance) en el proceso de constitucionalización europeo. A este propósito, como ha sido observado por destacable doctrina, «parece el momento en el que está naciendo una verdadera Constitución: mientras no haya juez que pueda utilizar la Constitución para contestar la legalidad de otro acto, incluso legislativo, el documento queda en un mero enunciado político; se transforma en un documento jurídico cuando este control se hace posible»²⁵.

Que, en tal marco, se atribuya una competencia (jurisdiccional comunitaria) al Tribunal de Justicia es una cuestión absolutamente imprescindible. Que tal competencia fusione en una sola jurisdicción competencias sobre el fondo y competencias de legitimidad parece igualmente indudable. Lo que constituye, de momento, un problema abierto (que podrá provocar eventuales pronunciamientos divergentes entre las distintas jurisdicciones en sede de aplicación del Derecho de la Unión) —más que la incierta determinación del contenido de todos los derechos (asimismo, un problema abierto)— es el problema tradicional, todavía irresuelto, de la «relación entre las diversas formulaciones de los mismos derechos y las distintas jurisdicciones sobre los derechos», y en particular el problema de la relación existente entre el Juez comunitario, los Tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con respecto a tales cuestiones, se ha llamado la atención sobre la fuerte problemática de las soluciones de reforma avanzadas a fin de garantizar la

²⁵ Cfr. V. ONIDA, «Il problema della giurisdizione», en AA.VV, E. PACIOTTI (coord.), *La Costituzione europea ... op. cit.*, p. 134.

tutela efectiva de los derechos reconocidos en la «Carta» en el ámbito del espacio jurídico europeo. En tal supuesto, el Tribunal de Luxemburgo debería desempeñar inevitablemente la delicada tarea de garantizar los contenidos normativos de la Carta de los Derechos. No parece que se pueda proponer (o desear) la atribución de tal obligación al Tribunal de Estrasburgo, o, incluso, a un Tribunal instituido a tal efecto, una especie de «Tribunal Europeo *bis*»²⁶. Sin embargo, múltiples elementos obstan el eficaz desempeño de dicha función a la que las nuevas disposiciones del Tratado no añaden ninguna garantía real de mejora.

En realidad, no falta quien, entre la doctrina más acreditada, se interroga sobre la cuestión de si el nuevo ordenamiento comunitario de los derechos fundamentales no autorice a los mismos jueces nacionales —en un control que resultaría así de constitucionalidad difuso— a la inaplicación del Derecho nacional no conforme al comunitario cuando contenga disposiciones que afectan a un derecho fundamental²⁷.

De tal forma, en los ordenamientos europeos se está abriendo camino una vía inédita de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes de

²⁶ Cfr. L. FAVOREU, «I garanti dei diritti fondamentali europei, en G. ZAGREBELSKY (coord.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003. Sobre la naturaleza «prácticamente irrealista» del intento de alcanzar por vía hermenéutica una racionalización de las relaciones existentes entre los distintos Tribunales europeos, cfr., por último, A. SPADARO, «Una (sola) Corte per l'Europa», en AA.VV., P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, (coords.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Turín, 2003.

²⁷ «Una cosa es, en tal sentido, —observa de forma convincente Onida— dar prevalencia a una norma europea específica para la resolución de un asunto concreto, cuando la norma nacional no sea a esta conforme; otra cosa es negar aplicación a una norma nacional no conforme a un principio general del Derecho europeo. De la misma forma, no se puede imaginar que el juez, invocando tales principios, pueda negar aplicación a una ley europea considerándola no conforme a estos, sin determinar el control del Tribunal de Justicia sobre la validez de la misma ley» (Cfr. V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione ... op. cit.*, p. 137). Sobre el punto, A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione "ottriata"», en AA.VV., E. PACIOTTI (coord.), *La Costituzione europea ... op. cit.*; V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, en AA.VV., E. PACIOTTI, (coord.), *La Costituzione europea ... op. cit.*

