

PRÓLOGO

En 1998, un grupo de personas que coordinábamos Pablo SANTOLAYA y Javier GARCÍA ROCA comenzamos a hacer crónicas periódicas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y de otros tribunales, que se publicaban en la revista *Justicia Administrativa* de Lex Nova, y siguen editándose ahora en la prestigiosa *Revista Española de Derecho Administrativo*. Leyendo las sentencias europeas, pronto nos dimos cuenta —nada mejor que un método inductivo en estos asuntos— de que estaba emergiendo un poderoso y transversal Derecho Común Europeo en materia de derechos fundamentales en Estrasburgo. Advertimos que este acervo convencional y su eficacia de cosa interpretada iba a transformar seriamente todo el ordenamiento jurídico español y la misma jurisdicción constitucional y ordinaria. La doctrina española no era entonces muy consciente de ese fuerte impacto de la integración europea, e incluso algunos dudaban de que fueran verdaderos derechos fundamentales, o se contentaban con la afirmación superficial de que se trataba de meras sentencias declarativas. Ha llevado un tiempo percibir donde estaba ubicada esta montaña y sus colosales dimensiones.

En el año 2005, el Centro de Estudios Políticos Constitucionales publicó la primera edición de este libro que ahora prologamos *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*; una obra que nos sentimos obligados a escribir por razones de interés general o utilidad pública: dar conocimiento a la comunidad de los juristas de estas líneas de jurisprudencia. Sintetizar y sistematizar las sentencias del TEDH ya parecía entonces imposible, por sus colosales dimensiones, y

tuvimos que formar un pelotón de investigadores de varias disciplinas y universidades.

Agotada la primera edición, elaboramos una segunda en el 2009, que inevitablemente creció en extensión. En 2012, afrontamos la internacionalización de la investigación y traducimos un compendio de la obra al inglés que publicó la prestigiosa editorial Martinus Nijhof, conscientes de que ese Derecho Común se hace en buena medida en inglés, y que la lengua de los derechos influye en el método, los contenidos y las aproximaciones.

En 2014, hicimos una tercera edición actualizada de *La Europa de los Derechos*, pues ya había sobrevenido un lustro de incesante jurisprudencia, teniendo en cuenta la labor de poda realizada en la versión inglesa.

Han pasado casi nueve años desde la tercera edición y pensamos que era necesario actualizar otra vez *La Europa de los Derechos*. Un libro que se ha convertido durante todos estos años en un referente en España e Iberoamérica, además de un basamento del diálogo, horizontal y global, entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestión que hemos afrontado en otras publicaciones.

Esta vez nos daba cierta pereza —si no, directamente, un serio temor— acometer el esfuerzo de volver a ordenar el millar de sentencias que el TEDH escribe cada año, pues debíamos revisar casi una década de jurisprudencia. En esta tarea nos han ayudado diversas herramientas de conocimiento, como son las guías del propio TEDH de cada precepto o su muy sana costumbre de jerarquizar sus sentencias según su relevancia en la base de datos de HUDOC.

Decidimos volver al punto de partida y hacer crecer el equipo de comentaristas, de nuevo, añadiendo más investigadores jóvenes, que nos asegurarán también las futuras actualizaciones. De manera que a los veintidós investigadores iniciales (algunos lamentablemente han fallecido o se han jubilado), añadimos otros nuevos, nada menos que veinticinco personas; somos ya medio centenar de investigadores. No obstante, hemos trabajado con el entusiasmo y la ironía de siempre, tal y como a Pablo SANTOLAYA le habría gustado. La ausencia física de Pablo —no en su espíritu y herencia— nos ha llevado a sumar como coordinador a Miguel PÉREZ-MONEO, un investigador con mucha experiencia. Hemos sostenido varias reuniones de coordinación presenciales y virtuales o en línea. Los comentarios de cada artículo han sido actualizados y discutidos entre los diversos copONENTES, así como en reunio-

nes conjuntas de todos los participantes, y se han hecho dos revisiones escritas de los textos por los coordinadores. No hay ciencia jurídica sin debate y no nos hemos precipitado. Roberto ROSINO hizo una labor impagable en la transcripción de las actas de los debates para impulsar la reflexión colectiva y preparar las correcciones. Pero las carencias o algunos errores —esperemos que no muchos— serán inevitables, dada la magnitud de la obra.

Seguimos sintiendo que el camino que nos ha llevado hasta aquí ha sido tan largo y esforzado —ya lo decíamos en una edición anterior— como mostraba una fábula de Augusto MONTERROSO, quien ironizaba sobre la relación entre la fe y las montañas: el voluntarismo del científico que cree en lo que aún no ve y quizás no llegue a ver, y la tozuda realidad de la naturaleza:

«Al principio la Fe movía las montañas sólo cuando era absolutamente necesario, con lo que el paisaje permanecía igual a sí mismo durante milenios. Pero cuando la Fe comenzó a propagarse y a la gente le pareció divertida la idea de mover montañas, éstas no hacían sino cambiar de sitio, y cada vez era más difícil encontrarlas en el lugar en que uno las había dejado la noche anterior; cosa que por supuesto creaba más dificultades que las que resolvía. La buena gente prefirió entonces abandonar la Fe y ahora las montañas permanecen por lo general en su sitio».

Hemos suprimido un capítulo sobre la jurisprudencia del TEDH respecto de España, si bien las menciones de esos casos están presentes con preferencia en todos los capítulos. Ha crecido mucho el comentario a la vida privada y familiar, un derecho transversal y típico del Convenio, incorporando la reseña de los demás derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH. Se ha añadido un comentario al principio *non bis in idem* de manera desgajada del principio de legalidad penal. El resto de la estructura del libro se ha mantenido prácticamente.

La entrada en vigor de los nuevos protocolos no ha cambiado sustancialmente la naturaleza y funcionalidad del Convenio, si bien el Protocolo 16 ofrece una nueva oportunidad de diálogo con la incorporación de una función consultiva —todavía en construcción— al TEDH.

La jurisprudencia europea sigue evolucionando constantemente hasta haber colocado al Convenio Europeo de Derechos, «un instrumento vivo del orden público europeo» en palabras del TEDH, en un lugar cercano a una suerte de Constitución material y supranacional en

el sistema de los derechos multiniveles y el actual escenario europeo de constituciones en red. Javier GARCÍA ROCA ha calificado y descrito el fenómeno en otro estudio como «la transformación constitucional» del Convenio Europeo.

Las novedades son muchas e imposibles de resumir aquí. Pero podemos esbozar o recordar algunos rasgos impresionistas, aunque sea por avalancha.

La protección de los datos se ha ido adentrando en el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. También la libertad de expresión (artículo 10) se está acomodando a los rasgos tecnológicos de la comunicación en red. Igualmente, se ha protegido la identidad de los miembros de las minorías nacionales, conforme al citado artículo 8, extendiendo la garantía al colectivo LGTBI, e incorporado estándares sobre violencia contra las mujeres a partir del artículo 14 CEDH. Han crecido las sentencias piloto y las subsiguientes garantías en materia de prisiones para evitar malos tratos o inhumanos y degradantes en la ejecución de las penas. Se ha expandido el proceso debido en su proyección a la jurisdicción laboral. Los derechos sociales reciben una protección indirecta a partir de los derechos civiles reconocidos en el Convenio.

El principio de independencia judicial (artículo 6.1 CEDH) ha adquirido una tercera dimensión, junto a la objetiva y la subjetiva, como derecho subjetivo de cada Juez, tras las experiencias autoritarias sufridas en las democracias enfermas y no liberales (*illdemocracies*) en Polonia, Hungría y Rumanía; algo que ha llevado a una política del Consejo de Europa y de la Unión Europea sobre el fortalecimiento del Estado de Derecho. En este mismo escenario, se ha utilizado el artículo 18, sobre las restricciones de los derechos con fines no previstos o arbitrarios en relación con el derecho de sufragio (artículo 3 Protocolo 1). Frente a genuinas desviaciones de poder, se ha protegido el estatuto de la oposición política, a fin de asegurar que pueda concurrir con libertad y en condiciones de igualdad a elecciones regulares. Sin abandonar la amplia jurisprudencia sobre la regularidad de los procedimientos electorales, se ha vuelto la mirada hacia el sentido primigenio del precepto, que era proteger el derecho de la oposición acceder a elecciones libres y periódicas. Hay asimismo casos que profundizan en el derecho al ejercicio de las funciones inherentes al cargo representativo de los elegidos, tras ejercer el derecho de sufragio pasivo.

