

# La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos\*

---

Javier García Roca

SUMARIO: I. De la protección internacional al instrumento constitucional del orden público europeo. La teoría de la triple naturaleza jurídica del Convenio. II. La interpretación tópica y una propuesta de sistematización doctrinal según criterios de interpretación constitucional. III. El Convenio Europeo y la Convención Interamericana de Derechos Humanos: ¿es posible una globalización del lenguaje de los derechos? IV. Conclusiones.

## I. DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL AL INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO. LA TEORÍA DE LA TRIPLE NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO

El 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, es bastante más que un simple tratado sobre derechos, como a primera vista parece y aunque esa sea su génesis, constituye un *"instrumento constitucional del orden público europeo"*. Tal comprensión del parámetro que dirige su actuación por su

---

\* Cfr: la amplia obra colectiva de reciente aparición GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coordinadores), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, comentario sistemático a los derechos del Convenio. Una parte de lo que digo aquí arranca de mi estudio introductorio y del análisis que hice al preámbulo. El texto fue presentado como ponencia en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en Arequipa (Perú).

propio destinatario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH o el Tribunal), resulta previa a la interpretación de las normas reconocedoras de cada uno los concretos derechos y configura un singular basamento hermenéutico. Especialmente útil dado que el lenguaje de los derechos es un *case law* o Derecho del caso en el que se hace difícil una interpretación sistemática.

El Convenio Europeo tiene la *forma* de una declaración internacional de derechos, su cuerpo es el de un tratado, pero se proyecta sobre una *materia* típicamente constitucional cual es una declaración de derechos humanos.

El “sistema del Convenio” está basado sustancialmente en el acceso individual y directo de las víctimas mediante demandas, desde la reforma operada por el Protocolo 11 en 1998, y su enjuiciamiento en sentencias dictadas por un Tribunal integrado por un magistrado de cada uno de los Estados (solamente se han presentado una docena de demandas por asuntos entre Estados ex art. 33 CEDH). Desde los inicios, el sistema ha ido creciendo hasta suponer actualmente una garantía para un colectivo de ochocientos millones de personas que habitan los cuarenta y cinco Estados miembros del Consejo de Europa. Varios de los Estados signatarios no pertenecen en todo o en parte al continente europeo —Rusia o Turquía incluidas— y abarca algunas Repúblicas islámicas —como la propia Turquía o Azerbaiyán— lo que ha permitido considerar al Consejo de Europa como un club o una *escuela de democracias*.<sup>1</sup> Europa no es susceptible de comprensión sólo desde una delimitación geográfica o territorial sino también desde una civilización que ha dado al mundo una tradición ilustrada, crítica y tolerante de pensamiento, fundada en la razón, la libertad y la confianza en el individuo que constituye la cultura misma del constitucionalismo y de la cual el lenguaje de los derechos forma parte esencial. Una civilización euroatlántica que es también, junto a otras matrices, la de Iberoamérica. Ha habido, claro está otra Europa, pero ya no interesa.

El rápido crecimiento (38.435 recursos en 2003) corrobora el éxito del sistema, pero pone en riesgo la misma eficiencia de su funcionamiento al haber ocasionado unas serias y estructurales dilaciones indebidas que una nueva reforma procesal (el Protocolo 14 aún no ratificado por muchos Estados) intenta paliar.

La situación, a caballo entre una protección internacional judicializada y una garantía constitucional, estimo obliga a una adecuada y sutil fusión de las categorías y herramientas propias del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional dentro de un único Derecho Público. Una aproximación metodológica sumamente atractiva por lo que tiene de innovadora.