carácter difuso, «que encontrará sin duda un desarrollo conforme los magistrados y los abogados de los diversos países vayan alcanzando una plena madurez cultural que los llevará a un mejor uso de tales técnicas, hasta ahora, en mi opinión, poco conocidas. En Italia, tal perspectiva ha sido reforzada recientemente, entre otras, por la modificación del art. 117 de la Constitución, al introducir un primer apartado que determinará desarrollos de este tipo, aunque la jurisprudencia no se haya pronunciado todavía al respecto. Cuando las disposiciones del Tratado entren en vigor, con la inclusión de la Carta de los Derechos, estas oportunidades crecerán y la perspectiva de desarrollo de una jurisdicción constitucional descentralizada podrá aprovecharse probablemente también de la modificación aportada por el art. 52 de la «Carta», al que se ha hecho mención anteriormente. Sin mencionar que, si por ventura tal disposición se interpretara en el sentido de excluir la posibilidad de aplicar las normas de la «Carta», en su lugar se podría acudir a otras normas de naturaleza internacional de contenido análogo que se hallan vigentes en los ordenamientos estatales.

Decenas de textos internacionales han sido incorporados en varias formas al Derecho interno de muchos Estados, gracias a la impermeabilidad del mundo del Derecho a este tipo de exigencia; con lo cual las ideas que se han concretado en estos textos tienen grandes posibilidades de ser aplicadas sobre todo en la medida en que exista una conciencia cultural madura de los operadores que lo haga posible (junto obviamente a todas las otras circunstancias que se pueden presentar a lo largo de la historia de cada país)»²⁸.

Las consolidadas orientaciones hacia una apertura al nuevo marco normativo europeo —que sigue siendo, bajo muchos perfiles, incierto y ambiguo respecto al tema de la efectividad de la protección jurisdiccional de los derechos— subrayan, aunque solo de forma implícita, un persistente «déficit» de regulación sobre el control de los actos comunitarios y la in-

²⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione “ottriata”», en AA.VV., E. PACIOTTI, (coord.), *La Costituzione europea ... op. cit.*, p. 49. Sobre el punto cfr. también M. P. CHITI, «Le norme sulla giurisdizione», en F. BASSANINI, G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bolonia, 2004 (la nueva edición actualizada es del 2009).

suficiencia de las vías de recurso disponibles para amparar los derechos fundamentales. En este sentido, el Tratado de Lisboa no parece haber aportado importantes avances.

La misma observación de que el trabajo al que el Tribunal está sometido sea ya demasiado gravoso no puede ofrecer una respuesta suficiente a las críticas, dirigidas al mismo «locus standi» del art. 263 TUE (antiguo art. 230 TCE). Ello induce únicamente a reflexionar en torno a la necesidad de una reforma del sistema judicial de la Unión más radical que la aportada por el Tratado de Niza, aunque dicha reforma no se pueda considerar irrelevante. El Tratado de Lisboa, también bajo este perfil, parece haber perdido una ocasión importante.

En conclusión, por lo tanto, si una consideración atenta de las disposiciones de la «Carta» y de los artículos de los «nuevos» Tratados que se refieren a los derechos fundamentales expresan una cierta «estridencia» entre la elaboración de una Carta de los derechos, su incorporación sustancial a los «nuevos» Tratados y las cautelas de que tales textos se circundan con respecto a los sujetos llamados a tutelarlos y a promoverlos —el sistema jurisdiccional en su conjunto— provocan perplejidades aún mayores. Como se ha resaltado de forma acertada: «Un catálogo de derechos, frente a la ausencia de un orden jurisdiccional claro, caracterizado por una tensión permanente (no resuelta a través de los canales democráticos, sino diferida al, así llamado, dialogo entre los Tribunales) entre competencia estatal y competencia comunitaria, y con incertidumbres en torno al sistema de fuentes y de los procedimientos de formación de las mismas, solo puede dar lugar a una desproporción mayor entre la implicación político-democrática en el nivel europeo y el rol de la jurisprudencia comunitaria»²⁹.

Tales afirmaciones reenvían, una vez más, a la cuestión de la positividad de tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales adecuadas. En conclusión, se reitera que hablar de derechos y de Constitución en el ámbito de la Unión europea significa plantearse algunos interrogantes sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el enfoque

²⁹ Cfr. R. BALDUZZI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un esempio di constitutional drafting?», en *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milán, 2004.

funcionalista que la ha caracterizado desde los orígenes para redefinir las fuentes de legitimación y los valores subyacentes (respetando y expresando realmente las tradiciones constitucionales comunes a los Estados).