Se han sistematizado los requisitos procesales sobre el derecho a la reagrupación de familiares. Continúa el debate sobre la equiparación del matrimonio y otras uniones de hecho y las parejas de homosexuales. La presunción de inocencia ha seguido creciendo en sus contenidos, que no son idénticos a los contenidos constitucionales, que a su vez han aumentado en una interacción de las jurisprudencias. La doble instancia penal y la inmediatez en la práctica de la prueba han obligado a modificar los recursos de apelación y casación en España. El derecho al recurso efectivo cobra un nuevo auge con la llamada era de la subsidiariedad que obliga a los Estados miembros a asumir sus responsabilidades primarias de protección y prevenir y reparar las brechas convencionales. Ha habido un controvertido cambio de jurisprudencia respecto de las llamadas expulsiones de los extranjeros en caliente o en frontera, más favorable a las posiciones de los Estados.

La pandemia del Coronavirus ha llevado a algunas suspensiones del CEDH en Estados miembros y algunas decisiones. El derecho a la educación ha seguido incrementando la vertiente de las obligaciones positivas, por ejemplo, en alumnos con necesidades especiales. Hemos detectado un abuso del derecho procesal en casos en que intenta utilizarse el acceso directo a la jurisprudencia europea de forma espuria y artificial. Existe una creciente e interesante tendencia a efectuar razonamientos por estándares, dando un nombre al test, que el Tribunal crea y usa de forma abstracta y general, para aplicarlo luego en cada caso; una técnica que sospechamos incrementará el Derecho comparado y la fertilización recíproca. Y un largo etcétera de cosas.

Confiamos en haber abierto el apetito en este prólogo al modo de una invitación a degustar el resto del libro y que la obra siga siendo útil en la docencia, la investigación y el ejercicio profesional de la judicatura y la abogacía. Así como en fortalecer la integración y la identidad europea desde la fuerte vocación europeísta de los autores y los responsables de esta ya larga línea de investigación.

Madrid, Ciudad Universitaria, 28 de marzo de 2023

JAVIER GARCÍA ROCA

Universidad Complutense de Madrid

MIGUEL PÉREZ-MONEO

Escuela Judicial

I

EL PREÁMBULO CONTEXTO HERMENÉUTICO DEL CONVENIO: UN INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid
Letrado excedente del Tribunal Constitucional

MIGUEL PÉREZ-MONEO

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional y de la Unión Europea
Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial en Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL VALOR DE LOS PREÁMBULOS CONSTITUCIONALES Y DE LOS TRATADOS.—3. EL CONVENIO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO Y LA TEORÍA DE SU TRIPLE NATURALEZA JURÍDICA.—4. LA INTERPRETACIÓN TÓPICA DE SUS CINCO APARTADOS Y UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN: 4.1. ¿Principio de integración funcional o margen de apreciación nacional? 4.2. Principio de protección efectiva de los derechos. 4.3. Principio democrático. 4.4. Principio de Estado de Derecho. 4.5. Interpretación evolutiva y sociológica: El Convenio es un instrumento vivo.—5. CONCLUSIONES.—ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA.

1. Introducción

La lectura del preámbulo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH

o el Convenio), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, pone de manifiesto la voluntad de los Estados miembros del Consejo de Europa de construir, poco después de la Declaración Universal, un sistema regional de protección de los derechos humanos que asegurara el reconocimiento normativo de esos derechos, reforzara su garantía colectiva y efectividad real, y fuera, al mismo tiempo, un «medio» que contribuyera a «realizar una unión más estrecha»¹ de los europeos. El Convenio es también un instrumento de integración europea. Un aspecto que supone una permanente tensión dialéctica con la lógica de la subsidiariedad y del margen de apreciación nacional, propios de una protección internacional y presentes en el propio Preámbulo desde la aprobación del Protocolo 15 y su entrada en vigor en 2021.

Una integración europea basada en la fundamentalidad de los derechos humanos, en la concreción de valores como la justicia y la paz, asentada sobre el principio democrático y en la existencia de una herencia común de tradiciones culturales y constitucionales en el lenguaje de los derechos. De entre ellas sobresale la «preeminencia del derecho», en la versión francesa, o el «Imperio de la Ley» en la inglesa, o el «*Estado de Derecho*» que es la expresión más afín a las dogmáticas alemana, italiana y española. Ambas riberas del río están unidas por un puente: sin derechos fundamentales no puede existir un moderno Estado material de Derecho, y sería ficticio e irreal cualquier intento de preservar derechos sin construir un verdadero Estado de Derecho, sin división de poderes, principio de legalidad, etc.

Sorprende pues la escasa atención que la mayor parte de la doctrina dedica al Preámbulo², ya que para cualquier lector de jurisprudencia europea es manifiesto que en él se hallan algunos de los criterios hermenéuticos que el Tribunal ha usado para interpretar la declaración, sin olvidarnos de la importante cláusula «medidas necesarias en una socie-

¹ Parece aquí patente el guiño intelectual de complicidad que connota la expresión *the achievement of greater unity between its members* respecto de la conocida cláusula del Preámbulo de la Constitución estadounidense de 1787 *to form a more perfect Union*.

² Por ejemplo: P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOF (coords.): *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law internacional, Países Bajos, 1998; Iñaki LASAGABASTER (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004, 3.ª ed., 2015. Una adecuada excepción es Giovanni CONSO: «Preambolo», en Sergio BARTOLE, Benedetto CONFORTI y Guido RAIMONDI (coords.): *Comentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Milán, 2001, pp. 5-21.

dad democrática», recogida en el apartado 2.º de los artículos 8 a 11, que abre la puerta al principio de proporcionalidad: un juicio argumental, estructurado y formal, que está presente en todas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

Aclararé que no se pretende dar una visión exhaustiva de todos los principios que la Corte usa para interpretar y aplicar el Convenio Europeo sino más modestamente evidenciar algunos de los que se deducen del Preámbulo como «contexto hermenéutico». Hablar del Preámbulo es asimismo un pretexto para realizar una introducción y obtener una visión panorámica, que nos permita «comprender» antes de «interpretar» el llamado sistema del Convenio.

2. El valor de los preámbulos constitucionales y de los tratados

2.1. El *Convenio de Viena* sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dedica los artículos 31 a 33 a la interpretación de los mismos y prescribe (artículo 31 apartado 2) que, a tales efectos, el contexto comprenderá, además del texto, su *preámbulo* y, en su caso, los anexos, amén de otros extremos. La norma complementa la que se enuncia en el apartado 1.º del mismo artículo: los tratados deben interpretarse de buena fe «conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Se reclama, por tanto, una *interpretación sistemática*, fundada en el contexto, y otra *finalista*, atenta a la estructura normativa del precepto. La relevancia hermenéutica del Preámbulo del CEDH es pues indiscutible según el Convenio de Viena³.

El TEDH no ha dudado desde la temprana decisión del **Caso Lawless contra Irlanda**, de 14 de noviembre de 1960. La Corte se refirió a que, dentro del sentido del «Preámbulo y otras cláusulas del Convenio», en cualquier sociedad democrática, los procesos judiciales deben conducirse en presencia de las partes y, salvo circunstancias excepcionales, con publicidad. Se desechaba así la oposición del Gobierno demandado a que se diera traslado del informe de la Comisión al actor.

³ Véase en este sentido Giovanni CONSO: *op. cit.*, pp. 5 y ss., quien hace una adecuada síntesis de la confección del Preámbulo en los trabajos preparatorios del Convenio Europeo, pp. 7-11.

De este modo se ubica la noción de *proceso judicial* en su común entendimiento en las sociedades democráticas y con el sentido que es natural en un Estado de Derecho.

Con rotundidad, en el **Caso del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica**, de 23 de julio de 1968, la Corte interpretó, a la luz del Preámbulo, el artículo 2 Protocolo 1 «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción», para afirmar que, a pesar de esta formulación negativa, la disposición usa el término «derechos» y que el propio Preámbulo del Protocolo Adicional reitera lo previsto en el Preámbulo del Convenio. El objetivo no es otro que asegurar la garantía colectiva de los derechos, aunque reste por resolver su objeto y la tarea que corresponda efectuar a los Estados.

