

AGRADECIMIENTOS

«Si he visto más lejos es porque estoy a hombros de gigantes». Con esta idea, Isaac Newton quería manifestar que son otras personas las que nos permiten avanzar más lejos de lo que solos podríamos. Con estos agradecimientos pretendo expresar que esta investigación no ha sido fruto de un trabajo exclusivamente personal, sino que también pertenece a quienes me han guiado y acompañado.

Mis primeros «gigantes» han sido mis padres, a quienes dedico este libro. Estoy infinitamente agradecida a mi padre, quien ha sido el principal «culpable» de que me embarcara en la aventura de la tesis, que da lugar a esta publicación. Y a mi madre, a quien tengo siempre presente y que me cuida desde el cielo.

Otro «gigante» fundamental ha sido mi director de tesis, Ángel José Gómez Montoro, catedrático de la Universidad de Navarra, por su paciencia y desempeño en el seguimiento de mi trabajo. Me siento afortunada por haber tenido la oportunidad de aprender de tan buen maestro. Aspiro en el futuro a estar a su altura tanto en el plano humano como profesional.

También agradezco el respaldo que ha supuesto para mí la ayuda y los buenos consejos de los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra: Asunción de la Iglesia y Fernando Simón Yarza. Tengo mucha suerte de contar con estos «gigantes» para la etapa académica venidera. En este sentido se suma a mis agradecimientos la Universidad de Navarra, el «gigante» sobre el que espero desarrollar mi carrera profesional.

De igual modo, quiero expresar mi más profundo agradecimiento a los profesores Manuel Aragón Reyes, Federico de Montalvo Jääskeläinen y Alicia González Alonso, quienes, como parte del tribunal de mi tesis, hicieron grandes aportaciones y sugerencias que han enriquecido esta publicación. Tampoco quiero dejar de agradecer al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y al jurado del Premio Nicolás Pérez Serrano por la mención especial otorgada a mi trabajo.

Mi periodo final como doctoranda a tiempo completo fue breve pero lleno de aprendizajes. En ese sentido, he sido afortunada de contar con la ayuda y la amistad de Inés Sánchez-Ventura, María García-Nieto, Constanza Reyes, Cristóbal Aguilera y Jorge Machín, todos ellos también «gigantes».

Un lugar especial en la última etapa de mi investigación ha sido la Universidad de Notre Dame en Indiana, donde tuve la oportunidad de completar mi trabajo y contrastarlo con los profesores Jeffrey Pojawoski —a quien agradezco además la invitación— y Francisco Urbina.

Asimismo, no puedo dejar de agradecer este trabajo a la «gigante» Sonsoles Arias por presentarme a Ángel y por su amistad durante estos años. Igualmente, mi gratitud se extiende a María José Corzo por su ayuda fundamental para completar ciertos aspectos de este trabajo de cara a su publicación.

También considero «gigantes» a mis hermanos Luis, Paula y Beatriz, a mi familia de Jenner, Goroabe, La Pililla, Igea y Southold, y a otras muchas personas que siempre me han acompañado en los buenos y malos momentos.

Finalmente, pero no menos importante, quiero dar las gracias a Dios porque sus planes siempre superan mis expectativas.

PRÓLOGO

Han pasado más de cuatro décadas desde que Rubio Llorente escribiera que la interpretación constitucional se había convertido en «el núcleo central de la Teoría de la Constitución» pues, «en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la Teoría del Estado e incluso (...) de la Teoría del Derecho» («Prólogo» a E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, 1984).

Se comparta o no una afirmación de tanto alcance, no son difíciles de entender las razones que llevaban a su autor a formularla: la Constitución, pieza clave del Estado constitucional, cumple su función limitadora del poder cuando se reafirma -con todas las peculiaridades que son conocidas y que no es necesario ahora recordar- su carácter normativo. Un carácter normativo que implica, en primer lugar, dotarla de eficacia jurídica y garantizarla frente a posibles infracciones. Pero que exige, asimismo, que su aplicación se lleve a cabo mediante las reglas propias de la interpretación jurídica y no quede al albur de la voluntad del intérprete; que sea, por tanto, actividad jurisdiccional y no mero decisionismo. De ello depende, como acabo de señalar, algo tan relevante como el carácter normativo del texto constitucional. Pero, además, está también en juego la propia idea de Constitución como limitación del poder, pues no basta con que limite a los poderes políticos —legislativo y ejecutivo— sino que debe ser también límite del poder judicial, llamado a garantizar la Constitución, pero no a cambiarla. Algo que se aplica asimismo al máximo intérprete de la Constitución.

Es cierto que, como afirmara con toda su carga de pragmatismo el juez Charles Evans Hughes, la Constitución va a ser al final lo que diga su último intérprete; pero también lo es que este no puede —no debe— decir lo que quiera, sino aquello que puede deducir de la Norma fundamental con los criterios propios de la interpretación constitucional. El que sus decisiones, por ser la última instancia, no puedan ser revisadas, no debería hacerle pensar que goza de libertad para actuar como quiera sino, justo al revés, debería llevarle a actuar con la máxima prudencia para no convertirse de garante de la norma

en su primer infractor, por muy altas que sean las razones que pueda invocar para ello.

Cuarenta años después, los debates sobre la interpretación constitucional siguen muy vivos y, me atrevería a decir, que no mejor enfocados que cuando Rubio Llorente escribía. En aquellos años de estreno de nuestro constitucionalismo, se estudiaban los ponderados criterios de interpretación aportados por Konrad Hesse para completar las pautas tradicionales formuladas por Savigny y recogidas en el art. 3.1 de nuestro Código Civil (que, por cierto, enriqueció la relación de Savigny incorporando el criterio teleológico y el sociológico); o la no menos fructífera distinción de Friedrich Müller entre programa normativo y ámbito normativo. Con el tiempo, sin embargo, las influencias parecen venir más bien del mundo norteamericano y, más en concreto, del debate entre quienes consideran la Constitución como un instrumento vivo —*the living Constitution*— que, en cuanto tal, debe interpretarse de forma evolutiva, y quienes, en buena medida como reacción, han defendido el originalismo en sus distintas concepciones. Y, si bien, este último no parece tener un especial eco entre nosotros —pues ciertamente resulta muy ajeno a nuestra cultura jurídica—, no cabe decir lo mismo de la interpretación evolutiva que, en los últimos tiempos, gana terreno, tanto entre parte de la doctrina como en las decisiones del Tribunal Constitucional mismo.

Con el importante precedente de la STC 198/2012, sobre el matrimonio homosexual (que incluiría un duro voto particular el Magistrado Aragón Reyes precisamente por la defensa que hace la mayoría de la interpretación evolutiva), el Tribunal ha recurrido a ella en recientes e importantes sentencias: la STC 19/2023, sobre la ley de eutanasia, la STC 44/2023, sobre el aborto (en la que incluye expresamente la doctrina de la interpretación evolutiva como pauta interpretativa para resolver el caso) o la STC 142/2024, sobre la atribución de personalidad jurídica al Mar Menor en la que, aunque no menciona expresamente la interpretación evolutiva, se justifica la constitucionalidad de la ley, en buena medida, en «que se inscribe en un movimiento internacional en auge en la última década, que promueve el desarrollo de mecanismos de garantía innovadores y basados en un paradigma ecocéntrico que convive con el paradigma antropocéntrico tradicional» (fundamento jurídico 3.º).

Pienso que en esa acogida un tanto entusiasta de la doctrina de la interpretación evolutiva por parte del Tribunal Constitucional no ha dejado de influir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuya jurisprudencia parece haber arraigado con especial fertilidad la comparación del Convenio Europeo de Derechos Humanos con un árbol vivo —un *living instrument*— que, como tal, debe interpretarse de forma evolutiva. Una teoría que se ha

visto, además, reforzada por la insistencia de la Corte de Estrasburgo en la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos. En la aplicación de esta doctrina, el Tribunal ha ido más allá de una razonable atención a la realidad de cada momento y, especialmente a través del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, ha hecho aplicaciones de la norma que difícilmente pueden considerarse decisiones interpretativas para incurrir, más bien, en una verdadera creación de nuevos derechos. Una realidad que, en no pocas ocasiones ha sido subrayada con preocupación tanto por parte de la doctrina como por algunos de los jueces europeos, bien en votos particulares a algunas de las resoluciones, bien en los encuentros que los propios jueces han celebrado con motivo de algunos aniversarios del Tribunal, en los que han manifestado importantes dudas sobre esta forma de actuar y se han señalado los riesgos que lleva consigo. Y esa preocupación ha estado también presente en las conferencias intergubernamentales sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012) y Copenhague (2018), que condujeron a la aprobación del Protocolo núm. 15, como un intento de reforzar el principio de subsidiariedad.