De la simple lectura del texto del Preámbulo del Convenio se desprenden mu-

---

<sup>1</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003, p. 14.

chas cosas de sustancial importancia. La voluntad de los Estados miembros del Consejo de Europa de construir, poco después de la Declaración Universal, un sistema regional europeo de protección de los derechos humanos que, amén de proceder a su reconocimiento normativo, reforzara su “garantía colectiva” y efectividad real. El deseo de que el desarrollo de esos derechos fuera no sólo un “fin” en sí mismo sino un “medio” que contribuyera a “realizar una unión más estrecha” de los europeos.<sup>2</sup> Un objetivo, la integración europea a través del Convenio, que es vehículo de una misma concepción de los derechos, que a menudo se olvida y que debe abrazarse en permanente tensión dialéctica con la lógica de la subsidiariedad y del “margen de apreciación nacional”, propia de cualquier protección internacional. Un margen al que el Tribunal a menudo recurre y es el resultado de la tremenda diversidad de los numerosos Estados que integran el Consejo de Europa. No sólo la Unión Europea vale a efectos de la integración constitucional. La garantía internacional de los derechos humanos entraña una muy seria relativización externa de la soberanía estatal, quizá la más importante.<sup>3</sup> El Preámbulo asimismo recuerda el sólido basamento que para la fundamentalidad de los derechos humanos entraña ser concreción de valores como la justicia y la paz y asentarse sobre el principio democrático, o la existencia de una herencia común de tradiciones culturales y constitucionales en el lenguaje de los derechos y libertades. De entre las cuales sobresale lo que llamamos “preeminencia del derecho”, “Imperio de la Ley” o “Estado de Derecho”.

Las diferencias constitucionales entre el Convenio y los demás tratados internacionales pronto comenzaron a evidenciarse en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En el *Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, el Gobierno británico no discutía ciertas infracciones del art. 3 CEDH ni tampoco la competencia del TEDH para conocer de la demanda, pero se apoyaba en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia para defender que la Corte debía declinar su competencia, porque ya se había conseguido la finalidad de la demanda y, en consecuencia, carecía de utilidad alguna que se resolviera judicialmente sobre el fondo una vez que el Gobierno demandado ya había reconocido las violaciones, tras el informe de la Comisión, y se había comprometido a erradicar ciertas “técni-

<sup>2</sup> Y parece aquí patente el guiño intelectual de complicidad que connota la expresión “the achievement of greater unity between its members” del Convenio respecto de la conocida cláusula del Preámbulo de la Constitución estadounidense “to form a more perfect Union”. También el Preámbulo del nuevo tratado constitucional para Europa considera que los pueblos de Europa están decididos a estar “cada vez más estrechamente unidos” y “forjar un destino común”.

<sup>3</sup> Sobre el Convenio Europeo como “fuerza generadora de un espacio europeo —porque integra y se integra— de derechos y libertades”, puede verse ÁLVAREZ-OSORIO, Fernando, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos” publicación electrónica en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

cas” constitutivas de malos tratos prohibidos por el Convenio, impidiendo su repetición. Sin embargo, el TEDH sostuvo con buen criterio que “sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como Partes contratantes (art. 19)” (§ 154); 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 protección efectiva (*collective enforcement*)” (§ 239).

Esta expansiva fuerza argumental de las decisiones del TEDH se traduce en una dimensión objetiva que es inherente a los litigios sobre derechos, sobrepasa su dimensión subjetiva o individual y produce una “cosa interpretada”. Una eficacia distinta de la “cosa juzgada” (artículos 42 y 44 CEDH),<sup>4</sup> que las aproxima, pero sin llegar a confundirlas, a las sentencias de un verdadero Tribunal Constitucional y a las labores objetivas (*supra partes* y *erga omnes*) propias de la *interpretación constitucional*.<sup>5</sup> En definitiva, a la misma idea, habitual en el Derecho Procesal Constitucional, de “vinculación” de todos los poderes públicos a sus sentencias, aunque dicha “protección efectiva” no llegue a alcanzarla en su intensidad y lógica procesales.

En efecto, el TEDH —estimo— dista de ser un *Tribunal Constitucional*<sup>6</sup> desde una perspectiva procesal rigurosa a causa de los efectos jurídicos de sus senten-

<sup>4</sup> Véase SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 143.