2.2. Pero el *Convenio* es algo más que un simple tratado, es todo un «instrumento constitucional del orden público europeo», en palabras del propio Tribunal, lo que obliga a la hora de su exégesis —y cada vez más— a una adecuada y sutil fusión de las categorías y herramientas propias del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional.

La relevancia hermenéutica de los preámbulos de las Normas Fundamentales para el Derecho Constitucional⁴ y, en particular, para las declaraciones de derechos es no menos importante que en los tratados. La cuestión ha sido objeto de estudios doctrinales clásicos⁵ y es uno de los estándares habituales de la jurisprudencia constitucional. Así, *v. gr.* en la **STC 206/1992, de 27 de noviembre**, se dijo (FJ 3.) que nuestra Constitución ha venido a incorporar el instituto de la inmunidad parlamentaria, que, en la medida en que puede suponer una paralización, siquiera temporal, de la acción de la Justicia y, en su caso, del derecho

⁴ Sobre la eficacia integradora de los preámbulos Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, original en alemán de 1928, epígrafe «contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial los derechos fundamentales».

⁵ Véase en este sentido, Giovanni CONSO: *op. cit.*, pp. 5 y ss. Significativamente, Pierre-Henri TEIGTEN —que fue el Ponente— reclamó, en su intervención en defensa del texto en la Asamblea Consultiva, el contenido de los artículos 1 y 3 del Estatuto del Consejo de Europa, respectivamente, sobre la voluntad de construir una unión más estrecha, y el reconocimiento de la preeminencia del Derecho y de los derechos del hombre y libertades fundamentales, e invocó la voluntad de promover un sistema de garantía colectiva y de inspirarse en la Declaración Universal salvo en este extremo. Unos aspectos que anticipan los contenidos del Preámbulo.

fundamental a la tutela de los Jueces, aparece *prima facie* como una posible excepción a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, el sometimiento de todos al «imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» según reconoce el Preámbulo de la Constitución.

2.3. De igual manera, el preámbulo de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (desde ahora CDFUE) —a la que el Tratado de la Unión reformado en Lisboa, artículo 6.1, otorga valor de tratado—, reconoce su inspiración en la herencia cultural y humanista («patrimonio espiritual y moral») de los pueblos de Europa (§ 2), manifiesta su voluntad de «crear una Unión cada vez más estrecha» y «compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes» (§ 1); y admite que «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación» (§ 2).

3. El Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo y la teoría de su triple naturaleza jurídica

3.1. Las diferencias constitucionales entre el Convenio y los demás tratados internacionales pronto comenzaron a evidenciarse. En el **Caso Irlanda contra el Reino Unido**, de 18 de enero de 1978, el Gobierno británico no discutía ciertas infracciones del artículo 3 CEDH ni la competencia del TEDH para conocer de la demanda, pero se apoyaba en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (en los casos del Camerún en 1963 y de las pruebas nucleares de 1974) para defender que la Corte Europea debía declinar su competencia, puesto que el Gobierno demandado ya había reconocido las violaciones después del informe de la Comisión y se había comprometido a erradicar ciertas «técnicas» constitutivas de malos tratos prohibidos por el Convenio, impidiendo su repetición. Sin embargo, el TEDH sostuvo (§ 154) con buen criterio que «sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos (artículo 19)». Y explicó que «a diferencia de los tratados internacionales clásicos, el Convenio comprende algo

más que las recíprocas obligaciones entre los Estados contratantes. Crea, por encima y por debajo, toda una *red mutua de compromisos bilaterales* y obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se beneficia de una garantía colectiva, «*collective enforcement*» (§ 239).

Esta expansiva fuerza argumental de las decisiones del TEDH, una dimensión objetiva y general que es inherente a los litigios sobre derechos, la convierte en una suerte de «*cosa interpretada*», más amplia y distinta de la tradicional «*cosa juzgada*» (artículos 42 y 44 CEDH)⁶, que las aproxima a las sentencias de un verdadero Tribunal Constitucional y a las labores objetivas (*supra partes* y *erga omnes*) propias de la interpretación constitucional. En definitiva, se asemeja a la idea de «*vinculación*» a las sentencias constitucionales de todos los poderes públicos, aunque dicha «protección efectiva» no llegue a alcanzarla con la misma su intensidad.

En efecto, el TEDH dista todavía de ser un *Tribunal Constitucional*⁷, si seguimos una perspectiva procesal rigurosa, a causa de los supuestamente más limitados efectos jurídicos de sus sentencias, si bien su jurisdicción se esta aproximando a una jurisdicción constitucional en diversas herramientas y exégesis⁸. En este sentido, desde la óptica de su función, la similitud es grande, y aunque la Corte de Estrasburgo no posee el arsenal de herramientas propias de una jurisdicción constitucional ha creado otros instrumentos propios no menos poderosos. No puede declarar la nulidad de una ley ni la de un reglamento o un acto administrativo ni la de una sentencia de cualquier órgano judicial, incluido el encargado de la casación o del juicio de constitucionalidad, pero puede declararlos incompatibles con el sistema del Convenio. No

⁶ Véase Alejandro SAIZ ARNAIZ: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 143.

⁷ Pueden verse la polémica, entre otros, en Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «Towards a European Constitutional Court?», en *Revue de Droit International*, n.º 2, 1995, pp. 71 y ss.; Jean Francois FLAUS: «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 36, 1998, pp. 711 y ss.; y en Alejandro SAIZ ARNAIZ: *op. cit.*, p. 144.

⁸ Cfr. Javier GARCÍA ROCA y Humberto NOGUEIRA: «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», en Javier GARCÍA ROCA y Encarna CARMONA (eds.): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 71-132.

puede retrotraer procedimientos administrativos o judiciales al momento en que la lesión del derecho se produjo y puede ser reparado, pero puede pedir que se haga por las autoridades nacionales. En efecto, la efectividad de las sentencias europeas se limitó durante mucho tiempo a estimar o desestimar la violación y fijar, en su caso, una compensación (artículo 41 CEDH) que tratara de paliar —de forma necesariamente imperfecta— el daño causado ante de la imposibilidad de reponer al justiciable en la situación previa a la lesión declarada. No obstante, el sistema del Convenio se está transformando progresivamente en las sentencias del TEDH a la búsqueda de la *restitutio in integrum* y no es extraño ya que se indiquen medidas individuales e incluso generales de reparación⁹. Una transformación en sentido constitucional que debe subrayarse. También se han creado las «sentencias piloto» que se aproximan al control de constitucionalidad de las leyes y permiten hacer indicaciones a los Estados; asimismo el TEDH se adentra cada vez más en la supervisión de la ejecución de sus sentencias, bastante más que lo que suele hacer un Tribunal Constitucional. Cabe incluso pensar que la eficacia de «cosa interpretada» de sus sentencias se aproxima a la vinculación a las sentencias constitucionales.

Mas también es verdad, en sentido contrario, que el artículo 46 CEDH impone a los Estados la obligación internacional de dar cumplimiento y acatar las sentencias definitivas del Tribunal. Pero no dice cómo. La efectiva eliminación de la vulneración queda en las manos de los Estados y puede acometerse por muy diversos medios¹⁰. No obstante, el TEDH avanzó en dar cumplimiento a sus decisiones con lo que podríamos llamar *sentencias de recomendación legislativa* a los Estados. Una línea de jurisprudencia que debe ser aplaudida. Así en el **Caso Viasu contra Rumanía**, de 9 de diciembre de 2008, se examinó la legislación sobre propiedades expoliadas durante el comunismo y se censuró su vaguedad o indeterminación y la «actividad normativa supe-

⁹ Cfr. Javier GARCÍA ROCA: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019.

¹⁰ Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *op. cit.*, p. 83, concluye que las sentencias del TEDH son «legally binding but never executory». Alejandro SAIZ ARNAIZ: *op. cit.*, p. 137, habla de la naturaleza «self-executing» del Convenio de Roma. Puede verse Carlos RUIZ MIGUEL: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho Nacional y el Internacional*, Tecnos, Madrid, 1997. También Argelia QUERALT: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. CEPC, Madrid, 2008.

rabundante». Esta jurisprudencia encuentra apoyo en la **Resolución Res (2004) 3 del Comité de Ministros** del Consejo de Europa que invita al Tribunal a que, cuando el número de violaciones del Convenio revele un problema estructural, identifique la fuente y ayude a encontrar una solución a los Estados y a las instituciones del Consejo de Europa; también debe recordarse la **Recomendación del Comité de Ministros REC (2004) 5** que sugiere a los Estados revisar la efectividad de los recursos internos siguiendo las sentencias que aborden asuntos repetitivos. Las nuevas sentencias piloto refuerzan esta tendencia.