La garantía constitucional de los derechos exige, antes de nada, claridad sobre las responsabilidades institucionales. Las técnicas de garantía, a su vez, dependen irremediamente de la rigidez o de la flexibilidad del sistema de las disposiciones constitucionales, y también de la configuración del sistema de las fuentes, y de los poderes reconocidos en la materia a los órganos jurisdiccionales.

Efectivamente, en virtud de la incorporación sustancial de la Carta de Derechos a los «nuevos» Tratados, resulta difícil ignorar que los «objetivos» de la Unión europea han recorrido mucho camino con respecto a su originaria formulación en los Tratados fundacionales de la Unión, transformando radicalmente sus contenidos y objetivos. Aunque no se pueda todavía hablar de una «comunidad de los derechos fundamentales», los intentos para definir mejor la tutela de tales derechos han sido múltiples y significativos.

Desde tal óptica, la positivización de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE³⁰ marca un cambio importante, tanto en su alcance sim-

³⁰ Entre la amplia bibliografía sobre la Carta, cfr. por lo menos: R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (coords.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bolonia, 2001; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (coords.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; M. SICLARI (coord.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turín, 2003; L. S. ROSSI (coord.), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milán, 2002; L. S. ROSSI, «La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE», en *Quad. cost.*, 2002; G. F. FERRARI (coord.), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milán, 2001; M. COMBA (coord.), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Turín, 2002; A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (coords.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milán, 2003; J. LUTHER, «I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?», en P. COSTANZO (coord.), *La carta europea dei diritti*, Génova, 2002; R. MASTROIANNI, «Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti», en G. VETTORI (coord.), *Carta europea e diritti dei*

bólico e inherente a su identidad (los derechos fundamentales asumidos como base y expresión de un «ethos», de un espacio público europeo) como de parámetro de interpretación del TJUE y de inspiración para el legislador europeo. Sin embargo, dicha positivización plantea todavía interrogantes y dilemas en el proceso de integración y en la configuración última de la Unión europea, sobre todo en lo que concierne la concreción de un «modelo social europeo»³¹.

privati, Pádua, 2002; G. SACERDOTI, «La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini», en *Comunicazioni e studi*, Vol. XXII, Milán, 2002; M. P. CHITI, «La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?» en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, I; A. CELOTTO, «La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale», en *Riflessi ... op. cit.*, p. 227; U. VILLANI, «I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea», en *Dir. Un. Eur.*, 2004, I; A. PACE, «A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari», en *Giur. cost.*, 2001; M. CARTABIA, A. NINATTI, «L'efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?», en *Quad. cost.*, 2001; C. PINELLI, «La carta dei diritti, la cittadinanza, la vita democratica dell'Unione», en F. BASSANINI, G. TIBERI (coords.), *La costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; P. RIDOLA, «I diritti di cittadinanza, il pluralismo ed il «tempo» dell'ordine costituzionale europeo. Le «tradizioni costituzionali comuni» e l'identità culturale europea in una prospettiva storica (*paper*)»; R. A. GARCÍA, «Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, I; S. GAMBINO, «I diritti fondamentali comunitari: fra Corte di giustizia delle Comunità europee, Trattati e *Bill of rights*», en *Riflessi ... op. cit.*; G. BRONZINI «La Carta europea dei diritti fondamentali» en *Questione giustizia* núm. 5/2000; G. CANNELLA «La Carta dei diritti: un passo verso un'Europa democratica?», en *Questione giustizia*, 2001; C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea. Tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milán, 2005.

³¹ En el mismo sentido, recientemente, cfr. también: M. CARTABIA, *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; G. BRONZINI, «La Carta europea dei diritti fondamentali: dal progetto di un «modelo sociale europeo» alla costituzionalizzazione dell'Unione?», en H. FRIESE, A. NEGRI, P. WAGNER (coords.), *Europa politica. Ragioni di una necessità*, Roma, 2002.

Las perplejidades aumentan si se intenta entrever, en un futuro próximo, como objetivo prioritario, la tutela de los derechos fundamentales³². El mayor obstáculo para la realización de esta perspectiva es considerar que, de tal forma, se pondría en la sombra la «Constitución de los derechos fundamentales» de los Estados miembros. A este propósito, la introducción de una «macro política» de los derechos fundamentales fuerte y omnicompreensiva alteraría significativamente «el equilibrio constitucional en la Unión; entraría en conflicto con el principio de subsidiariedad y podría atentar contra la garantía de la autonomía constitucional como parte de la identidad nacional»³³.