<sup>5</sup> La bibliografía comparada sobre interpretación constitucional es inabarcable únicamente haré un tiento bastante arbitrario. Es útil la idea de “*Constitucional adjudication*” como método para gobernar los derechos revisando decisiones y, a un tiempo, resolviendo conflictos y regulando el futuro; véase WELLINGTON, Harry H., *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the process of adjudication*, Yale University Press, 1990. De una pasmosa claridad sistemática es RIBEIRO BASTOS, Celso, *Hermenéutica e interpretação constitucional*, Sao Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. Mucha información sobre la interpretación, pero escasa construcción, puede verse en ALONSO, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Sobre la historia de la *Supreme Court*, WOLFE, Christofer, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991. CANOSA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. BALAGUER, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

<sup>6</sup> Pueden verse la polémica, entre otros, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, “Towards a European Constitutional Court?”, en *Revue de Droit International*, n° 2, 1995, pp. 71 y ss.; FLAUS, Jean Francois, “La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une Cour constitutionnelle?” en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 36, 1998, pp. 711 y ss.; y en SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura...*, *op. cit.*, p. 144.

cias.<sup>7</sup> La Corte de Estrasburgo no posee el enorme arsenal de herramientas propias de una jurisdicción constitucional. No puede declarar la nulidad de una ley en sus diversas fórmulas (constitutiva, retroactiva, prospectiva) ni la de un reglamento o un acto administrativo ni la de una sentencia de cualquier órgano judicial incluido el encargado de la casación. Ni tampoco indicar medidas de restablecimiento del derecho en su integridad y de reparación del daño causado. Ni retrotraer procedimientos administrativos o judiciales al momento en que la lesión del derecho se produjo y puede ser reparado. La efectividad de sus sentencias se limita a estimar o desestimar la violación y fijar en su caso una compensación (art. 41 CEDH) que trate de paliar —de forma necesariamente imperfecta— el daño derivado de la imposibilidad de reponer al justiciable en la situación previa a la lesión declarada. Si bien el art. 46 CEDH impone a los Estados el deber de dar cumplimiento y acatar las sentencias definitivas del Tribunal, pero no se dice cómo, y la efectiva eliminación de la vulneración queda en las manos de los Estados y puede acometerse por muy diversos medios.<sup>8</sup> No es pues muy riguroso hablar de una jurisdicción constitucional transnacional.

Bien es verdad que, desde la óptica de la labor de interpretación de los derechos, la similitud entre la Corte y un Tribunal Constitucional es grande, pues se trata también de una *interpretación constitucional* puesto que se decantan valores y pautas sociales o culturales, cambiantes y dinámicas, se ponderan derechos en conflicto a través de un muy discrecional juicio de proporcionalidad, se concretan cláusulas normativas muy abiertas en el Convenio mediante supuestos de hecho y concretos litigios, y, en definitiva, se construyen subnormas que quedan adheridas a las disposiciones del Convenio. Una interpretación constitucional constructiva de los derechos.

Sin embargo, es cierto también que el TEDH no es tampoco 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 con este principio al admitir, en el entonces art. 25.1, el acceso de los individuos y de los grupos a los que se vio-

<sup>7</sup> Para corroborar este aserto desde la perspectiva procesal constitucional puede consultarse la importante obra colectiva VVAA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, REQUEJO, Juan Luis (coordinador), Madrid, BOE, 2001.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *op. cit.*, p. 83, concluye que las sentencias del TEDH son “legally binding but never executory”. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura...*, *op. cit.*, p. 137, habla de la naturaleza “self-executing” del Convenio de Roma. Puede verse RUIZ MIGUEL, Carlos, *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.

laran ciertos derechos y sentar una jurisdicción obligatoria,<sup>9</sup> 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 (art. 13 CEDH) en caso de lesión.<sup>10</sup> Y, más de cincuenta años, después puede decirse que es el sistema más plenamente jurisdiccional de naturaleza internacional.<sup>11</sup> El tratamiento de los derechos humanos por el Derecho Internacional es una novedad de la segunda mitad del siglo XX, hasta entonces se entendía que la idea de soberanía le impedía adentrarse en los ordenamientos nacionales,<sup>12</sup> la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 rompe con esa inercia y de ella emanan los posteriores sistemas jurisdiccionales regionales tanto el europeo como el interamericano.