En estos años, son bastantes los trabajos que han abordado algunos de los aspectos de esta forma de actuar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero creo que faltaba un estudio sistemático, más completo, de los orígenes, la justificación y el modo en que el Tribunal hace uso de la doctrina de la interpretación evolutiva y que analizara de forma global la complejidad de los problemas implicados. Eso es, precisamente, lo que viene a ofrecer el libro de Andrea Acosta Massó, que tiene su origen en la tesis doctoral que tuvo el privilegio de dirigir en la Universidad de Navarra. Se trata de un trabajo muy completo, en el que la autora muestra una gran familiaridad, tanto con la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo como con la doctrina específica sobre el tema. Además, los problemas son enmarcados en un análisis más amplio de la teoría de la interpretación, así como de los debates sobre la naturaleza del Convenio —relevante para determinar cómo debe interpretarse— y de la evolución a lo largo de las décadas de la forma en que la propia Corte ha entendido cómo debe aplicarse.

Sin pretensiones de exhaustividad y con el ánimo, más bien, de animar a la completa lectura del libro, quisiera detenerme brevemente en alguno de los puntos que me parecen más relevantes. El primero de ellos es el examen que se lleva a cabo en el Capítulo II de las reglas de interpretación del Derecho Internacional y del uso escaso que de ellas hace el Tribunal de Estrasburgo. El hecho de que el Convenio tenga una naturaleza híbrida, entre tratado y constitución, puede justificar su interpretación desde los criterios propios de

la teoría constitucional —cosa que, por cierto, no siempre hace—, pero sin ignorar las reglas específicas de interpretación de los acuerdos internacionales contenidas en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre los Tratados. Sin embargo, y como acredita la autora, su utilización ha sido muy residual y poco sistemática y se ha preferido acudir a criterios tales como el principio de efectividad, la misma noción de instrumento vivo, la teoría de los conceptos autónomos o la idea de consenso entre los Estados. Unos principios que, sin duda, dejan más margen de decisión a la Corte pero que suscitan algunas dudas, no solo desde el punto de vista de su corrección formal sino también desde la perspectiva de las obligaciones que asumen los Estados parte, que se ven expandidas con esas interpretaciones.

Una segunda aportación, quizás la más relevante de la obra, es el esfuerzo por distinguir entre supuestos de auténtica interpretación evolutiva y aquellos otros en los que la Corte de Estrasburgo traspasa los contornos de la mera interpretación para incurrir en la creación de nuevos derechos. En el ámbito de la verdadera interpretación se enmarcan tanto los supuestos en los que el Convenio incluye conceptos indeterminados, cuyo contenido se debe *llenar* atendiendo a la realidad del momento, como aquellos otros en los que se identifican facultades de un derecho que pueden considerarse ya implícitas desde su origen, si bien no se explicitan hasta un determinado momento. Ejemplos de lo primero serían los conceptos de tortura y trato inhumano y degradante (art. 3), el de esclavitud (art. 4) o el de vida privada —en sentido estricto, entendida como intimidad— del art. 8. En todos los casos, los términos usados por el propio Convenio exigen su interpretación desde la realidad social de cada momento, pues la percepción de cuándo se está ante un trato inhumano o una invasión de la privacidad va cambiando con el tiempo.

El segundo supuesto explicitación de facultades implícitas se produce, por ejemplo, cuando el Tribunal ha identificado dentro del derecho a un proceso equitativo, el derecho a no inculparse a sí mismo o el de ejecución de las resoluciones judiciales. O ha concluido que el derecho de asociación garantiza también la libertad negativa (el derecho a no asociarse) y la colectiva (la protección de la asociación misma). Estamos ante casos en los que no hay creación de derechos pues se puede considerar sin especiales problemas que esas facultades siempre han formado parte del contenido garantizado.

Muy distinto es lo que sucede con lo que la autora llama «interpretación propiamente creativa», frecuente en la aplicación que hace el Tribunal del art. 8 del Convenio. Un artículo que, como es bien conocido, ha servido para que se pronuncie sobre cuestiones medioambientales, de identidad sexual, el aborto o la eutanasia. Es verdad que en algunos casos —por ejemplo, aborto

y eutanasia— la Corte niega que el Convenio los garantice como verdaderos derechos, pero ello no le ha impedido concluir que tales ámbitos están protegidos por el mencionado precepto y, en consecuencia, pronunciarse sobre su violación o no. Lo que evidentemente no podría —o no debería— hacer si no se tratara de derechos que considera incluidos en el precepto.

Esta distinción entre interpretación y creación de derechos puede parecer a algunos excesivamente sutil, pues —en el fondo se dirá— lo relevante en todos los casos es que se va más allá del tenor literal de la norma, extrayéndose una regla para resolver el asunto concreto. Sin embargo, y como he señalado al principio, no es lo mismo que ello se haga por vía de una verdadera interpretación, que pueda considerarse como tal por los operadores jurídicos, o que se haga por vía de decisión voluntarista, aunque se argumente con razones jurídicas. Que la realidad social debe tenerse en cuenta en la interpretación, es algo admitido tanto en el plano de la legalidad como de la constitucionalidad y nada obsta para entender que también debe operar en la aplicación de los convenios internacionales. Además, esto afecta de forma especial al ámbito de los derechos fundamentales, tan conectados con esa realidad; y, como se ha visto, a veces son las propias normas que recogen los derechos las que utilizan términos (honor, igualdad, intimidad, malos tratos...) cuya interpretación remite necesariamente a una realidad que está fuera de la norma y que es cambiante. Pero una cosa es tener en cuenta la realidad para integrar la norma y otra, crear nuevos derechos que difícilmente pueden considerarse incluidos en el Convenio.

Algunos celebran este tipo de interpretaciones en cuanto implican ampliación de derechos. Pero, sin entrar ahora en otras consideraciones (por ejemplo, el riesgo de inflación y consiguiente trivialización, además de que en algunos casos se incorporan como derechos cuestiones que son muy controvertidas en la sociedad, excluyendo de raíz el debate político), el respeto del papel de las instituciones y, en última instancia, de la propia función jurisdiccional, clave para mantener la legitimidad de los tribunales, requiere que estos se mantengan dentro de lo que pueden hacer.

En ocasiones, la valoración positiva se debe a la consideración de la interpretación evolutiva como la alternativa adecuada para dar respuestas a lo que se perciben como demandas sociales ante la dificultad de reformar normas rígidas como una Constitución o, más aún el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero si bien es cierto que los derechos, en cuanto normas de textura abierta, introducen flexibilidad en la interpretación, no deberían, sin embargo, invocarse para debilitar una rigidez de los textos constitucionales que nació, precisamente, para no dejarlos en manos de minorías ocasionales.

Y menos aún, habría que entender, en las de órganos jurisdiccionales llamados a defender la norma y no a cambiarla. Por no hablar de la complejidad misma de concluir esas demandas sociales (por ejemplo, la dificultad para determinar cuando existe el *consenso* al que tantas veces se refiere el Tribunal de Estrasburgo, algo que queda también patente en el libro).