Por otro lado, tampoco el TEDH es un *tribunal internacional* más. No opera igual que el Tribunal de la Haya según las previsiones de su Estatuto. En el Derecho Internacional clásico la posición del individuo era muy precaria: sólo los Estados tenían el derecho de defender a sus nacionales en el entramado internacional. El Convenio Europeo rompió de forma casi revolucionaria con este principio al admitir, en el entonces artículo 25.1, el acceso de los individuos y de los grupos a los que se violaran ciertos derechos y crear una jurisdicción obligatoria, al prescindir de la idea de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones que de él se derivan, y obligar a que las autoridades nacionales establecieran un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) para reparar las lesiones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido sus pasos.

Cabe pues pensar que la Corte de Estrasburgo está en algún lugar en medio del camino entre el Tribunal Internacional que estuvo en su origen y su vocación de Tribunal Constitucional Europeo sobre derechos que aún no llega plenamente a ser, pero al que se aproxima mediante sucesivas transformaciones. Asimismo, puede razonarse que el CEDH no es sólo un *tratado internacional*, aunque tenga el cuerpo que le da esa fuente del Derecho, sino que posee el espíritu de una *declaración de derechos materialmente constitucional y de carácter supranacional*: un instrumento constitucional del orden público europeo

El Convenio Europeo, en efecto, no es sólo un tratado más en virtud de varias razones. Se inserta en *una organización*, el Consejo de Europa, que otorga al Convenio un carácter supranacional antes que meramente internacional, y posee un conjunto de instituciones para impulsar los derechos aparte de su garantía jurisdiccional. Ciertamente, puede pensarse que debe seguir hablándose de una *jurisdicción internacional* al no existir cesiones formales de soberanía de los Estados Miembros

a favor del TEDH¹¹. Pero cabe también afirmar que esta perspectiva estática no advierte bien el fuerte efecto integrador de los pueblos europeos que la jurisprudencia europea posee, y preferir observar la cuestión desde una perspectiva dinámica. Sobre todo, es esencial advertir las consecuencias de una *aplicación jurisdiccional* de la garantía, es decir, el reconocimiento por los Estados signatarios de una jurisdicción obligatoria y a instancias de los particulares, en especial, desde que el Protocolo 11 impuso el acceso directo de los justiciables en 1998; esta jurisdicción tiende a *autolegitimarse* con el contacto directo con los justiciables y no sólo mediante el consentimiento de los Estados (*heterolegitimación*).

Es también relevante la naturaleza de su *objeto*, que es *materialmente constitucional*, aunque no lo sea desde la perspectiva de la supremacía formal: la propia del rango, de la jerarquía y rigidez constitucionales. Es patente que los derechos humanos tienen una fuerte *vis* expansiva en cualesquiera sectores de un ordenamiento jurídico y habituales intersecciones con las tradiciones constitucionales. Así lo reconoce el propio TEDH, quien suele referirse al Convenio como «*a constitutional instrument of european public order*». Una concepción que reposa en los objetivos y fines del Convenio señalados en su Preámbulo. Y que refuerza un entendimiento e interpretación *more Constitutionalis* que no es el típico de los tratados internacionales.

En este sentido, en el **Caso Loizidou contra Turquía**, de 23 de marzo de 1995, el Gobierno demandado adujo la posibilidad de adoptar restricciones sustantivas o territoriales de los derechos mediante *cláusulas opcionales*, «regímenes separados de garantía de las obligaciones del Convenio». El Tribunal salió al paso de esta inaceptable tesis razonando que debilitaría seriamente su papel y «la efectividad del Convenio como un instrumento constitucional del orden público europeo» (§ 75). Debe tenerse en cuenta la especial naturaleza del Convenio como instrumento constitucional para la protección de los individuos, y su finalidad que, según queda establecida en el artículo 19, no es otra que «asegurar el respeto de los compromisos» que resultan para los Estados (§ 96).

Mucho antes, en el **Caso del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica** incluso se fue más allá. El TEDH rechazó una excepción preliminar del Gobierno demandado, y mantuvo que la finalidad del

¹¹ *In extenso*, Argelia QUERALT: *El Tribunal...*, *op. cit.*, p. 33, sobre el orden público europeo, pp. 68 y ss.

Convenio es la *protección efectiva* de los derechos humanos y no la creación de obligaciones recíprocas entre las partes. La función del Tribunal radica en la *interpretación* del Convenio y sus Protocolos, fijando ciertas normas internacionales que los Estados deben respetar.

3.2. El Convenio Europeo es un *tratado sui generis*¹², pues informa las relaciones entre una *pluralidad de ordenamientos*, independientes entre sí, pero que sostienen relaciones de distinto tipo incluidas las de integración. Veámoslo.

3.3. Desde la perspectiva de los *ordenamientos internos*, el Convenio Europeo cierra e integra los espacios abiertos en las normas constitucionales. Una *«interpretación de la Constitución conforme al Convenio»* y una *«interpretación constitucional de las leyes secundum conventionem»* resultan obligadas. Dos variantes de una misma interpretación conforme.

Esta situación emana de la propia naturaleza de un tratado sobre derechos y del valor simultáneo de los tratados en el Derecho internacional y en el interno: una congelación de la materia en el tratado que lleva a su indisponibilidad por la ley nacional en virtud del principio de competencia; así como de la misma lógica de un procedimiento convencional y multilateral¹³.

No obstante, la *posición del Convenio Europeo* en los distintos ordenamientos internos admite diversas soluciones. En la práctica totalidad de los Estados ha pasado a formar parte del Derecho interno¹⁴. Su posición parece ser entonces equiparable a la ley, la misma fuerza y rango de ley que los demás tratados, pero no solía otorgársele valor constitucional. Como excepción a la opción más general, están países como Austria y Países Bajos, entre otros, donde el Convenio tiene valor constitucional (y más matizadamente en Suiza donde vincula al legislador de la Federación y de los Cantones y cabe recurso de queja¹⁵). Sin embargo, la

¹² Vid. M. DRZEMCZEWSKY: «The *sui generis* nature of the European Convention on Human Rights», en *International and Comparative Law Quarterly*, enero, 1980, pp. 54-63; y *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1997.

¹³ Puede verse, entre otros muchos, Fernando M. MARIÑO: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 1993, Parte II, en especial, p. 231 y 239.

¹⁴ Vid. Alejandro SAIZ ARNAIZ: *op. cit.*, pp. 148 y ss.

¹⁵ Konrad HESSE: «Significado de los derechos fundamentales», en VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA y otros (coords.), Marcial Pons-IVAP, Madrid, 1996, p. 89, hay edición posterior.

situación está cambiando —como en Latinoamérica— y ya no es extraña la tendencia a otorgarle rango constitucional. Pero esta perspectiva estática no permite comprender el verdadero valor del Convenio y, sobre todo, de la doctrina jurisprudencial que de él emana. Los derechos de las Constituciones de los Estados signatarios deben someterse a una *interpretación conforme* al sistema del Convenio¹⁶. Incluso algunos escenarios de inaplicación de normas internas contrarias al Convenio comienzan a producirse por distintas vías¹⁷, como es la regla del desplazamiento por parte del Convenio de la norma interna anterior que considera la **STC 140/2018**, de 20 de diciembre, FJ 6.

Por otro lado, la protección que el Convenio Europeo dispensa, en cuanto protección internacional y subsidiaria, frecuentemente es una *protección de mínimos*, y debe normalmente ser desplazada por una protección doméstica o interna más intensa. El Convenio puede ser un instrumento constitucional, pero no es una Constitución federal. Sin embargo, hay excepciones a esa regla general en aquellos derechos donde su configuración jurisprudencial se ha hecho desde una interpretación extensiva de su objeto y contenidos (*broad construction*), como *v. gr.* ocurre con la vida privada y familiar ex artículo 8 CEDH. La situación puede variar también en cada Estado parte y, en particular, en las democracias menos consolidadas.