Cabe, en consecuencia, pensar que la Corte de Estrasburgo está en algún lugar en el camino entre un Tribunal Internacional, definición que no explica todos sus rasgos, y el Tribunal Constitucional que no llega a ser, pues no existe un Estado ni una Constitución ni un pueblo europeos, aunque la Corte sirva a la integración democrática de los europeos mediante la creación de un mismo lenguaje de los derechos. Pero, del mismo modo, debe concluirse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es sólo un tratado internacional más, aunque tenga el cuerpo que le da esa fuente del Derecho, sino que tiene el espíritu de una declaración constitucional de derechos y una función integradora típicamente constitucional.

Desarrollaré este aserto. El Convenio Europeo no es sólo un tratado más en virtud de varios ingredientes. Su inserción en una organización como es el Consejo de Europa, que, de un lado, parece darle en parte un carácter supranacional antes que internacional y, de otro, ofrece un conjunto de instituciones y de medios para impulsar los derechos aparte de su garantía jurisdiccional. La labor de las instituciones no judiciales del Consejo de Europa ha sido decisiva en cuestiones como la erradicación de la pena de muerte, la transición a la democracia en Turquía y la política de “tolerancia cero” en las lesiones de derechos, o el soporte técnico en la organización de los nuevos Tribunales Constitucionales y de la legislación en la Euro-

<sup>9</sup> Véase para este aspecto FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>10</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>11</sup> *Vid.* QUERALT, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales (primeras experiencias y perspectivas de la aplicación del Protocolo nº 11 al CEDH)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 31. El sistema interamericano de derechos humanos posee una Comisión de carácter administrativo con una multiplicidad de funciones.

<sup>12</sup> *Vid.* SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos” en *Foro Constitucional Iberoamericano*, nº 7, 2004, revista electrónica. *In extenso*, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.

pa del Este. Si bien —a juicio de algunos autores— parece que debería seguir hablándose de una jurisdicción internacional en sentido estricto y no supranacional, al no existir cesiones de soberanía a favor del TEDH.<sup>13</sup> No estoy muy seguro de la bondad del argumento, pues los derechos son un serio límite a la soberanía interna y externa. Pero, sobre todo, y aunque parezca contradictorio con la afirmación primera, por su aplicación judicial, es decir, el reconocimiento por los Estados signatarios de una jurisdicción obligatoria en materia de ciertos derechos humanos, y a instancias de los particulares, y no sólo de los propios Estados. Y con mayor razón desde el acceso directo de los justiciables que el Protocolo 11 impuso con su entrada en vigor en 1998. La garantía judicial del Convenio acaba por hacer de la doctrina jurisprudencial emanada de él una importante fuente del Derecho.<sup>14</sup>

También es así por la muy específica naturaleza de su objeto, que es materialmente constitucional, aunque no lo sea desde la perspectiva formal del rango, de la jerarquía y rigidez constitucionales. En el viejo debate sobre el concepto formal o material de Constitución y el contenido de las Constituciones, nadie deja ya de incluir las declaraciones de derechos. Y 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.

Desde esta perspectiva, se comprende la afirmación del Tribunal de Estrasburgo quien suele referirse al Convenio como “*a constitutional instrument of european public order*”.<sup>15</sup> Una concepción que reposa en los objetivos y fines del Convenio señalados en su Preámbulo. Y que —estimo— lleva a reforzar un entendimiento e interpretación *more Constitutionis* que no es el típico de los tratados internacionales.

Entre otros litigios, en el *Caso Loizidou contra Turquía*, de 23 de marzo de 1995, el Gobierno turco demandado adujo la posibilidad de adoptar restricciones sustantivas y territoriales de los derechos mediante cláusulas opcionales, “regímenes separados de garantía de las obligaciones del Convenio”, y 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). Y se señaló que el Tribunal debe tener en cuenta esta especial naturaleza del Convenio, como tal instrumento constitucional para la protección de los individuos, y su finalidad que, según queda establecida en el art. 19, no es otra que asegurar el respeto de los compromisos que resultan para los Estados (§ 96).