El impacto de la adopción de la Carta de los Derechos sobre los Derechos constitucionales nacionales y los sistemas de garantía de los mismos ha sido tenido en consideración frecuentemente. Piénsese en la técnica normativa, antes mencionada, adoptada para la formulación de muchas disposiciones sustanciales de la «Carta», conforme a la que estas últimas se definen como afirmaciones de derechos y libertades sin que se prefiguren categorías adecuadas de límites, susceptibles de ser desarrolladas sucesivamente por el legislador, práctica que se puede reconducir a una de las más importantes tradiciones del constitucionalismo moderno³⁴. En tal marco,

³² Actualmente es oportuno hacer referencia a la normativa adoptada mediante el Reglamento (CE) núm. 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, que instituye la Agencia de la Unión europea para los derechos fundamentales, con el objetivo de «proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas» (art. 2).

³³ Cfr. A. BOGDANDY, «Comunità di diritti ... *op. cit.*, y también «L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?», en AA.VV., ZAGREBELSKI (coord.), *Diritti e Costituzione ... op. cit.*; M. CARTABIA, A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale dopo Nizza», en *Giur. cost.*, 2002; M. CARTABIA, «I diritti fondamentali ... *op. cit.*, p. 64.

³⁴ Cfr. U. DE SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a propósito de la Carta de los derechos fundamentales)», en G. ZAGREBELSKI (coord.), *Diritti e Costituzione... op. cit.*; U. DE SIERVO, «L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE», en *Dir. pubb.*, 2001.

el legislador europeo tendría la delicadísima tarea de realizar el balance entre la libertad y sus límites correspondientes.

El mismo poder de evaluación del Tribunal de Justicia resultaría más reforzado, como ya se ha tenido ocasión de reflexionar, puesto que las cautelas de las que se rodean frente a las posibles limitaciones de los derechos ex art. 52.1 de los nuevos Tratados parecen dirigirse más a las autoridades jurisdiccionales que al poder legislativo.

5. LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE LISBOA SOBRE «JUSTICIA» Y ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL

Para concluir el tema objeto de nuestro análisis, es oportuno ahora llamar la atención sobre las previsiones de los «nuevos» Tratados en materia de protección del derecho a un recurso efectivo y a un juez independiente e imparcial, esto es, las disposiciones garantistas en materia de «justicia» (de un juez autónomo e independiente y, más en general, de un ordenamiento jurisdiccional, etc.).

Como ya hemos subrayado, a través de la incorporación (aunque solo sustancial) de las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los «nuevos» Tratados no realizan aportaciones sustancialmente innovadoras, limitándose a asumir como punto de referencia (aunque en modo no orgánico) la jurisprudencia del TJCE relativa a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» y las disposiciones y principios acogidos en el CEDH, garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁵.

Los artículos 47 a 54 de la Carta identifican las fuentes inspiradoras más o menos originarias de la tutela jurisdiccional efectiva en las disposi-

³⁵ Las mismas «Explicaciones» actualizadas relativas al texto de la Carta de los Derechos Fundamentales, llaman la atención, con referencia a cada una de las disposiciones de la Carta, tanto a las disposiciones del CEDH, ahora incorporado a los «nuevos» Tratados, como a la más significativa jurisprudencia comunitaria y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

ciones del CEDH (art. 13; art. 6.1; art. 6.3, art. 7; art. 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH), y en la jurisprudencia comunitaria relativa a las «tradiciones constitucionales comunes».

Sin embargo, en el presente estudio podemos limitar el análisis al art. 47 de la Carta, por la importancia que tal disposición asume en una investigación cuyo objeto es la tutela jurisdiccional, puesto que involucra, aunque sólo de forma inicial, cuestiones ya analizadas (sólo someramente desde el punto de vista comparativo), como las relativas a la naturaleza del juez, a su imparcialidad e independencia, a la pertenencia o no del Ministerio Fiscal al sistema judicial.

Resulta importante destacar las sentencias del TEDH conforme a las cuales no se puede concebir una independencia parcial del juez en el supuesto de que los jueces hayan sido nombrados por parte del poder político³⁶. Las demás disposiciones recogidas en el Título VI de la Carta de los Derechos Fundamentales regulan perfiles prevalentemente procesal-penalistas, con lo cual aunque igualmente centrales en la efectividad de la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades, en esta sede serán soslayados.