En el caso concreto de un Tribunal internacional, como analiza muy bien Andrea Acosta, se dan además circunstancias que debería llevarle a ser especialmente contenido en sus decisiones: de un lado, por el hecho de que se esté ante la aplicación de un tratado, que impone obligaciones para los Estados parte y que, precisamente por ello, debe ser aplicado con deferencia hacia los firmantes (deferencia, no en el sentido de no sacar las máximas consecuencia de los derechos reconocidos y dictar sentencias condenatorias cuando proceda, sino en el de no crear derechos no previstos en el tratado, asumiendo la Corte un *treaty power* que no tiene). De otro, porque a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los Estados, donde un exceso de un tribunal constitucional puede ser *frenado* o al menos equilibrado desde los otros órganos constitucionales, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este no se inserta en un sistema de *checks and balances* en el que existan esos contrapesos, pues la naturaleza del resto de los órganos del Consejo de Europa hace que no puedan considerarse como tales. Todo ello podría llevar con el tiempo a una pérdida de legitimidad de la Corte, de la que está especialmente necesitada por su importante función de controlar los actos de los Estados parte. Y, como recuerda la autora, no han faltado críticas de algunos de ellos ante esta aplicación extensiva de los derechos del Convenio con la consiguiente imposición de obligaciones no fácilmente previsibles cuando se firmó el Tratado.

Quisiera destacar, por último, que Andrea Acosta no se queda en la crítica, siempre moderada y con buenas razones jurídicas, al Tribunal, sino que analiza las posibles herramientas equilibradoras de su actividad, en particular, la institución de margen de apreciación nacional y el diálogo entre tribunales. Sin duda, la primera de ellas es especialmente relevante, por ser una pieza clave para el conjunto del sistema, llamada a erigirse en un elemento de auto-contención (*self restraint*) del propio Tribunal. De hecho, la preocupación por la deriva de su jurisprudencia fue lo que llevó, en no pequeña medida, a la adopción del Protocolo núm. 15, con el que se pretende reforzar el principio de subsidiaridad. Pero, como analiza la autora, no parece que, de momento, esté teniendo el efecto deseado. En concreto, después de su entrada en vigor, la Corte ha dictado una de las sentencias de mayor alcance por lo que se refiere al uso de una interpretación creativa de los derechos del Convenio, la decisión del caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suíza*, de 9 de abril de

2024, que llevó a que tanto el Parlamento suizo, como el Gobierno y el Poder Judicial mismo, se posicionaran contra la decisión de la Corte, algo desde luego no habitual y que debería llevar a la reflexión.

Como puede deducirse de esta breve exposición, y se esté o no de acuerdo con las tesis defendidas en el libro, se puede afirmar sin exageración que estamos ante un trabajo importante, sobre un tema de especial actualidad y trascendencia. Un trabajo en el que la Dra. Acosta toma con frecuencia posición, pero siempre de manera razonada y tras análisis ponderados y honestos de las cuestiones implicadas. Y, aunque no falta la crítica, se lleva siempre a cabo desde una posición de reconocimiento de la relevancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la importante función que desarrolla y ha desarrollado el Tribunal de Estrasburgo. Es precisamente esa importancia la que convierte en relevantes los debates que en el libro se proponen y la que hace que estemos ante una obra imprescindible para quienes se ocupan del sistema europeo de derechos humanos y, en última instancia, para cuantos nos dedicamos al estudio de los derechos fundamentales.

De la calidad del libro habla el hecho de que recibiera una mención especial del Premio Nicolás Pérez Serrano, en su edición de 2024, lo que ha permitido también que se publique en la prestigiosa colección *Estudios constitucionales* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Estoy convencido de que este libro es solo el primer paso —un muy buen primer paso— de una trayectoria académica que promete ser sólida y fecunda.

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

*Institutions and states will perish, if those who
love them do not criticize them and if those
who criticize them do not love them (*)*

LUZIUS WILDHABER
Ex Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(*) WILDHABER, L., «Criticism and Case-overload: Comments on the Future of the European Court of Human Rights», en Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER (eds.), *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

INTRODUCCIÓN

La interpretación evolutiva ha tenido, y sigue teniendo, gran relevancia en la interpretación de los derechos humanos. La necesidad de que su protección no pierda eficacia con el paso del tiempo es una preocupación común para cualquier tribunal, ya sea nacional o internacional. Este es un tema presente en las tradiciones constitucionales continentales y, especialmente, en el derecho norteamericano, donde destaca el clásico debate entre originalistas (*original intent*) y evolucionistas (*living constitution*).

La idea de que las constituciones son «árboles vivientes» (*living trees*), que deben adaptarse a las circunstancias contemporáneas, ha sido también acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, desde hace años, considera el Convenio Europeo de Derechos Humanos como un instrumento vivo (*living instrument*).

La investigación que se lleva a cabo a lo largo de estas páginas tiene como objetivo analizar el uso que el Tribunal de Estrasburgo hace de la doctrina de interpretación evolutiva en la aplicación del Convenio. La pregunta que se plantea es si, en su aplicación, el TEDH está o no creando derechos no previstos específicamente en el Convenio y, si es así, las consecuencias que ello tiene para el propio Tribunal, así como para los Estados miembros y sus respectivos órganos de garantía de derechos.

Puede considerarse que se trataba de un tema de gran interés y necesitado de una detenida investigación pues, aunque en nuestro país existen importantes trabajos individuales y colectivos sobre el Convenio y el Tribunal de Estrasburgo, algunos de ellos centrados en la interpretación evolutiva, no existe un análisis detallado de cómo utiliza el Tribunal este criterio interpretativo, los fundamentos con los que lo justifica y las consecuencias que tiene para los Estados y para el propio sistema del Convenio. Al mismo tiempo, y dada su dimensión práctica, cabe entenderse que solo un estudio en profundidad de la jurisprudencia del Tribunal podía arrojar luz sobre el uso de este método y sus consecuencias.

La interpretación evolutiva es un concepto amplio sobre el que no existe consenso en la doctrina. Hay defensores, pero también grandes detractores, y

parecía importante descender con detalle a estas discusiones. Si bien existe un acuerdo generalizado respecto a la necesidad de adaptar los derechos humanos y fundamentales a la realidad presente para una protección efectiva, hay importantes discrepancias sobre si ello incluye la posibilidad de crear derechos por vía interpretativa. La problemática radica, por tanto, en cuáles son los límites de esa adaptación a las circunstancias cambiantes y las consecuencias que, en su caso, tiene traspasar estos límites.

A la relevancia que tiene el tema por sí mismo, debe añadirse la repercusión que la aplicación de la interpretación evolutiva llevada a cabo por el TEDH está teniendo en la interpretación de algunas constituciones de los Estados miembros y, por supuesto, de la Constitución Española. Prueba de ello son las recientes sentencias del Constitucional español sobre la constitucionalidad de la eutanasia¹ y del aborto², en las que se menciona expresamente la jurisprudencia del TEDH sobre estos temas. Asimismo, es una doctrina que también cuenta con una importante presencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo análisis en profundidad no ha sido posible en este trabajo dado que excedería las dimensiones y el alcance metodológico de esta investigación.

Por otra parte, esta forma de actuar del Tribunal de Estrasburgo no ha dejado de suscitar recelo entre algunos Estados, que consideran que está excediéndose del papel que le corresponde como tribunal internacional. Este cuestionamiento se produce, generalmente, en el marco de sentencias que deducen del Convenio derechos no fácilmente identificables y que, en consecuencia, imponen a los Estados obligaciones que entienden no habían asumido en el momento de su firma. Unas críticas que, si bien no son generalizadas, no pueden ser ignoradas, particularmente en unos momentos en los que se están difundiendo en Europa corrientes políticas escépticas —cuando no muy críticas— sobre el papel de los organismos internacionales.

Junto a las razones expuestas, quizá conviene señalar que el detonante de esta investigación fue la lectura del artículo del director de esta tesis que lleva por título «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *pas-se-partout* del art. 8 CEDH»³. En este trabajo, el profesor GÓMEZ MONTORO reflexiona acerca de la interpretación que el TEDH hace del derecho al respeto a la vida privada y familiar y cuestiona su conversión en un derecho

¹ STC, 19/2023, de 25 de marzo de 2023.

² STC, 44/2023, de 9 de mayo de 2023.