<sup>13</sup> *In extenso* QUERALT, Argelia, *op. cit.*, p. 33, sobre el orden público europeo, pp. 68 y ss.

<sup>14</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura...*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>15</sup> Puede verse GARCÍA JIMÉNEZ, M<sup>a</sup> Encarna, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, epígrafe “El Convenio y el orden público europeo”, pp. 33 y ss.

Mucho antes, en el *Caso del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 9 de febrero de 1967, incluso se fue más allá. El TEDH rechazó una excepción preliminar opuesta por el Gobierno demandado, quien se oponía a que se entrara en el fondo del asunto, y mantuvo que la finalidad del Convenio es la *protección efectiva de los derechos humanos*, y no la creación de obligaciones recíprocas entre las partes, y que la función del Tribunal radica en la interpretación del Convenio y sus Protocolos, fijando ciertas normas internacionales que los Estados deben respetar respecto de las personas bajo su jurisdicción.

Ambos casos son buenos ejemplos de una interpretación constitucional de los derechos en los que, tras una concreta ponderación, se hace una interpretación, abstracta y general, dotada de eficacia *erga omnes* de un sistema de normas reconocedoras de unos derechos.

El Convenio Europeo es además un *tratado sui generis*,<sup>16</sup> pues informa y articula las relaciones entre una pluralidad de ordenamientos que comunica transversalmente: aquellos de la larga cuarentena de Estados signatarios, y el de la Unión Europea. Unos ordenamientos independientes, pero que sostienen entre sí relaciones de distinto tipo, incluidas las de integración. Veámoslo.

a) Desde la perspectiva interna, la *relación entre los ordenamientos de los Estados y el Consejo de Europa* en materia de violaciones de derechos fundamentales se advierte bien, v.gr., en los casos que ilustran, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional español siguientes: las SSTC 7/2004, de 9 de febrero, y 249/2000, de 30 de octubre. En la primeramente citada, los recurrentes en amparo invocaban en la demanda, junto a preceptos constitucionales, ciertos artículos del Convenio Europeo y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal reiteró la doctrina elaborada en la citada STC 249/2000 (F.J.2º) y previamente en la STC 120/1990, de 27 de junio, según la cual no corresponde al objeto del recurso de amparo examinar la observancia *per se* de los textos internacionales que obliguen a España, sino únicamente de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales susceptibles de amparo, sin perjuicio de que, por mandato del art. 10. 2 CE, deban tales preceptos ser “interpretados de conformidad” con dichos textos internacionales.

Estimo pues que cabe concluir que el Convenio Europeo cierra e integra los espacios abiertos en las normas constitucionales reconocedoras de derechos: una *interpretación de la Constitución conforme al Convenio* resulta obligada y es la única constitucionalmente adecuada. Esta situación procede directamente de la propia naturaleza

<sup>16</sup> Vid. DRZEMCZEWSKY, M., “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.

de un tratado sobre derechos. Pero, en general, deriva primero del valor simultáneo de los tratados en el Derecho internacional y en el interno: una especie de 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 multilateral.<sup>17</sup> Más, en España, este valor se apoya en una tercera razón: las previsiones constitucionales expresas del art. 10. 2 CE. Una acertada cláusula constitucional de apertura al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos que manda interpretar los derechos que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados en esa materia.

No obstante, la *posición del Convenio* en los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros admite diversas soluciones. En la práctica totalidad de los Estados, salvo unos pocos, ha pasado a formar parte del Derecho interno.<sup>18</sup> Su posición parece ser entonces equiparable a la ley, la misma fuerza y rango de ley que los demás tratados, porque no suele otorgársele valor constitucional. Como excepción a la opción generalizada, en Austria y Holanda (y más matizadamente en Suiza donde vincula al legislador de la Federación y de los Cantones y cabe recurso de queja)<sup>19</sup> el Convenio tiene valor constitucional. Pero ya se ha expuesto que esta perspectiva estática de las fuentes del Derecho no permite comprender el verdadero valor del Convenio y, sobre todo, de la doctrina jurisprudencial que sobre él se dicta. Los derechos de las Constituciones de los Estados signatarios deben interpretarse, siempre que sea constitucionalmente posible, en la forma prevista en el Convenio.<sup>20</sup> Es menester, una dinámica interpretación constitucional *secundum Conventionem*.