Pasando a un análisis de los contenidos materiales de tal normativa, se reenvía, en primer lugar, a la previsión del art. 47 de la Carta, que contempla la garantía comunitaria del «derecho a un recurso efectivo ante un juez independiente e imparcial», del «derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, predeterminado por ley», de la facultad de «hacerse aconsejar, defender y representar», de la «asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes».

Se trata, como se puede observar, de una disposición de ningún modo innovadora respecto a las más importantes Constituciones europeas, que se limita a hacer más «evidentes» y «visibles» derechos que habían sido reconocidos y tutelados anteriormente.

³⁶ Como en la sent. *Crociani c. Italia*, de 14 de diciembre de 1980, relativa al caso de jueces adjuntos a la *Corte Costituzionale*, cuyo nombramiento es de carácter parlamentario.

Se afirma, en primer lugar, el principio de la efectividad del recurso ante un juez. La jurisprudencia comunitaria ya había reconocido tal principio como principio general del Derecho, deduciéndolo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de la correlativa enunciación contenida en el art. 6 del CEDH. Tal principio se reconduce a la misma institución del Estado de Derecho, que excluye la autotutela y la autodefensa, imponiendo la necesidad de dar solución a las controversias ante los órganos públicos del Estado, que tienen el monopolio de la jurisdicción y cuyo cometido exclusivo (y excluyente) es el desempeño de la función jurisdiccional, en presencia de determinadas garantías.

Si, como se ha recordado, todas las Constituciones nacionales ya reconocen ampliamente tales derechos, como las mismas «Explicaciones» nos recuerdan, dicha disposición reenvía explícitamente, en el apartado I.º, al art. 13 del CEDH, con arreglo al cual: «Todo individuo cuyos derechos y libertades... hayan sido violados, tiene el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional».

Como nos recuerdan las mismas disposiciones del CEDH (que acabamos de mencionar) y con respecto a las garantías correspondientes, en el Derecho de la Unión la tutela resulta más amplia respecto a las garantías aseguradas por el CEDH, puesto que garantiza el derecho a un recurso efectivo. El Tribunal de Justicia ha proclamado este derecho en sus pronunciamientos como principio general del Derecho de la Unión.

El art. 47 de la Carta se aplica a las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, y este principio tiene validez para todos los derechos garantizados por el ordenamiento. La incorporación de tal jurisprudencia a los «nuevos» Tratados no pretende modificar el sistema de control jurisdiccional previsto por los Tratados y, en particular, las normas relativas a la interposición de los recursos directos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este efecto, el Convenio había examinado el sistema de control jurisdiccional de la Unión, con la inclusión de las normas sobre la interposición, y las había confirmado, modificando solo algunos aspectos.

Mediante un recorrido tentativo de la jurisprudencia comunitaria podemos constatar que tal jurisprudencia, a la que también las «Explicaciones» reenvían como fuente inspiradora de las disposiciones ex art. 47, se

resume sobre todo en la sentencia de 15 de mayo de 1986³⁷, en las sentencias de 15 de octubre de 1987³⁸ y de 3 de diciembre de 1992³⁹. En la primera de las sentencias mencionadas —“Johnston” (causa 222/84)— el Juez comunitario, en un asunto cuyo objeto versaba sobre una cuestión relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres —y a la que, en algunos perfiles, hará reenvío la posterior sentencia “Kreil”— afirma que “El principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva... (constituye) un principio sobre la base del desarrollado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que ha sido reconocido por los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Incluso en la segunda sentencia a la que hemos aludido —“Heylens” (asunto 222/86)—, con referencia a un asunto en el que se planteaba la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente un acto mediante el cual una autoridad nacional había denegado el reconocimiento de la libre circulación de las personas y de los trabajadores, el juez comunitario reconoce que “la existencia de un remedio jurisdiccional contra el acto por el que una autoridad nacional deniega el disfrute de este derecho es esencial para garantizar a todo individuo la tutela efectiva de su derecho. Tal exigencia constituye un principio general del Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y ha sido reconocido por los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos”. Como ya había hecho la segunda de las decisiones mencionadas, también la tercera (“Oleificio Borelli”, causa 97/91) considera la tutela judicial como garantía de la efectividad de los derechos (en el supuesto en cuestión con respecto al derecho a la libre circulación de las personas y de los trabajadores). En la sentencia de 3 de diciembre de 1992⁴⁰, el Juez comunitario afirma que “La exigencia de someter a apreciación jurisdiccional cualquier otro

³⁷ Causa C-222/84, *Johnston c. Chief Constable Of The Royal Ulster Constabulary*, en *Racc.*, 1986, p. 1651, párr. 18.