³ Vid. GÓMEZ MONTORO, A. J., «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *pas-se-partout* del art. 8 CEDH», en *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, 2016.

de autodeterminación que garantiza prácticamente cualquier manifestación de libertad. De la jurisprudencia que se analiza me llamó poderosamente la atención el conocido y controvertido *Caso Dickson contra Reino Unido*⁴. Los demandantes eran un hombre preso, condenado a cadena perpetua por un delito de asesinato, y su esposa, quien también había estado en prisión. Después de conocerse por correspondencia y casarse, deseaban tener un hijo. Debido a la edad de la mujer, la procreación natural era prácticamente imposible, por lo que solicitaban acceder a técnicas de reproducción asistida. El Reino Unido negó la solicitud, y la pareja llevó el caso al Tribunal de Estrasburgo, alegando que esta decisión vulneraba su derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). La Gran Sala, falló a favor de la pareja, concluyendo que la negativa de las autoridades británicas no estaba justificada y violaba sus derechos. La lectura de esta sentencia suscita muchos interrogantes en los que ahora no nos detendremos, pero el primero de ellos es el hecho de que el Tribunal incluya en el artículo 8 un derecho a ser padres mediante la inseminación artificial, algo que evidentemente no aparece recogido ni en el Convenio, ni tampoco en las constituciones de los Estados, y que tampoco puede entenderse se deduzca de manera clara y pacífica del mencionado precepto.

La lectura del artículo, el caso mencionado y la demás jurisprudencia analizada suscitaban numerosos interrogantes que podían y merecían ser objeto de una investigación extensa: ¿cuál es la naturaleza del Convenio?; ¿se trata de un simple tratado internacional?; ¿es el Tribunal de Estrasburgo un tribunal constitucional europeo?; ¿qué criterios deben emplearse en la interpretación del Convenio?; ¿en qué consiste la doctrina de la interpretación evolutiva?; cuando el Tribunal interpreta evolutivamente el Convenio, ¿está siempre creando nuevos derechos?; ¿cuáles son los límites de una interpretación que tenga en cuenta las circunstancias de la realidad presente?; en un sistema de carácter subsidiario, en el que corresponde a los Estados en primer lugar la protección de los derechos, ¿supone la interpretación evolutiva una falta de deferencia hacia ellos?; ¿qué papel juega el margen de apreciación nacional y cómo opera?; ¿deben los Estados aceptar la imposición de derechos no previstos en el Convenio Europeo?; ¿está legitimado el TEDH para crear derechos *ex novo*?; ¿qué consecuencias tiene la creación de derechos en un sistema como el del Consejo de Europa en el que no existe un sistema de *checks and balances*?; y, esta proliferación de nuevos derechos, ¿está convirtiendo el mero deseo en un derecho humano?

⁴ STEDH, *Caso Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre de 2007.

Estas son las principales cuestiones abordadas en las páginas que siguen. Para ello, ha sido básico el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, centrándonos en aquellos derechos que se ven especialmente afectados por esta problemática. Asimismo, y además de trabajos generales sobre la interpretación del Derecho y, más concretamente, sobre la interpretación de los derechos humanos y fundamentales, se ha trabajado la abundante bibliografía sobre el Convenio y el Tribunal de Estrasburgo: la bibliografía española, por supuesto, pero también la producida en otros países, mucho más abundante. Asimismo, ha sido de especial interés la lectura de los materiales publicados por el Tribunal⁵, como los seminarios organizados al inicio de cada año judicial, las conferencias realizadas con motivo de ciertos aniversarios, algunas de las recientes declaraciones y los trabajos preparatorios de los últimos protocolos adicionales, ya que se trata de reflexiones de quienes establecen la doctrina de interpretación del Convenio.

Debe, por último, señalarse que, aunque se trata de una tesis de derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos va más allá de este y se trata de una materia donde deben también tenerse en cuenta la doctrina de derecho internacional público. Aunque no es esta nuestra especialidad, ha sido necesario detenerse en el estudio del Convenio de Viena sobre los Tratados, en particular en los preceptos dedicados a la interpretación, así como en la principal doctrina sobre la materia.

La tesis se estructura en una introducción, cuatro capítulos y unas conclusiones. El primer capítulo resume la historia y evolución de la interpretación y principios de aplicación del CEDH en sus casi 75 años de existencia. Aunque el origen del Convenio y la evolución de su aplicación por el TEDH han sido profusamente estudiados, parecía necesario volver sobre ello, de manera necesariamente sintética, con el objeto de ofrecer al lector el marco adecuado para poder profundizar en la aplicación del criterio de interpretación evolutiva y las consecuencias que tiene.

En el segundo capítulo se examina, por un lado, la naturaleza del Convenio y del Tribunal y, por otro, los principios y doctrinas utilizadas en la aplicación e interpretación de los derechos. Tanto el Convenio como el Tribunal tienen una naturaleza *sui generis* que presenta aspectos tanto del derecho internacional como constitucional. Aclarar, en primer lugar, la naturaleza de la norma y del órgano permite profundizar sobre cuáles son los principios y doctrinas que ha utilizado el TEDH en su tarea. Asimismo, parecía importante detenerse en el estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional, en

⁵ <https://prd-echr.coe.int/#>

cuanto que suele ser percibida como el contrapunto a la interpretación evolutiva del Convenio. Esta parte no supone una gran novedad doctrinal, pero sí que trata de aportar una sistematización clara de cuestiones sobre las que se asienta la interpretación evolutiva.

En el tercer capítulo se aborda el concepto de interpretación evolutiva, tanto desde una perspectiva constitucional como en el ámbito específico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Partiendo de las distintas etapas de su historia, se estudia su evolución ya que, desde la primera vez que se utilizó en el *Caso Tyrer contra Reino Unido*⁶, el deseo de adaptar los derechos a la realidad presente es una constante en la jurisprudencia europea. En este capítulo se analizan también cuáles han sido los derechos a los que el Tribunal suele aplicar de manera más relevante la técnica de interpretación evolutiva, distinguiendo si ello ha tenido como resultado la creación de nuevos derechos no previstos en el Convenio, la deducción de derechos implícitos o la adaptación de su contenido a la realidad presente. Se estudia, por último, en esta parte los límites que el propio Tribunal se ha impuesto a la hora de aplicar este método interpretativo.

En el último capítulo de la tesis se analizan algunos de los problemas que, puede plantear el uso que hace el Tribunal de Estrasburgo de la interpretación evolutiva cuando tiene como resultado la creación de nuevos derechos. Esta interpretación evolutiva «creativa» suscita numerosos interrogantes, tales como la posible conversión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un tribunal internacional legislador dentro de un sistema que, además, carece de *checks and balances*; las dudas sobre la legitimidad de que un tribunal de estas características cree derechos; los riesgos de fundamentar la actividad creativa en el consenso; la imposición a los Estados parte de derechos no previstos en el Convenio y, por tanto, el posible cuestionamiento de la jurisprudencia y, en algunos casos, su no aplicación por parte de estos. Además, la creación de derechos *ex novo* también planteaba desafíos como la posible trivialización de los derechos humanos sí reconocidos y, teniendo en cuenta que la actividad creativa del Tribunal recae fundamentalmente sobre el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, los riesgos de una visión excesivamente individualista de los derechos y del reconocimiento de un derecho de autodeterminación casi absoluto. En esta última parte también se estudian herramientas como el margen de apreciación y el diálogo entre tribunales que podrían dotar de legitimidad al TEDH y equilibrar el sistema del Convenio.

⁶ STEDH, *Caso Tyrer contra Reino Unido*, de 25 abril de 1978.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

La aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950 tuvo lugar en el contexto de una Europa en plena posguerra y en el comienzo de la Guerra Fría, que supuso su división en dos bloques con sistemas e ideologías políticas contrarias. En la Europa occidental se veía como una amenaza que la influencia del bloque liderado por la Unión Soviética derivara en la implantación de regímenes totalitarios. Y es que las difíciles circunstancias de la posguerra se asimilaban a lo acaecido en Alemania e Italia antes de la II Guerra Mundial, en donde regímenes constitucionales dieron lugar a sistemas dictatoriales¹. Con este telón de fondo, nacía en el ámbito global la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, en el marco europeo, el Consejo de Europa, la primera organización política de Europa occidental vinculada a la idea de un Convenio sobre Derechos Humanos². Los países europeos consideraban que la creación de un mecanismo internacional de protección de los derechos garantizaría el mantenimiento de los sistemas constitucionales democráticos y frenaría nuevos regímenes totalitarios.