El propio Convenio Europeo permite su *desplazamiento*, en una norma típica de tratados, por cualquier otra declaración de un Estado contratante u otro Convenio internacional que ofrezca una *protección mayor*, cuando dice en su artículo 53 que ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser interpretada en el sentido de perjudicar o limitar derechos que podrían ser reconocidos por otros textos.

3.4. Desde la perspectiva de la *Unión Europea*, existe también una privilegiada posición del Convenio Europeo. Una posición que de nuevo le aleja del *status* de un tratado internacional más.

¹⁶ En el mismo sentido, Konrad HESSE: *ibidem*, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

¹⁷ Cfr. Giuseppe MARTINICO: «Two words (Still) Apart? ECHR and EU law before national judges», en V. KOSTA, N. SKOUTARIS, P. TZEVELEKOS (eds.): *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publisher, Oxford, 2014. Pueden consultarse Giuseppe MARTINICO y Oreste POLLICINO: *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2010; y *The interaction between Europe's legal system. Judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2012.

La situación se advierte bien, entre otras muchas, en la **Sentencia del Tribunal de Justicia** (desde ahora, TJ), de 7 de enero de 2004, **Caso K.B. contra la Agencia del servicio nacional de pensiones del Reino Unido**. El Reino Unido denegó la concesión de una pensión de viudedad a un transexual —de mujer a hombre— que convivía *more uxorio* con una mujer; ambos no pudieron contraer matrimonio al no existir tal institución para personas del mismo género y el transexual tampoco pudo modificar su partida de nacimiento. El TJ admite que la definición del matrimonio es una cuestión que compete a los Estados miembros (§ 24), pero advierte que el TEDH ha declarado que la imposibilidad (§ 33) de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía constituye una violación del artículo 12 CEDH tras las **Casos I. y Christine Goodwin contra Reino Unido**, de 11 de julio de 2002. El TJ concluye que «el artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo» y actúa como *garante de la jurisprudencia del TEDH*, impidiendo las contradicciones entre los ordenamientos de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

El *Tratado de Lisboa* fortalece este entendimiento. Su artículo 6 dice que la Unión se adherirá al CEDH (apartado 2.º)¹⁸, y establece que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (apartado 3.º). Un aserto que estaba ya en la jurisprudencia del TJ y en el viejo artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea. También el Preámbulo a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión* (CDFUE) reafirma el respeto al Convenio (§ 5.º), al tiempo que el artículo 52.3 establece que, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo, «su sentido y alcance serán iguales», sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa. No obstante, el importante **asunto Melloni** (C-399/11), STJ de 26 de febrero de 2013, referido a la orden de detención europea, ha sentado un claro límite al interpretar el TJ que el artículo 53 CDFUE permite en principio que los Estados apliquen un estándar nacional de los derechos más elevado que el de la Carta

¹⁸ Véase Mario HERNÁNDEZ: «El fortalecimiento de la Europa de los derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio», en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, en Javier GARCÍA ROCA y Rafael BUSTOS GISBERT (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 141-175.

siempre y cuando no pongan en peligro la unidad, primacía y eficacia del Derecho de la Unión.

3.5. Como conclusión, ha habido una evolución en la comprensión del Convenio, pasando de sus hechuras de *tratado* internacional a su simultánea consideración como *instrumento constitucional del orden público europeo*. Un valor que trasciende del alcance habitual de esa fuente. El Convenio, amén de un «*tratado*», es una «*garantía constitucional*»¹⁹ de ciertos derechos, por la materia y la forma jurisdiccional de su protección, así como por su finalidad integradora, y finalmente una «*garantía comunitaria*» en virtud de su recepción en la CDFUE. Estas tres dimensiones indisociables se encuentran en una relación dialéctica de la cual se extraen consecuencias sobre la inserción del Convenio en los diversos ordenamientos y su comprensión en un escenario de *pluralismo constitucional*²⁰. García Roca ha denominado a esta situación la teoría de la *triple naturaleza del Convenio Europeo*²¹.

4. La interpretación tópica de sus cinco apartados y una propuesta de sistematización

Es frecuente el recurso a los cinco apartados del Preámbulo en el *case-law* del Tribunal Europeo bien mediante la cita expresa o la alusión

¹⁹ En este sentido, Fernando ÁLVAREZ-OSORIO: *op. cit.*, p. 10. Puede verse sobre este tema, entre otras muchas, la obra colectiva Giancarlo ROLLA (dir.): *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Turín, 2001.

²⁰ Cfr. Rafael BUSTOS: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, 2012, pp. 13-63. Con anterioridad, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005; así como, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México D.F. 2012; y Aída TORRES: «En defensa del pluralismo constitucional», en *Derecho Constitucional Europeo*, Juan Ignacio UGARTEMENDÍA y Gurutz JAÚREGUI (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 41-76, 155-178. BUSTOS sigue las elaboraciones de Neil MACCORMICK: *Questioning sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

²¹ *Vid.* Javier GARCÍA ROCA: «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, 2006, pp. 139-182.

a alguno de sus párrafos, o, más frecuentemente, a través de argumentaciones que implícitamente se fundan en él. Son tantas las ocasiones como para hacer imposible, o estéril, una síntesis. Estamos ante una *interpretación tópica*, como corresponde a cualquier Tribunal, que parece requerir de una *sistematización doctrinal* que intente enunciar algunos principios hermenéuticos.

La jurisprudencia evidencia como se ha ido pasando progresivamente del Derecho Internacional a las reglas de la *interpretación constitucional*, aunque sin abandonar esa otra dimensión esencial del Convenio, indisoluble de su misma naturaleza. Un viaje hacia la garantía constitucional cuya última etapa es el impacto de la CDFUE.

Las insuficiencias del Convenio de Viena para los fines que nos ocupan, interpretar los derechos fundamentales, se completaron, en parte, con el Preámbulo del Convenio, desde el que la Corte fue elaborando varios criterios hermenéuticos, pero los asuntos cuyo enjuiciamiento se lleve a uno de ellos, a veces, podrían perfectamente analizarse desde otro con resultados análogos. Todos los principios jurídicos forman un sistema en el que se entremezclan. A menudo, no será evidente si se aplica el principio democrático o el de preeminencia del Derecho, extremos que la jurisprudencia europea suele mezclar. El propio tenor literal del Preámbulo, algo reiterativo, lleva a que pueda encontrarse anclaje para la efectividad y garantía de los derechos en los párrafos 3.º, 4.º y 5.º. De ahí las ventajas de cualquier propuesta de sistematización. La selección de los casos que se narrará será inevitablemente arbitraria y sucinta, y no tiene otro afán que ilustrar el funcionamiento en acción de tales principios: una visión panorámica. Se desarrollarán, tan solo, los principios más consolidados.

4.1. ¿PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN FUNCIONAL O MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL?

4.1.1. El *párrafo 3.º* del Preámbulo del Convenio, escrito en 1950 en un contexto internacional de guerra fría y de división de Europa en dos bloques, recuerda que la finalidad del Consejo es realizar una «*unión más estrecha entre sus miembros*», y que uno de los medios para ello es la «*protección y el desarrollo de los derechos humanos*». Se parte de la idea de que los derechos humanos son parte de la mejor noción de Europa.

Previamente el *Estatuto del Consejo de Europa*, de 5 de mayo de 1949, había ya dicho lo mismo de forma rotunda: el fin de la institución es crear una organización que lleve a Europa a una asociación más cerrada (preámbulo) y alcanzar un mayor unidad de sus miembros, salvaguardando ideales y principios que son una herencia común (artículo 1); los principios del Estado de Derecho y el disfrute de los derechos fundamentales son aspiraciones legítimas (artículo 3); y la «seria violación» del artículo 3 permite acordar la suspensión de los derechos de representación de un Estado en el Consejo de Ministros (artículo 8); etc.

El Preámbulo del Convenio enfatiza la consecución de los objetivos del Consejo de Europa y demanda una *interpretación finalista* de las normas reconocedoras de derechos: al servicio de una unión más estrecha.