³⁸ Causa C-222/86, *Heylens*, en *Racc.* 1997, p. 4097, párr. 14.

³⁹ Causa C-97/91, *Oleificio Borelli Spa*, en *Racc.* 1992, p. I-6313, párr. 14.

⁴⁰ Causa C-97/91, *Oleificio Borelli Spa*, en *Racc.* 1992, p. I-6313, párr. 14.

acto de una autoridad nacional constituye un principio general del Derecho comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido reconocido por los art. 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos”».

La jurisprudencia citada anteriormente no agota la amplia jurisprudencia disponible en materia de derecho a la tutela jurisdiccional, concebido como principio general del Derecho comunitario, así como deducido a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de la normativa CEDH⁴¹. Existe una jurisprudencia reiterada que, a partir del derecho a la tutela jurisdiccional, especifica en detalle los distintos perfiles de ordenación y organización que inciden sobre tal derecho fundamental. Se adoptan en tal sentido sentencias del juez comunitario (pero también del TEDH) en las que se esboza una noción de juez⁴², sentencias que declaran el derecho de acceso a la justicia/juez⁴³ o el principio de la efectividad⁴⁴,

⁴¹ Para unas referencias más amplias a la jurisprudencia relativa al derecho a un recurso efectivo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cfr. L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell’uomo e con documenti rilevanti*, Milán, 2001; a los que *adde*, por lo menos, N. TROCKER, «Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell’opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità europea», en M. TARUFFO, V. VARANO (coords.), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Turín, 2001; A. PERTICI, R. ROMBOLI, «Diritto a un ricorso effettivo. Commento all’art. 13 CEDU», en S. BARTOLE, F. CONFORTI, G. RAIMONDI (coords.) *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Pádua, 2001.

⁴² Entre las muchas, por ejemplo, TJCE, 61/65, *Goebbels*, o TJCE, 54/96, *Dorsch Consult*, en la que se dispone que «para evaluar si un órgano remitente posea las características de un juez de acuerdo con el art. 117 del Tratado es importante tener en cuenta un conjunto de elementos como el origen legal del órgano, su carácter permanente, la obligatoriedad de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, si dicho órgano aplica las normas jurídicas y sea independiente».

⁴³ Entre las que, además de la ya mencionada Sent. *Johnston* y la *Oleificio Borelli*, véase la Sent. *Hunectef*, I-4097.

⁴⁴ Sent. TJUE, de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, Causa C-36/75, en *Racc.*, 1975, p. 1219.

tanto en general como en relación con las situaciones dignas de tutela anticipada mediante auto de urgencia ⁴⁵.

El principio de la imparcialidad del Juez se llena de contenido en el art. 47 de la Carta de la siguiente forma. El primer apartado, que recoge el párrafo primero del art. 6 del CEDH establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Dicho apartado introduce el principio del «proceso equitativo», de la publicidad del proceso, del tiempo razonable y de la independencia e imparcialidad del juez predeterminado por ley.

Los principios contenidos en tal disposición se reconducen a una tradición constitucional común consolidada que, en vía general, reenvía a la definición de «justo proceso» y que, respecto al ordenamiento constitucional italiano, ha encontrado una disciplina minuciosa en el art. 111 Const., reformulado recientemente, según el cual «la jurisdicción se ejerce mediante el justo proceso regulado por ley» y «todo proceso tiene lugar en el contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad, ante un juez tercero e imparcial».

En el Derecho de la Unión, el «derecho a un juez» no se aplica solo en el supuesto de controversias que tengan por objeto derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias de la naturaleza de la Unión, concebida como una Comunidad de Derecho, en el sentido afirmado por el TJCE ⁴⁶.

Sin perjuicio de su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican análogamente a la Unión Europea. Sin embargo también en este supuesto, el derecho a un proceso justo, garantizado por la disposición en cuestión tiene su fundamento en una reiterada jurisprudencia co-

⁴⁵ Entre las que, Causa C-393/96 P (R), *J. Antonissen c. Comisión de las Comunidades europeas y Consejo de la Unión europea*, en *Racc.*, 1997, pág. I-00441, párr. 6.; Causa C-213/89, *Factortame y otros*, en *Racc.* 1990 p. I-02433, máxima núm. 1.