Así, en 1948, surgió en el Congreso del Movimiento Europeo, celebrado en Bruselas, la iniciativa de crear el Consejo de Europa. El objetivo de este organismo internacional era conseguir una unión más estrecha entre sus miembros, a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que conforman su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social. El Consejo fue instaurado por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949 y se compuso en

¹ Es de gran interés la obra de BATES que desarrolla la evolución del los primeros 50 años del sistema de protección de los derechos humanos del Convenio. *Vid.* BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

² *Cfr.* GARCÍA JIMÉNEZ, E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998 p. 25.

su inicio por los siguientes diez Estados: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia y Reino Unido³.

La primera tarea del Consejo de Europa fue la elaboración de un instrumento internacional que reconociera y garantizara un conjunto limitado de derechos básicos y fundamentales de la persona frente a posibles derivas totalitarias⁴.

El Convenio encontró su principal inspiración en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea de la ONU en 1948. Como indica su propio preámbulo, a diferencia de otros tratados internacionales sobre derechos humanos, su novedad fue incluir una garantía individual de los mismos. Por un lado, se introdujo un recurso individual, de forma que las personas afectadas por violaciones del Convenio pudieran presentar sus demandas frente a los Estados ante la Comisión. Por otro lado, se creó un órgano jurisdiccional con capacidad de decisión tanto en recursos interestatales como en recursos individuales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos entró en vigor en 1953⁵. La Comisión Europea de Derechos Humanos fue creada en 1956 y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en 1959. El Convenio no contiene derechos sociales en sentido propio, estos fueron recogidos posteriormente en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

Se podría afirmar que, desde la primera sentencia en 1960⁶ hasta nuestros días, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha modificado sustancialmente el contenido y la garantía de los derechos fundamentales en Europa transformando profundamente el sistema del Convenio que, en parte, ya es otro distinto al originario, dado el calado de algunas de las interpretaciones expansivas⁷, como se verá a lo largo del presente trabajo.

Iría más allá de las pretensiones de este estudio realizar un análisis detenido de los sesenta años de historia y de jurisprudencia del TEDH. Sin embargo,

³ Actualmente el Consejo de Europa lo integran 46 miembros tras la expulsión de la Federación Rusa en marzo de 2022.

⁴ Cfr. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, cit., pp. 75 y 364

⁵ España firmó el Convenio el 24 de noviembre de 1977, lo ratificó el 19 de septiembre de 1979 y entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año. En virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es utilizada por el Tribunal Constitucional de forma habitual a la hora de interpretar los derechos fundamentales y libertades de la Constitución.

⁶ STEDH, *Caso Lawless contra Irlanda*, de 14 de noviembre de 1960.

⁷ Vid. GARCÍA ROCA, J., «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 28, 2018.

antes de abordar la cuestión objeto de esta tesis, sí parece conveniente exponer, aunque sea a grandes rasgos, las principales etapas y cómo se ha desarrollado la interpretación del CEDH. No tendría sentido, evidentemente, entrar a profundizar en cada acontecimiento ni analizar la jurisprudencia sobre cada derecho. Se trata, más bien, de ver, con carácter general, los grandes hitos en la historia del Convenio y cómo lo ha ido entendiendo el Tribunal en su papel como máximo intérprete del mismo.

Esta breve introducción, pretende ser solo un marco que nos permitirá profundizar más adelante en la naturaleza del Convenio y del Tribunal, en los criterios de interpretativos utilizados por este y, especialmente, en la doctrina de la interpretación evolutiva y sus consecuencias.

2. Fase durmiente (1956-1975)

Algunos autores se han referido al Tribunal de Estrasburgo durante este periodo como la «Bella Durmiente»⁸. Desde su constitución en 1959 hasta 1975, pronunció únicamente diez sentencias y las demandas presentadas fueron escasas. Tras el *Caso Lawless contra Irlanda*⁹, únicamente hubo tres demandas estatales: los *Casos Grecia contra Reino Unido* (dos demandas, en 1956 y 1957) y el *Caso Austria contra Italia* de 1960. Y tampoco abundaron las demandas individuales¹⁰.

El sistema de protección de derechos previsto en el Convenio de Roma de 1950 quedó inicialmente compuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este primer periodo, el protagonismo recayó fundamentalmente sobre la Comisión, correspondiendo al Tribunal un papel secundario. Esta estructura bicéfala se vio justificada por las reticencias que tenían algunos Estados — en ese momento— a someterse al control de un órgano jurisdiccional externo¹¹.

⁸ El primero en hacerlo fue FROWEIN, J., «European Integration Through Fundamental Rights», *Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, 1984, p. 8. También toma la expresión BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 11 y LÓPEZ GUERRA, L., «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 2018, p. 114.

⁹ STEDH, *Caso Lawless contra Irlanda*, de 14 de noviembre de 1960, *cit.*

¹⁰ Cfr. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, *cit.*, pp. 192 y 240.

¹¹ Cfr. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 65.

La Comisión fue la piedra angular del sistema: entre sus competencias estaba la recepción y estudio previo de las numerosas comunicaciones que le eran dirigidas y la verificación de las condiciones previas de admisibilidad. En la decisión de admisión, examinaba la demanda de manera contradictoria, establecía los hechos alegados por las partes y, finalmente, redactaba su informe. Todo ello en un procedimiento de carácter confidencial. También desarrollaba un importante papel conciliador que permitió, a menudo, un arreglo amistoso entre las partes. El informe de la Comisión, con la propuesta de constatar la violación o no de alguno de los derechos o libertades proclamados por el Convenio, era el instrumento que servía de base para la decisión que debía adoptar el Comité de Ministros (solución política que agotaba el procedimiento) o, alternativamente, para someter el caso a conocimiento y resolución jurisdiccional del Tribunal¹². La Comisión actuaba como un auténtico filtro; prueba de ello es que, hasta bien entrados los años sesenta, en muy pocas ocasiones se enviaron casos al Tribunal.

Este limitado acceso al Tribunal generó escepticismo entre diversos autores, hasta tal punto que hubo quienes se preguntaron si el TEDH tendría algún futuro. Entre otros, el juez belga Henri Rolin en un ensayo de 1965¹³.

Precisamente bajo la presidencia de ROLIN, el TEDH condenó por primera vez a un Estado por la violación del Convenio en el *Caso lingüístico Belga*¹⁴. El objeto de la demanda versaba sobre si determinadas disposiciones de la legislación belga en materia de enseñanza eran compatibles o no con los derechos previstos en los artículos 8 y 14 del Convenio y el artículo 2 del Protocolo adicional. Los demandantes eran familias francófonas que, por su residencia en una zona flamenca, alegaban la imposibilidad de educar a sus hijos en su idioma materno. En el juicio sobre las excepciones preliminares, el gobierno belga alegó ausencia de *ratione materiae* por considerar que la cuestión del idioma del Estado quedaba fuera del campo de aplicación del Convenio, toda vez que se trataba de un asunto político. El TEDH rechazó esta excepción preliminar y condenó al Estado, manteniendo por primera vez que la finalidad del CEDH era la protección efectiva de los derechos humanos¹⁵.

¹² *Ibid.*, pp. 65 y 66.

¹³ *Vid.* ROLIN, H., «Has de European Court of Human Rights a Future?», *Howard Law Journal*, vol. 11, 2, 1965, pp. 442-451.

¹⁴ STEDH, *Caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica contra Bélgica*, de 9 febrero 1967 y 23 de julio de 1968.

¹⁵ STEDH, *Caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968, *cit.*, par. 5.

Para completar la breve referencia a estos primeros años, debe destacarse que, durante ellos, se aprobaron los primeros protocolos de reforma que supusieron una ampliación del alcance de los derechos protegidos por el Convenio. Así, el Protocolo núm. 1, de 1952, introdujo el derecho de propiedad, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el derecho a elecciones libres. A su vez, el Protocolo núm. 4, de 1964, introdujo la prohibición del encarcelamiento por deudas, la libertad de movimiento, la prohibición de expulsión de nacionales y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros.