4.1.2. De acuerdo con lo expuesto, estimo que puede hablarse de un *principio de integración o de unidad funcional*: se trata de alcanzar una unión más estrecha de los Estados miembros —una *Europa de los derechos*—, protegiendo de modo semejante ciertos derechos básicos de las personas. Una labor promocional, y en este sentido integradora, que es propia de la jurisprudencia europea. La tesis arranca de las ideas de Gomes Canotilho quien ha hablado, al ocuparse de los principios de la interpretación constitucional, de un «principio de efecto integrador»²², asociado al más conocido de unidad en una de sus formulaciones más simples: en la resolución de los problemas, deben primarse los puntos de vista que favorezcan una integración política y social; su fundamento parte de una concepción integracionista del Estado y de la sociedad que, aun arrancando de los conflictos, se funda en la confianza en la racionalidad constitucional, para crear soluciones pluralistas e integradoras.

Debe tenerse en cuenta la relación de reciprocidad que se produce entre el Convenio y otros tratados que provienen del Consejo de Europa o, incluso, otros tratados internacionales ratificados por los Estados miembro. La búsqueda de una integración funcional entre los Estados supone tener en consideración ese contexto sistemático a la hora de interpretar los derechos contenidos en el CEDH, pues una parte del Consejo de Europa no debería moverse en una dirección di-

²² José Joaquim GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1987, hay ediciones posteriores, p. 162. Se basa a su vez en elaboraciones de la doctrina alemana.

ferente del resto. Así, el voto particular del juez Serghides en el **Caso X. y otros contra Bulgaria (Gran Sala)**, de 2 de febrero de 2021.

Algunas de las decisiones que se comentarán, se argumentan por el TEDH manejando distintos criterios hermenéuticos que nos parece podrían contemplarse desde este punto de vista. Así, en **Tyrer contra Reino Unido**, de 25 de abril de 1978, cuando el Gobierno demandado adujo que los castigos corporales no repugnaban a la opinión pública británica, el Tribunal sostuvo que no podía dejar de estar influida por los desarrollos y estándares comúnmente aceptados en este terreno según las políticas criminales de los Estados miembros. El argumento redundaba en una especie de armonización cultural. La práctica tradicional del castigo corporal en las escuelas británicas podía acaso no repugnar a los habitantes de la Isla de Man, pero molestaba, pero denigrante, a la sensibilidad mayoritaria del resto de los europeos, y, en consecuencia, se creó un mínimo denominador común.

Más evidente es el **Caso Soering contra Reino Unido**, de 7 de julio de 1989, porque el efecto de la unidad y de la integración funcional se proyecta hacia fuera, y no entre europeos, y por consiguiente el fenómeno se advierte de forma mucho menos polémica. Se discutía la extradición de un acusado por homicidio a Virginia, que aún contempla la pena de muerte, el TEDH razona que la pena capital no existía en la mayor parte de los Estados signatarios del Convenio, que en otros ya no se practicaba, y que el Protocolo 6 postula su abolición y estaba abierto a la firma desde 1983; de todo ello concluye que este «*consenso europeo*» llevaba a entender que, aunque el Reino Unido no había ratificado ese Protocolo, debía producirse el efecto de que la espera de un preso a la pena de muerte pasara a estar dentro de los malos tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH.

En cambio, en el **Caso Tremblay contra Francia**, de 11 de septiembre de 2007, el TEDH puso de manifiesto la *inexistencia de un consenso europeo* sobre el carácter intrínsecamente degradante de la prostitución no forzada u obligada al encontrarse ante aproximaciones nacionales muy variadas tanto abolicionistas como reglamentistas.

Muy conocido es el **Caso Bosphorus Airways contra Irlanda**, de 30 de junio de 2005, en el que se *suscita la garantía efectiva de los derechos* por las autoridades nacionales y se concluye asumiendo la *presunción de la protección equivalente* de los derechos en la Unión Europea y en el sistema del Convenio, a efectos del cumplimiento de las obligaciones internacionales, ponderando el interés en la cooperación entre Estados y

el papel del Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo. Una sentencia con un claro efecto integrador de los derechos en el espacio europeo y su doble vía de integración.

4.1.3. Sin embargo, la línea mayoritaria de jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no se ha apoyado en ese principio sino justamente en el contrario, en el «*margen de apreciación nacional*». Una controvertida doctrina jurisprudencial que no encontraba hasta hace muy poco anclaje expreso ni en el Preámbulo ni en las disposiciones articuladas del Convenio; pero que emana con realismo de las autolimitaciones inherentes a la naturaleza de la que es una protección internacional, fundada en el consentimiento de los Estados. El Protocolo 15, de enmienda al Convenio, ha añadido en 2013 —tras la cumbre de Brighton— un párrafo final al preámbulo donde se menciona el principio de subsidiariedad, otorgando a los Estados la responsabilidad primaria de asegurar los derechos, y se reconoce que «gozan de un margen de apreciación, sometido a una supervisión jurisdiccional». El correspondiente Informe explicativo (CETS n.º 213) dice, entre sus comentarios, que las autoridades nacionales están, en principio, mejor situadas que las cortes internacionales para valorar las necesidades y circunstancias locales, pero añade que margen y supervisión del mismo, un control ulterior, son dos cosas que van de la mano en el sistema del Convenio.

La bibliografía que se ha ocupado del tema es muy amplia, así como su utilización por la Corte y anteriormente por la Comisión²³. Es una herramienta interpretativa que se mueve «en una línea entre lo que es

²³ Pueden verse entre otros: Javier GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Civitas, Madrid 2010; puesto al día con la doctrina del «procedimiento razonable de decisión», en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derecho Humanos*, *op. cit.*; Howard Charles YOUROV: *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996; un número monográfico que recoge un debate organizado sobre este tema en *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 30 de abril de 1998, y titulado «The doctrine of margin of appreciation under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice». Según la nota del editor de este trabajo, en 1998 se aplicó en más de 700 sentencias y decisiones de la Comisión; Steven GREER: «The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights», *Council of Europe Publishing, Human Rights Files*, n.º 17, 2000. Yutaka ARAI-TAKAHASHI: *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Amberes-Oxford-Nueva York, 2002.

una materia propia de cada comunidad y debe decidirse a un nivel local, y aquello que es fundamental, es decir, que demanda los mismos requisitos para todos los países, pese a sus variaciones en tradiciones y cultura»²⁴. No falta quien cree que es una doctrina elusiva y de geometría variable, ni quien sostiene, al revés, que es una muestra acertada de *judicial self-restraint*, de autocontención y prudencia judiciales. Probablemente, la cuestión es suficiente compleja como para deber razonar de forma mucho más matizada entre uno y otro polo²⁵. La justificación racional de esta doctrina está en el intenso pluralismo cultural de las diversas comunidades nacionales europeas. Pero su fundamento jurídico se encuentra en el *principio de subsidiariedad* que es inherente a una protección internacional. El TEDH ha considerado esta subsidiariedad en muchas de sus sentencias, v. gr, los muy conocidos **Casos Handyside y Sunday Times, ambos contra Reino Unido**, de 7 de diciembre de 1976 y 26 de abril de 1979, respectivamente²⁶. La Corte estima que, estando los Estados en contacto directo y continuo con la realidad de cada país, se encuentran en una mejor posición para ponderar los intereses en conflicto y hacer un juicio concreto²⁷.

Más que un «derecho» de los Estados demandados a que se les aplique esta doctrina, es un criterio al que la Corte puede acudir, para no decidir realmente el litigio y hacerlo por remisión a la solución adoptada por la autoridad nacional, si estuvo debidamente razonada. La doctrina expresa un punto equidistante entre el Derecho Internacional y la garantía constitucional: una declaración para toda Europa o una obligación de resultado con libertad de elección en los medios.

²⁴ Paul MAHONEY: «Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism», en *Human Rights Law Journal*, *op. cit.*, p. 1.

²⁵ Javier GARCÍA ROCA: «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, pp. 117-143.

²⁶ Jeroen SCHOKKENBROEK: «The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights», *op. cit.*, p. 30.

²⁷ Si las cosas se observan mejor desde dentro o desde fuera, desde Ankara o Estrasburgo, configura un clásico debate filosófico, he suscitado este debate sobre la perspectiva adecuada en Javier GARCÍA ROCA: «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, 2002, pp. 295-334.