⁴⁶ En la causa 294/83, Asunto *Partido ecologista «Les Verts» c. Parlamento europeo*.

munitaria que reconoce explícitamente la garantía del principio de la imparcialidad del juez y de su independencia⁴⁷.

En dicho marco, deben considerarse también otros perfiles, que han sido tutelados por la jurisprudencia comunitaria y que contribuyen a configurar el «justo proceso», pero a los que en este lugar se pueden hacer solo breves referencias: el principio de contradicción, la igualdad de las partes, el principio de publicidad, el principio de independencia judicial e imparcialidad o la razonable duración de los procesos.

Con respecto a tales principios generales del Derecho comunitario, el panorama del constitucionalismo europeo resulta particularmente rico. El art. 24, apartado 2, de la Constitución española reconoce el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, en cambio la Constitución sueca (cap. II, art. 9, apartado I) y la Constitución de Países Bajos (art. 15), con relación a aquellos supuestos en los que en el juicio se ha determinado la privación de la libertad personal del imputado, prescriben respectivamente que el juicio deba tener lugar en un plazo de tiempo razonable y sin retrasos injustificados. La Constitución sueca (cap. II, art. 9, apartado I) contempla que también en los demás supuestos el imputado debe ser sometido a un juicio sin dilaciones indebidas. El art. 16, apartado I de la Constitución finlandesa establece que el proceso deba tener lugar «sin retrasos indebidos»; en cambio el art. 32, apartado II de la Constitución portuguesa, con respecto al proceso penal, establece que todo imputado debe ser juzgado en el plazo más breve de acuerdo con las garantías de la defensa.

Y para concluir, respecto del tercer apartado, tenemos que resaltar que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe acordarse una asistencia legal cuando la falta de tal asistencia haría ineficaz la garantía del recurso efectivo⁴⁸.

Después de haber repasado, aunque solo someramente, los pronunciamientos más significativos del Juez comunitario y del TEDH, se puede con-

⁴⁷ En cuanto al primero de los dos principios véase la S.T.E.D.H., de 26 de octubre de 1984, *De Cubber c. Bélgica*, Serie A núm. 86, párr. 20, y la STJUE, de 10 de octubre de 1982, *Piersack c. Bélgica*, Serie A núm. 53, párr. 30.

⁴⁸ STEDH, de 9 de octubre de 1979, Asunto *Airey c. Irlanda*, Serie A, n.º 32.

cluir señalando que «los posibles elementos de unificación en la garantía del ejercicio de la función jurisdiccional» se identifican previamente en el CEDH, en sus artículos 6 y 13 y, luego, en los «nuevos» Tratados, que reenvían a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»; aunque debe destacarse que la positivización del Derecho comunitario (art. 47 de la Carta de los Derechos) resulta definida mejor que la convencional, sobre todo si se considera la previsión del derecho a un juez, frente la genérica instancia nacional, recogida en el art. 13 CEDH.

A raíz de tales disposiciones, como ha sido bien subrayado⁴⁹, se ha ido elaborando una «sintética y afortunada definición del «buen juez» de los derechos de los ciudadanos europeos»; un juez que debe ser independiente e imparcial, que se pronuncia en el ámbito de un proceso garantizado por el principio de contradicción y en el que la asistencia legal (y el asesoramiento) se amplía a las personas que no tengan recursos económicos suficientes. Esta definición ha sido acompañada por otra reconstrucción, aunque solo «en negativo» del perfil de tal juez, con arreglo a las sentencias del TEDH (de no conformidad al Convenio de algunas decisiones adoptadas por las autoridades nacionales).