3. El despertar de la «Bella Durmiente»: formulación de los principales principios de interpretación y aplicación del Convenio y concreción de las funciones del Tribunal (1975-1980)

En esta segunda etapa, el aumento de países firmantes del Convenio y el correspondiente incremento de demandas individuales fueron dando oportunidad al Tribunal de realizar una mayor labor de interpretación de los derechos del Convenio. A partir de 1975, su actividad aumentó progresivamente, tanto en aspectos cuantitativos como cualitativos: dictó diecisiete sentencias sobre el fondo y fue introduciendo paulatinamente en su jurisprudencia los criterios interpretativos que se han venido manteniendo hasta hoy¹⁶.

Especial relevancia tiene el *Caso Golder contra Reino Unido*¹⁷, que ha llegado a ser considerado por algunos juristas como el punto de inflexión en el desarrollo del Convenio¹⁸. En esta Sentencia, el Tribunal consideró que las restricciones impuestas por las autoridades británicas a un recluso para iniciar una acción procesal y, con este fin, consultar libremente a un abogado, eran incompatibles con el artículo 6.1. Esta resolución tiene especial relevancia porque, además de incluir el derecho de acceso a los tribunales dentro del derecho a un proceso equitativo reconocido en el mencionado artículo del Convenio,

¹⁶ Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., *La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos*, cit., p. 116.

¹⁷ STEDH, *Caso Golder contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975.

¹⁸ Cfr. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, cit., p. 278; GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2019, p. 26 y LETSAS, G., «Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation», en *Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 61.

señala por primera vez que este, en su calidad de tratado internacional, debe ser interpretado de conformidad con las reglas establecidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. La resolución hace especial hincapié en que el Tribunal debe desarrollar su tarea interpretativa en el contexto y a la luz del objeto y finalidad del Convenio. Este fuerte enfoque teleológico de interpretación del CEDH se convirtió en el punto de referencia de la jurisprudencia de Estrasburgo¹⁹, llegando a ser considerado el *Caso Golder* como el paso más creativo del Tribunal en la interpretación de cualquier artículo del Convenio²⁰. Pese a su importancia —o quizá por ella— no dejó de tratarse de una resolución polémica, ya que en esos momentos el Convenio de Viena no había entrado en vigor. Contó con tres votos disidentes, entre los que cobra especial relevancia el del juez Fitzmaurice, que no consideraba que del artículo 6.1 se desprendiera un derecho de acceso a los tribunales y que, si eso fuese así, reparar esa laguna no correspondería al Tribunal sino a los Estados contratantes como autores del Convenio.

Además del *Caso Golder*, tienen especial importancia las siguientes sentencias que formularon una serie de principios para la interpretación y aplicación del Convenio que siguen vigentes en la actualidad y que se analizarán más adelante²¹:

- *Caso Engel y otros contra Holanda*²². El Tribunal acuña la noción de «conceptos autónomos». Como una misma noción jurídica puede tener distinto significado en el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, el Tribunal empieza a ver la necesidad de que algunos conceptos tengan un significado autónomo, de forma que permitan una lectura y una comprensión uniformada en la aplicación del Convenio²³.
- *Caso Handyside contra Reino Unido*²⁴ y *Caso Sunday Times contra Reino Unido*²⁵. El Tribunal de Estrasburgo formula el «principio de subsidiariedad» y comienza a desarrollar la doctrina del «margen de apreciación nacional» al considerar que, en razón de su directo y continuo contacto

¹⁹ Cfr. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, cit., p. 304.

²⁰ Cfr. BRATZA, N., «Living instrument or dead letter- the future of the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 128, 2014, p. 122.

²¹ Estos principios se desarrollarán posteriormente en el epígrafe 2.5.

²² STEDH, *Caso Engel y otros contra Holanda*, de 8 junio de 1976.

²³ Cfr. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., p. 140.

²⁴ STEDH, *Caso Handyside contra Reino Unido*, de 7 diciembre de 1976.

²⁵ STEDH, *Caso Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 abril de 1979.

con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional.

- *Caso Tyrer contra Reino Unido*²⁶. Por primera vez el Tribunal invoca el Convenio como un «instrumento vivo» que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes.
- *Caso Marckx contra Bélgica*²⁷. En esta sentencia se estableció que, en su labor, el Tribunal no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse en las injerencias, por lo que a este compromiso de carácter más bien negativo se le pueden añadir «obligaciones positivas».
- *Caso Airey contra Irlanda*²⁸ y *Caso Artico contra Italia*²⁹. En estos casos se menciona por primera vez el «principio de efectividad de los derechos» al afirmar que el Convenio persigue una protección real y efectiva, y no meramente formal de los derechos en él consagrados.

Dentro de esta etapa, tiene también gran relevancia el *Caso Irlanda contra Reino Unido*³⁰. En esta resolución se resolvió la demanda que Irlanda interpuso contra Reino Unido en el marco de la lucha contra el terrorismo en el Norte de Irlanda, especialmente respecto de los métodos de interrogatorio que estaban siendo usados.

El Gobierno británico no discutía ciertas infracciones del artículo 3 del CEDH ni la competencia del TEDH para conocer de la demanda presentada por el Gobierno irlandés, pero se apoyaba en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (en los casos del Camerún, de 1963, y de las pruebas nucleares, de 1974) para defender que el caso se había quedado sin objeto. Las autoridades británicas alegaban que ya se habían reconocido las violaciones, por lo que carecía de utilidad alguna que se resolviera judicialmente sobre el fondo. Además, tras el informe de la Comisión, Reino Unido se había comprometido a erradicar ciertas técnicas constitutivas de malos tratos prohibidos por el Convenio.

El Tribunal puso especial énfasis en su papel como intérprete del Convenio al señalar que las sentencias no sirven solo para decidir los casos planteados ante él, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las disposiciones del Convenio. La resolución expone que, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, el CEDH sobrepasa el marco de la simple reciprocidad entre Estados contratantes y crea una red de compro-

²⁶ STEDH, *Caso Tyrer contra Reino Unido*, de 25 abril de 1978.

²⁷ STEDH, *Caso Marckx contra Bélgica*, de 13 junio de 1979.

²⁸ STEDH, *Caso Airey contra Irlanda*, de 9 octubre de 1979.

²⁹ STEDH, *Caso Artico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980.

³⁰ STEDH, *Caso Irlanda contra Reino Unido*, de 18 enero de 1978.

misos sinalagmáticos bilaterales y obligaciones objetivas para asegurar una garantía colectiva³¹. En definitiva, el Tribunal reconoce que tiene una doble función: una primera que consiste en poner fin a un determinado conflicto y otra más general en la que interpreta, garantiza y desarrolla las normas del Convenio³².

Como se ha señalado, las sentencias mencionadas tienen gran importancia porque asentaron las bases de los principios y las reglas de interpretación del Convenio por el Tribunal. En concreto, resulta especialmente relevante la elaboración de los principios del instrumento vivo, la doctrina de las obligaciones positivas y el principio de efectividad, ya que, como se verá más adelante, junto con la apreciación o no de consenso, serán los elementos sobre los que el TEDH construya la doctrina de la interpretación evolutiva del Convenio³³.

4. El Convenio como instrumento constitucional de orden público y la tendencia a la concesión a los Estados de un amplio margen de apreciación nacional (1980-1999)

El tercer período abarca las décadas de los ochenta y noventa del pasado siglo. Una de las sentencias de mayor relevancia en este marco temporal es la del *Caso Loizidou contra Turquía*³⁴, en la que el TEDH se refiere a la naturaleza del Convenio, calificándolo por primera vez como un «instrumento constitucional de orden público». En esta resolución, relativa al derecho de propiedad de una mujer que tuvo que abandonar su casa en el norte de Chipre como consecuencia de la ocupación turca, el Gobierno turco pretendía establecer limitaciones sustantivas (*ratione materiae*) o territoriales (*ratione loci*) de los derechos al amparo de los artículos 25 y 46 del Convenio. El Tribunal, aplicando en la interpretación de estos dos artículos el principio del Convenio como instrumento vivo, rechazó esta tesis, razonando que debilitaba su papel y reducía la efectividad del CEDH como instrumento constitucional de orden público europeo. En esta misma decisión, vinculó la naturaleza constitucional

³¹ *Ibid.*, par.239

³² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A., «El alcance del efecto de cosa interpretada en las sentencias del TEDH», en JAVIER GARCÍA ROCA, Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 239.