El juego de esta doctrina no es el mismo en los distintos derechos. Usando la imagen de tres círculos concéntricos, hay veces que el margen de apreciación nacional es muy amplio y el control europeo poco intenso en un círculo externo (*v. gr.* los derechos de propiedad). En el círculo interno, más pequeño, estarían derechos como la vida o los tratos prohibidos por el Convenio donde el control de la necesidad de la medida y de la interferencia es estricto, y el margen doméstico de apreciación pequeño o insistente. En un círculo intermedio, situaríamos un amplio número de derechos, y es ahí donde la doctrina científica debe concentrarse.

4.2. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS

Conforme al contenido de este principio de protección colectiva y enjuiciamiento efectivo de los derechos (*collective enforcement*), se garantizan derechos no teóricos e ilusorios, sino concretos y efectivos. Es un principio de creación jurisprudencial que encuentra anclaje en distintas frases de los párrafos 3.º, 4.º y 5.º del Preámbulo. En la teoría europea de los derechos es muy compartida la conveniencia de acometer una *interpretación antiformalista*; es menester proceder con una lógica material o realista, y no formal o rigorista. Unas garantías con una textura tan abierta como son los derechos convencionales, en los que los supuestos de hechos se introducen en las normas reconocedoras especificándolas, no permiten contentarse con un entendimiento más tradicional, literal y rituario.

En este sentido, el **Caso Ártico contra Italia**, de 13 de mayo de 1980, relativo al derecho de defensa y al nombramiento de un Abogado sustituto en el beneficio de justicia gratuita. Se mantuvo que «*el fin del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos*», como resalta el párrafo 3.º del Preámbulo, inspirado por la Declaración Universal. Es patente en los derechos de defensa donde el mero «nombramiento» de un Abogado no satisface las exigencias de una «asistencia» gratuita y efectiva *ex artículo 6.3.c)* CEDH.

Parecido espíritu acoge **Ibrahim y otros contra Reino Unido**, de 13 de septiembre de 2016, donde el TEDH reconoce el derecho a ser notificado del derecho a un Abogado, a la luz de este principio, y se plantea qué ocurre cuando el derecho al acceso un letrado resulta retrasado en un caso de terrorismo en Londres, ante la urgente necesidad

de investigar los hechos con celeridad; se aplica el *test Salduz* sobre las restricciones al derecho a un abogado.

Con mayor razón respecto del derecho a la vida por la naturaleza esencial de su objeto. El **Caso McCann contra Reino Unido**, de 27 de septiembre de 1995, permitió efectuar una lectura guiada por la idea de que el Convenio es un instrumento para la protección de seres humanos, lo cual requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de manera que resulten prácticas y efectivas, en una mención implícita del Preámbulo. Unos miembros del IRA fueron muertos por soldados británicos en Gibraltar. Los actores alegaban que constituía una lesión del artículo 2 CEDH. La Corte recuerda que las excepciones sentadas en el apartado 2.º arrancan del hecho de que el uso de la fuerza deba ser absolutamente necesaria para los propósitos allí enunciados y que esto demanda: «*un estricto y más convincente test de necesidad*» (§ 149).

Semejante, con relación a la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, es el **Caso Aktas contra Turquía**, de 24 de abril de 2003, en el que el Tribunal establece que, por la naturaleza de los derechos reconocidos en los artículos 2 y 3 CEDH, muy ligados a la dignidad de la persona, debe procederse a un *escrutinio particularmente minucioso*, incluso aunque se acredite que ya han tenido lugar investigaciones en el orden interno (§ 271). Las restricciones admisibles a estas libertades deben ser, por su misma naturaleza, muy limitadas.

Este principio referido a la efectividad del derecho ha sido también aplicado a la revisión de las «zonas relativamente seguras» o la denominada alternativa de vuelo interno respecto de los solicitantes de asilo entre otras en el **Caso Salah Sheek contra Hungría**, de 11 de enero de 2007, o a la necesidad de un recurso efectivo frente a solicitudes de derecho de asilo en frontera y decisiones de expulsión en el **Caso Gebremedhin contra Francia**, de 26 de abril de 2007.

Resulta asimismo relevante el **Caso L. contra Lituania**, de 11 de septiembre de 2007, donde la efectividad del derecho al cambio de sexo y su conexión con el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, obligaron a la Corte Europea a condenar al Estado demandado y razonar *que no podía retrasar sine die los desarrollos legislativos* para hacerlo plenamente efectivo. Una lesión del Convenio ante la pasividad del legislador: una especie de «*inconveniencia por omisión*», parafraseando la controvertida «*inconstitucionalidad por omisión*».

También es activa y garantista la actitud del TEDH frente a la intolerancia y las arbitrariedades contra las confesiones religiosas minori-

tarias en algunos países del Este. En el **Caso de la Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia**, de 5 de abril de 2007, se analizó la exigencia de una frondosa maraña de requisitos —de casi imposible cumplimiento— para inscribir a esta iglesia, y se concluyó que las autoridades rusas no actuaron de buena fe y fueron negligentes en su deber de neutralidad.

Otro tanto ocurre con relación al derecho de asociación. El **Caso Korestky y otros contra Ucrania**, de 3 de abril de 2008, declara que la ley nacional que impedía inscribir en el registro los estatutos de un grupo ecologista, pidiéndole constantes correcciones, es «*demasiado vaga e imprecisa para ser suficientemente previsible*» (§ 130). Advierto aquí una interesante conexión lógica entre la previsión legal de las interferencias y la efectividad del derecho en sí misma.

En ciertas oportunidades, la efectividad del derecho puede demandar la *elección de aquella interpretación del derecho que haga su contenido más eficaz*. Los artículos del Convenio no pueden ser leídos desde su literalidad: una perspectiva que no suele ser la idónea para interpretar los derechos. La Corte Europea pronto resolvió que libertad de asociación (artículo 11.1 CEDH), comprende no sólo la libertad de fundar sindicatos, sino que garantiza también frente a la disolución arbitraria, e incluye una no menos importante dimensión negativa, pues lógicamente la garantía preserva el libre desarrollo de la actividad. El precepto no puede interpretarse de manera que permita cualquier tipo de coerción sobre esta libertad de los trabajadores (**Caso Young, James and Webster contra Reino Unido**, de 13 de agosto de 1981).

El mismo principio se advierte con facilidad en el **Caso Maaouia contra Francia**, de 5 de octubre de 2000. Se suscita allí la aplicación del artículo 6.1 CEDH a los *procedimientos de expulsión de extranjeros*, lo que hasta entonces carecía de un pronunciamiento expreso. La Comisión había estimado que este asunto no afecta ni a una decisión sobre «derechos y obligaciones de carácter civil o al fundamento de cualquier acusación en materia penal» tal y como el precepto prescribe. Mayoría y minoría de una Gran Sala van a acudir al Preámbulo como elemento de su argumentación. La mayoría considera (§ 35 a 40) que es preciso interpretar las disposiciones del Convenio tomando en consideración el conjunto del sistema, recuerda que el artículo 1 Protocolo 7 contiene garantías de procedimiento aplicables a los extranjeros en casos de expulsión, y observa que el Preámbulo de este instrumento se refiere a la necesidad de adoptar «nuevas medidas dirigidas a asegurar la garantía

colectiva de ciertos derechos». De esta lectura concluye que el artículo 6.1 no se aplica al procedimiento de expulsión, pues, previendo ciertas garantías más específicas en el Protocolo 7, los Estados signatarios están marcando su voluntad de no incluir estos procedimientos en su campo de aplicación.

Varios Votos Particulares discreparon, significativamente, en uno de ellos se afirma que debió interpretarse la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» de la manera más amplia posible, y que la solución contraria lleva a garantizar la administración de justicia sólo para ciertos derechos y obligaciones, solución que pugna con el Preámbulo del Convenio que proclama la adhesión a estas libertades fundamentales «que constituyen la base misma de la justicia y de la paz en el mundo» y se intenta poner en acción el principio de preeminencia del Derecho.

Es capital el **Caso Janowiec y otros contra Rusia**, de 16 de abril de 2012, referido a las matanzas —la llamada *masacre* de Katyn— cometidas por la extinta URSS en 1939 en Polonia y las obligaciones positivas *ex* artículo 2 CEDH de Rusia —como sucesora legal de la vieja república soviética— de investigar los hechos de forma efectiva. El TEDH afirma (§ 119) que la realidad de estos crímenes y violaciones del Derecho Internacional debe ser investigada con efectividad desde la racionalidad de los *valores fundamentales que subyacen* en el sistema del Convenio y expresa el Preámbulo. Los votos particulares suscitan el debate de la jurisdicción del TEDH *ratione temporis*.