De tal forma, a través de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de las recientes disposiciones del Tratado, del CEDH, de la jurisprudencia comunitaria y del TEDH, el Derecho constitucional-comunitario ha proporcionado una garantía plena a la efectividad de los derechos y, con ello, a la completa igualdad de los ciudadanos ante la ley; con tal fin, ha previsto un sistema jurisdiccional, asegurado por sujetos terceros, imparciales e independientes. En cambio, hasta ahora, se ha tratado menos la jurisprudencia en torno al status del Ministerio Fiscal. A pesar de todo ello, la sentencia del Tribunal de Estrasburgo⁵⁰ en el caso

⁴⁹ Cfr I. J. PATRONE, «La magistratura nell'esperienza costituzionale comparata», en S. GAMBINO (coord.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milán, 2004, y «La tutela giurisdizionale dei diritti nei lavori della Convenzione (*Paper* del XIV Congreso nacional de Magistratura democrática, Milán, 10 de enero de 2003, sobre «L'Europa dei diritti da Nizza alla Convenzione» y «La tutela giurisdizionale dei diritti», en *Quaderni Astrid*, de 19 de mayo de 2005.

⁵⁰ Véase el recurso núm. 35640/97.

«Lesnik contra Eslovaquia» parece orientada de forma evidente a reconocer que tal órgano es parte integrante del orden judicial en su conjunto, entendido en sentido amplio; sin embargo no se detiene en la definición de su relativo «status» y, por lo tanto, de los niveles de autonomía disfrutados.

Tras estos reenvíos, se debería acompañar este análisis de un estudio de las demás disposiciones en materia procesal. Sin embargo, tal investigación debe encontrar un espacio más adecuado en otra reflexión con el fin de profundizarla. Por lo tanto, a raíz de lo expuesto a lo largo de este trabajo, se puede concluir sosteniendo que el estudio de las «tradiciones constitucionales comunes» y de las Cartas internacionales, entre las que destaca sobre todo el CEDH, mencionadas por el Juez comunitario en apoyo a sus propias decisiones, hasta la reciente positivización en los nuevos Tratados, denotan que se ha dedicado un marco suficientemente amplio a las garantías en materia de justicia y a la definición, aunque solo a contraluz, de la organización judicial.

Sin embargo, aunque se pueda decir que, por lo menos en esta fase, se ha definido suficientemente el marco sustancial, en la actualidad el horizonte sigue abierto al desarrollo positivo y a las prácticas judiciales en la perspectiva de asegurar «vías de acceso» al Juez comunitario y al TEDH, las cuales pueden concurrir a garantizar la efectividad plena del derecho a la tutela jurisdiccional.

Resumen:

El presente estudio pretende analizar el proceso de institucionalización y desarrollo de un Derecho constitucional comunitario del poder/orden judicial. Con tal fin, el autor desarrolla un análisis sistemático desde una perspectiva multinivel y comparativa de protección de los derechos fundamentales. Objeto de tal estudio son las siguientes fuentes: el Derecho constitucional comunitario tras las modificaciones aportadas por el Tratado de Lisboa, que incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y establece la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), el Derecho convencional-internacional, con una atención especial al CEDH, las derivaciones nacionales de tal constitucionalismo y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que en virtud de la reformulación jurisprudencial realizada por el TJUE, han adquirido el valor de principios generales del Derecho. El objetivo es contribuir a la creación de un Derecho

constitucional comunitario propio del poder/orden judicial con respecto tanto a los principios generales de tal orden como al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido y, con ello, a un sistema de protección de los derechos fundamentales verdaderamente europeo.

Palabras Clave: *Derecho constitucional europeo, Tratado de Lisboa, Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Poder/Ordenamiento judicial, tradiciones constitucionales comunes, jurisprudencia del TJUE y del TEDH, Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido.*

Abstract:

This paper presents an analysis of the process of institution and development of a European Constitutional Law of the judicial power/order. To this end, the author develops a systematic analysis of the protection of fundamental rights from a multilevel and comparative perspective. The objects of this study are the following sources: the European Constitutional Law, after the modifications of the Treaty of Lisbon, that includes the Charter of Fundamental Rights in the European Union (CFREU) and states the adherence to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), the conventional-international Law, with special attention to the ECHR, the national declinations of this constitutionalism and the constitutional traditions of the peoples of Europe, that, through the jurisprudential reformulation of the European Union Court of Justice, have assumed the value of general principles of Law. The purpose is to contribute to the institution of a European Constitutional Law of the judicial power/order concerning the general principles of this, a fair trial and thus of a real European system of protection of fundamental rights.

Keywords: *European Constitutional Law, Treaty of Lisbon, The Charter of Fundamental Rights in the European Union, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the judicial Power/Order; the common constitutional traditions, jurisprudence of the EUCJ and the ECHR, right to an effective remedy and to a fair trial.*