³³ *Infra*. Epígrafe 3.1.

³⁴ STEDH, *Caso Loizidou contra Turquía*. de 23 marzo de 1995, par. 75 y 93.

del Convenio y de sus protocolos con su función de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para los Estados parte. De manera que, siendo el CEDH el instrumento esencial del citado orden público europeo, el Tribunal es el encargado de garantizar su existencia y desarrollo, en virtud de la competencia que le otorga el artículo 19³⁵.

Entre 1980 y 1990, una vez acuñada la doctrina del margen de apreciación nacional —por primera vez en las *Casos Handyside*³⁶ y *Sunday Times*³⁷—, existe una tendencia del Tribunal a reconocer ese margen cuando no aprecia consenso entre los Estados al respecto. Así ocurre en:

- La exhibición de pinturas obscenas en el *Caso Müller y otros contra Suiza*³⁸.
- La proyección de películas blasfemas en los *Casos Otto-preminger-Institut contra Austria*³⁹ y *Wingrove contra Reino Unido*⁴⁰.
- La obligación del Estado de reconocer el nuevo sexo tras una operación en los *Casos Rees*⁴¹, *Cossey*⁴² y *Sheffield and Horsham*⁴³, todas contra Reino Unido. En estas tres sentencias, el Tribunal rechaza que la falta de modificación de registros solicitada por los demandantes viole el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8.
- La vida familiar domiciliaria vinculada al medio ambiente en el *Caso Powell y Rayner contra Reino Unido*⁴⁴.

Pese a esta inclinación a favor de la concesión a los Estados de un amplio margen de apreciación, paralelamente, aunque en menor medida, el Tribunal invoca también la idea del Convenio como instrumento vivo con el objeto de adaptar a los estándares actuales el contenido de los derechos reconocidos en él. En algunos casos, actualizando conceptos a las circunstancias actuales, en otros reconociendo facultades implícitas y en otros, finalmente, creando nuevos derechos⁴⁵. Así ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos:

³⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 p. 79.

³⁶ STEDH, *Caso Handyside contra Reino Unido*, de 7 diciembre de 1976, *cit.*

³⁷ STEDH, *Caso Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 abril de 1979, *cit.*

³⁸ STEDH, *Caso Müller y otros contra Suiza*, de 24 mayo de 1988.

³⁹ STEDH, *Caso Otto-Preminger-Institut contra Austria*, de 20 septiembre de 1994.

⁴⁰ STEDH, *Caso Wingrove contra Reino Unido*, de 25 noviembre de 1996.

⁴¹ STEDH, *Caso Rees contra Reino Unido*, de 17 octubre de 1986.

⁴² STEDH, *Caso Cossey contra Reino Unido*, de 27 septiembre de 1990.

⁴³ STEDH, *Caso Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, de 30 julio de 1998.

⁴⁴ STEDH, *Caso Powell y Rayner contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990.

⁴⁵ Esto se desarrollará más ampliamente en el epígrafe 3.3.

- Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). En el *Caso Soering contra Reino Unido*⁴⁶, el TEDH aprecia la infracción de la prohibición de tratos inhumanos que podría padecer un sujeto extraditado por las autoridades británicas a los Estados Unidos, concretamente al Estado de Virginia, donde podía acabar en el corredor de la muerte si llegaba a ser condenado a la pena capital. En este sentido, tiene especial relevancia el *Caso McCann y otros contra Reino Unido*⁴⁷, en el que el Tribunal señala que el respeto a la vida y la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes implica no solo obligaciones negativas de abstención de conductas atentatorias a tales derechos, sino también obligaciones positivas de investigación necesarias para determinar las circunstancias del caso, los culpables y las posibles reparaciones. Lo mismo indicó en el *Caso D. contra Reino Unido*⁴⁸, en el que se refiere a un derecho a no ser extraditado si las condiciones en el país de destino provocan una situación contraria a la prohibición de trato degradante. El problema en este caso es que el sujeto extraditable padecía una enfermedad terminal que no iba a poder ser atendida debidamente en el país de destino. Por último, encontramos el *Caso Selmouni contra Francia*⁴⁹, en el que se sostuvo que, como el CEDH es un instrumento vivo, el aumento de los niveles humanos de la protección de los derechos podría significar que el abuso físico, que anteriormente se había considerado meramente «inhumano y degradante», ahora se clasificara como «tortura» en el sentido del artículo 3.
- Derecho a un proceso equitativo (artículo 6). En los *Casos Hauschildt contra Dinamarca*⁵⁰ y *Saunders contra Reino Unido*⁵¹ el Tribunal consideró que, aunque en el artículo 6 no se menciona el derecho al no inculparse a sí mismo, se trata de un estándar internacional generalmente reconocido que se encuentra en el corazón de la noción de un procedimiento justo.
- Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). En estos años van apareciendo las primeras sentencias que tienden a interpretar de forma amplia el derecho al respeto a la vida privada y familiar, empezándose a

⁴⁶ STEDH, *Caso Soering contra Reino Unido*, de 7 julio de 1989.

⁴⁷ STEDH, *Caso McCann y otros contra Reino Unido*, de 27 septiembre de 1995.

⁴⁸ STEDH, *Caso D. contra Reino Unido*, de 2 mayo de 1997.

⁴⁹ STEDH, *Caso Selmouni contra Francia*, de 28 julio de 1999.

⁵⁰ STEDH, *Caso Hauschildt contra Dinamarca*, de 24 mayo de 1989.

⁵¹ STEDH, *Caso Saunders contra Reino Unido*, de 17 diciembre de 1996.

perflar como un derecho de autodeterminación que incluye una gran variedad de realidades: derechos sexuales, medioambiente, reconocimiento del cambio de sexo o reagrupación familiar⁵². Un claro ejemplo de esta tendencia es el *Caso Dudgeon contra Reino Unido*⁵³ en el que el Tribunal estableció que la prohibición legal de los actos homosexuales consentidos y privados entre adultos constituía una violación del derecho al respeto de la vida privada. El TEDH se abstuvo de aplicar la doctrina del margen de apreciación argumentando que las exigencias morales varían en el tiempo y en el espacio. También se incluye en el ámbito del artículo 8, en el *Caso y López Ostra contra España*⁵⁴, la vida familiar domiciliaria afectada por las incidencias en el medio ambiente a través de inmisiones o del ruido. Otro ejemplo de interés es el *Caso B. contra Francia*⁵⁵, sobre el reconocimiento legal de los transexuales, que supuso un cambio de jurisprudencia respecto de las *Casos Rees*⁵⁶ y *Cossey*⁵⁷. La sentencia considera que la obligación de respeto del artículo 8 lleva consigo el cambio del sexo en los registros y la concesión de un número distinto de identificación, no siendo suficiente con que se proporcionen documentos con el nuevo nombre y la nueva identidad. También, dentro del derecho a la vida familiar de este artículo 8 se comienza a perflar, dentro de ciertos límites, un derecho a la reagrupación familiar y la imposibilidad de proceder a la expulsión de determinadas categorías de extranjeros en los *Casos Abdulaziz, Cabales y Balkandi contra Reino Unido*⁵⁸ y *Berrehab contra Países Bajos*⁵⁹.

- Derecho de asociación (artículo 11). En los *Caso Young, James, Webster contra Reino Unido*⁶⁰ y *Sigurour Sigurjonsson contra Islandia*⁶¹, se incluye dentro del derecho de asociación del artículo 11 el derecho negativo a no asociarse.

Pese a que en estas resoluciones el TEDH comienza a acudir a la doctrina de la interpretación evolutiva sobre la base de la consideración del Convenio

⁵² *Infra*. Epígrafe 3.4.

⁵³ STEDH, *Caso Dudgeon contra Reino Unido*, de 22 octubre de 1981.

⁵⁴ STEDH, *Caso López Ostra contra España*, de 9 diciembre de 1994.

⁵⁵ STEDH, *Caso B. contra Francia*, de 25 marzo de 1992.

⁵⁶ STEDH, *Caso Rees contra Reino Unido*, de 17 octubre de 1986, *cit.*

⁵⁷ STEDH, *Caso Cossey contra Reino Unido*, de 27 septiembre 1990, *cit.*

⁵⁸ STEDH, *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, de 28 mayo de 1985.