Muy ilustrativo es el Voto disidente del Juez Tulkens en **Stummer contra Austria**, de 17 de julio de 2011, en el cual se argumenta que la Corte ha desarrollado un principio de efectiva protección de los derechos que ilumina el Convenio; la teoría de la efectividad es la base para la protección de los derechos y obliga a concederles su «pleno *ámbito de aplicación (scope)*».

La **sentencia N.D. y N.T. contra España**, de 13 de febrero de 2020, analiza la prohibición de *expulsión colectiva de extranjeros* (artículo 4 Protocolo 4), en casos de intentos de cruzar la frontera de manera no autorizada, por la fuerza y en masa, y se plantea si existía una manera «genuina y efectiva» de acceso o entrada por medios legales, y las consecuencias de la propia conducta.

Puede resaltarse también, entre otros, el **Caso Grzeda contra Polonia**, de 15 de marzo de 2022, donde se suscita la «*efectiva terminación del mandato de un juez*», frente a ceses anticipados indebidos, como un atentado a la independencia judicial y el Estado de Derecho. En el **Caso**

Center for legal resources on behalf of Valentin Campenau contra Rumanía, de 17 de julio de 2014, se suscita la cuestión de la *legitimación activa de esta ONG* que defendía el derecho de un hombre joven, de origen roma, que estaba interno en un centro psiquiátrico y en una situación de acusada vulnerabilidad. El Tribunal entiende que este asunto debe verse desde la necesidad de garantizar derechos reales y efectivos y no meramente teóricos o ilusorios, al no tener familiares el enfermo y no poder hacer valer sus derechos. Recomienda, con carácter general, a Rumanía que bajo la supervisión del Comité de Ministros adopte las medidas necesarias para asegurar una representación independiente de las personas enfermas mentales que se encuentren en una situación semejante.

4.3. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Es menester interpretar los derechos convencionales con una lógica y un espíritu destinado a salvaguardar los ideales, valores y libertades de una sociedad democrática. Parece indiscutible en los derechos de participación política y naturaleza democrática²⁸. Pero es no menos cierto en otros derechos de los que conforman una sociedad abierta como tal basada en la confianza en el individuo, la tolerancia y el racionalismo crítico: *an open minded society* suele decir el TEDH.

En el **Caso Kjeldsen, Busk Madsen contra Dinamarca**, de 7 de diciembre de 1976, relativo al derecho a la instrucción del artículo 2 Protocolo 1 (en adelante, artículo 2 P1), el Tribunal Europeo razona (§ 53) que la definición del programa de los estudios es una cuestión de la competencia de los Estados miembros, y sobre el que en principio no debe pronunciarse, pues las soluciones pueden variar. En particular, la segunda frase del artículo 2 P1 no impide que el Estado introduzca contenidos religiosos o filosóficos en los estudios, pero sí que se persigan *finis de adoctrinamiento*. Las enseñanzas deben realizarse de manera «objetiva, crítica y pluralista» y respetando las convicciones de los padres. Esta interpretación del artículo 2 P1 se concilia con las libertades

²⁸ Véase el comentario en este libro al artículo 3 P1 sobre los derechos de sufragio y participación política en el sistema del Convenio Europeo. *In extenso*, y sobre los contenidos de este principio en Derecho Constitucional, puede verse José Joaquim GOMES CANOILILHO: *Direito Constitucional, op. cit.*, «O principio democrático», pp. 326-402.

reconocidas en los artículos 8 a 10 CEDH «y con su espíritu general destinado a salvaguardar los ideales y valores de una sociedad democrática». Una explícita mención del párrafo 5.º del Preámbulo.

En el ya citado **Caso Soering contra Reino Unido** de 17 de julio de 1989, el Tribunal discurre (§ 88) que la aversión por la tortura y otros tratos vedados por el Convenio, y su mismo carácter de prohibición absoluta sin restricciones se deducen no sólo del artículo 3 CEDH sino también de la misma lógica de que un Estado signatario no puede conducirse de manera incompatible con ese *patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas* que en el Preámbulo del Convenio se proclaman.

Respecto de los específicos derechos de naturaleza democrática y participativa, el **Caso del Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía**, de 30 de enero de 1998, afirma que «la democracia representa sin duda alguna un elemento fundamental del orden público europeo» (§ 45). Se resalta que los lazos entre el Convenio y la democracia arrancan del propio Preámbulo donde se recuerda que los Estados europeos tienen un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas propias de las sociedades democráticas. La democracia aparece así como el único modelo político compatible con el Convenio. Un cierto número de sus disposiciones son elementos característicos de esas sociedades, singularmente, la libertad de expresión y el derecho de asociación en partidos, razón por la cual, de un lado, los Estados miembros no disponen más que de un margen de apreciación reducido a la hora de formular restricciones, y, de otro, existe un control europeo riguroso. Muchos otros litigios son similares a este.

Complementario es el importante **Caso Matthews contra Reino Unido**, de 18 de febrero de 1999, en el cual se aseveró que el artículo 3 Protocolo 1 sobre el compromiso de los Estados de organizar elecciones libres «encierra una característica de una efectiva democracia política» (§ 42). Asimismo, en el **Caso Bowman contra Reino Unido**, de 19 de febrero de 1998, se escribió que «elecciones libres y libertad de expresión, particularmente la libertad de debate político, forman conjuntamente el lecho (*bedrock*) de cualquier sistema democrático» (§ 42).

En el **Caso Koretsky y otros contra Ucrania**, de 3 de abril de 2008, se recordó que el modo en que una legislación protege la libertad de asociación (artículo 11 CEDH) y su aplicación práctica por las autoridades nacionales «revela el estado de la democracia en el país» (§ 120). La *salud del derecho de asociación* —podríamos decir— es un claro indicio de la calidad de una democracia.

Por su parte, en el **Caso Karácksony y otros contra Hungría**, de 17 mayo de 2016, se estudia la *libertad de expresión de los parlamentarios y sus interferencias* en el seno del Parlamento como medida necesaria en una sociedad democrática. Los recurrentes eran miembros de la oposición política y habían sido sancionados por usar carteles y megáfonos durante las votaciones parlamentarias. El TEDH reconoce que las normas de los reglamentos parlamentarios poseen autonomía y un amplio margen de apreciación nacional para prever y regular sanciones, pero debe preservarse un debate libre y adoptar medidas que sean compatibles «con los conceptos de una efectiva democracia política y el Estado de Derecho», protegiendo a las minorías y evitando posiciones de dominio frente a la *oposición* (§ 147).

La **sentencia Centre for Democratic Elections and the Rule of Law contra Ucrania**, de 26 de marzo de 2020, estimó que violaba los derechos del artículo 10 CEDH, en su vertiente de recibir y emitir información, la negativa de la Junta Electoral Central a facilitar información a la asociación recurrente sobre los currículos de todos los candidatos a una elecciones parlamentarias, en la medida en que sólo unos pocos currículos de estos líderes políticos habían sido publicados en la página web de la Junta. La naturaleza de la información permitía comprender la difusión de los currículos como una cuestión de interés general y una medida necesaria en una sociedad democrática

En el relevante **Caso Mugemangango contra Bélgica**, de 10 de julio de 2020, el TEDH indica que el sistema interno para resolver contenciosos electorales ha de respetar ciertas salvaguardas, derivadas tanto del principio democrático como del Estado de Derecho con la finalidad de evitar toda arbitrariedad. Así, un Parlamento no es un órgano que ofrezca suficientes garantías de independencia e imparcialidad a la hora de resolver las solicitudes de revisión de la proclamación de resultados electorales, pues no estaban presentes suficientes garantías de que la decisión que adoptase no estuviera motivada por un interés político, favorable a la mayoría parlamentaria. Supone toda una adecuada reconsideración de la vieja teoría de la revisión parlamentaria de las actas electorales en tiempos en que el sufragio, en sus dos modalidades, es un derecho fundamental y por tanto tutelable judicialmente.

La **opinión consultiva sobre la legislación de impeachment o acusación política en Lituania**, de 8 de abril de 2022, enjuicia la pregunta de la Suprema Corte Administrativa de ese país acerca de si la prohibición de ejercicio del mandato parlamentario se había excedido