⁵⁹ STEDH, *Caso Berrehab contra Reino de los Países Bajos*, de 21 junio de 1988.

⁶⁰ STEDH, *Caso Young, James y Webster contra Reino Unido*, de 13 agosto de 1981.

⁶¹ STEDH, *Caso A. Sigurjonsson contra Islandia*, de 30 junio de 1993.

como instrumento vivo, también se aprecia su preocupación por poner límites a este principio de interpretación. En algunas sentencias, junto con el reconocimiento de que el Convenio y sus Protocolos deben interpretarse a la luz de las condiciones actuales, afirma que la interpretación evolutiva no puede llevar a deducir un derecho que no se incluyó al elaborar el Convenio. Así ocurre, por ejemplo, en el *Caso Johnston y otros contra Irlanda*⁶², donde se aplicó la doctrina del margen de apreciación nacional y se negó que del artículo 12 del CEDH se derive un derecho al divorcio.

En definitiva, en esta etapa el Tribunal se inclina en aplicar el principio de subsidiariedad otorgando a los Estados un amplio margen de apreciación y, paralelamente, va desarrollando la doctrina de la interpretación evolutiva al considerar el Convenio como instrumento vivo.

Por último, y para concluir con el análisis de este periodo, cabe mencionar que en 1986 y 1988 entraron en vigor el Protocolo núm. 6, sobre la abolición de la pena de muerte salvo en caso de guerra o de inminente guerra y el Protocolo núm. 7, que refuerza los derechos procesales y familiares, garantizando el derecho a apelación en condenas penales, la compensación por errores judiciales, la prohibición de doble enjuiciamiento, la igualdad de derechos entre cónyuges y protección contra la expulsión arbitraria de extranjeros.

5. El «nuevo Tribunal» y el desarrollo de la doctrina de la interpretación evolutiva (2000-2009)

Este periodo coincide con la importante reforma introducida por el Protocolo núm. 11, que entró en vigor en 1998, y que vino a consolidar la dimensión del Convenio como instrumento de protección de derechos individuales⁶³. Esta reforma fue de carácter eminentemente procesal y orgánico, por lo que no afectó al contenido substancial de los derechos. Los motivos de la reforma fueron variados: la caída del régimen soviético, la incorporación de nuevos Estados al Convenio (47 en esos momentos), el crecimiento de las demandas ante la Comisión (de las 404 demandas registradas por la Comisión el año 1981, se pasó a más de 18.000 en 1993)⁶⁴, la capacidad casi judicial del

⁶² STEDH, *Caso Johnston y otros contra Irlanda*, de 18 diciembre de 1986, par. 53.

⁶³ Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos», *cit.*, p. 116.

⁶⁴ Cfr. BATES, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, *cit.*, appendix 4.

Comité de Ministros y la necesidad de mayor protagonismo de los recurrentes individuales⁶⁵.

El Protocolo núm. 11 supuso fundamentalmente la supresión del filtro de la Comisión mediante: *a)* la sustitución de la Comisión y el Tribunal por un nuevo Tribunal permanente, integrado por jueces a tiempo completo, que asumió las funciones de ambos órganos, y *b)* el reconocimiento del derecho de acceso directo de los recurrentes. Se puede afirmar que el mayor logro de esta reforma fue precisamente esta cuestión de la legitimación activa o *ius standi* del demandante individual⁶⁶, ya que reconocía el derecho de acceso al TEDH y la capacidad para demandar a toda persona individual, organización no gubernamental o grupo de personas, que se pudiera considerar víctima de una violación —sea por acción u omisión— de uno de los Estados miembros.

Desde un punto de vista jurisprudencial, durante estos años el Tribunal desarrolló en gran medida los principios establecidos en la década de los setenta: el principio de efectividad de los derechos, el entendimiento del Convenio como instrumento vivo o la aplicación del concepto de obligaciones positivas⁶⁷. Otra consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 fue que la tensión entre la doctrina del margen de apreciación nacional y la interpretación evolutiva comenzó a inclinarse en favor de esta última⁶⁸.

Esta tendencia hacia la interpretación evolutiva de los derechos contenidos en el Convenio se ve reflejada especialmente en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en donde el Tribunal fue integrando en la protección del mismo, aspectos como la identidad y la actividad sexual, el deseo de tener un hijo o la interrupción del embarazo. Volveremos sobre muchos de estos asuntos más adelante, ya que tienen especial relevancia para el objeto de este trabajo, pero, para completar esta visión general de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, conviene referirse a ellos, aunque sea de manera sintética.

⁶⁵ Para QUERALT JIMÉNEZ el motivo principal de la reforma fue «instaurar una verdadera jurisdicción internacional independiente y accesible al individuo» (en QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 127).

⁶⁶ Cfr. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, cit., pp. 74 y 75.

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos», cit., p. 119.

⁶⁸ Cfr. LETSAS, G., «The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy», en Andrea Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 115.

Así, el *Caso Goodwin contra Reino Unido*⁶⁹ supuso un importante giro en la jurisprudencia de Estrasburgo⁷⁰. La sentencia aprecia que la falta de reconocimiento jurídico de la conversión sexual suponía una violación del artículo 8 y reconoce el derecho al matrimonio de los transexuales. Hasta entonces la solución de estos asuntos se dejaba a la discrecionalidad nacional mediante la aplicación del margen de apreciación. También, en el *Caso I. contra Reino Unido*⁷¹, se resolvió que la negativa del Gobierno a cambiar el registro de nacimiento implicaba una vulneración del artículo 8 del Convenio. Posteriormente, en los *Casos L. contra Lituania*⁷² y *Van Kück contra Alemania*⁷³, el Tribunal de Estrasburgo declaró que el Estado no puede retrasar *sine die* los desarrollos legislativos necesarios para hacer efectivo el cambio de sexo, y consideró contraria al Convenio la negativa de las autoridades alemanas a reembolsar los gastos médicos que se ocasionaban. Otras resoluciones relativas a los derechos de los transexuales son el *Caso Grant contra Reino Unido*⁷⁴, en el que se entendió que vulneraba el artículo 8 denegar a un transexual, por haber nacido varón, la pensión de jubilación a la edad establecida para las mujeres; y el *Caso Schlumpf contra Suiza*⁷⁵, en el que se condenó al Estado demandado por el rechazo del Tribunal Federal de Seguros suizo a una solicitud de reembolso del importe de una operación de cambio de sexo por no haber transcurrido un período de dos años que permitiera realizar un diagnóstico de verdadero transexualismo.

Otra interpretación expansiva del artículo 8 la encontramos en el *Caso Dickson contra Reino Unido*, en donde se resolvió la demanda interpuesta por un hombre, que estaba en prisión por un delito de asesinato, y su mujer, en libertad, frente a la negativa de las autoridades penitenciarias a autorizar el acceso a la inseminación artificial. La demanda fue inicialmente desestimada en resolución de 18 de abril de 2006⁷⁶, pero fue revocada por la Gran Sala mediante sentencia de 4 de diciembre de 2007⁷⁷ en la que sí se apreció violación del artículo 8. Esta última resolución, no exenta de polémica, contó con

⁶⁹ STEDH, *Caso Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 julio de 2002.

⁷⁰ STEDH, *Caso Rees contra Reino Unido*, de 17 octubre de 1986; STEDH, *Caso Cossey contra Reino Unido*, de 27 septiembre de 1990 y STEDH, *Caso Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, de 30 julio de 1998, *cit.*

⁷¹ STEDH, *Caso I. contra Reino Unido*, de 11 julio de 2002.

⁷² STEDH, *Caso L. contra Lituania*, de 11 septiembre de 2007.

⁷³ STEDH, *Caso Van Kück contra Alemania*, de 12 junio de 2003.

⁷⁴ STEDH, *Caso Grant contra Reino Unido*, de 23 mayo de 2006.

⁷⁵ STEDH, *Caso Schlumpf contra Suiza*, de 8 enero de 2009.

⁷⁶ STEDH, *Caso Dickson contra Reino Unido*, de 18 abril de 2006.

⁷⁷ STEDH, *Caso Dickson contra Reino Unido*, de 4 diciembre de 2007.