Por otro lado, la protección que el Convenio Europeo dispensa, en cuanto protección internacional y subsidiaria, suele ser en la mayoría de los derechos que reconoce una *protección de mínimos* (lo que contribuye a resolver el problema anterior), que suele normalmente ser desplazada por una protección constitucional e interna más intensa. El Convenio puede ser un instrumento constitucional, pero no es una Constitución. Insistiré en que el propio Convenio permite su desplazamiento, en una norma típica de tratados, por cualquier otra declaración de un Estado contra-

<sup>17</sup> Puede verse, entre otros muchos, MARINO, Fernando M., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Madrid, Trotta, 1993, Parte II, en especial, pp. 231 y 239.

<sup>18</sup> Vid. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura...*, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales" en VVAA, *Manual de Derecho Constitucional*, BENDA y Otros (coordinadores), Madrid, Marcial Pons-IVAP, 1996, p. 89, hay edición posterior.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, HESSE, Konrad, *ibidem*, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

tante u otro Convenio internacional que ofrezca una protección mayor, cuando dice (art. 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. Curiosamente, hay excepciones a esa regla general para algunos pocos derechos donde su configuración jurisprudencial por el TEDH 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 art. 8 CEDH. Unas excepciones que probablemente no fueran sospechadas en los trabajos preliminares por los autores del Convenio.

b) Desde la perspectiva de la *Unión Europea*, la privilegiada posición del Convenio Europeo también en el ordenamiento comunitario, incluso antes de la aprobación del nuevo tratado constitucional, se advierte bien, entre otras muchas, en la *Sentencia del Tribunal de Justicia*, de 7 de enero de 2004, *caso K. B. contra la Agencia del servicio nacional de pensiones del Reino Unido*. Una posición que de nuevo le aleja del *status* de un tratado internacional cualquiera. Un tribunal de apelación planteó una cuestión prejudicial respecto del art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y de una directiva del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos. La citada agencia y la correspondiente Secretaría de Estado denegaron la concesión de una pensión de viudedad a un compañero transexual (de mujer a hombre) que convivía *more uxorio* con una mujer. K. B. y R. ambos, en contra de su voluntad, no pudieron contraer matrimonio, porque el transexual no pudo modificar su partida de nacimiento tras el cambio de sexo, y fue esta ausencia de matrimonio lo que justificó el rechazo de la administración.

El TJ en su motivación admite que la definición del matrimonio es una cuestión que compete a los Estados miembros (§ 24), pero advierte igualmente que el TEDH ha declarado que la imposibilidad (§ 33) de que un transexual contraiga matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación de cambio de sexo constituye una violación del art. 12 CEDH tras el cambio de jurisprudencia sobrevenido en las relevantes sentencias de los *Casos I.c. y Christine Goodwin contra el Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. De todo ello el Tribunal de Justicia de Luxemburgo concluye, y lo lleva a la parte dispositiva de la sentencia, que “el art. 141 TCE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo” e “incumbe al juez nacional comprobar si una persona en la situación de K. B. puede invocar el art. 141 TCE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia”.

En este litigio, al igual que en otros, parece que ha acabado por actuar, de forma indirecta o refleja, *el Tribunal de Justicia como garante de la jurisprudencia del TEDH*,

impidiendo de forma muy cabal las contradicciones entre los ordenamientos de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

El nuevo tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa, pendiente de ratificar en muchos Estados y lamentablemente hoy paralizado y de incierta suerte, fortalece este entendimiento y lo positiva en normas toda vez que el art. I-9 dice que la Unión se adherirá al CEDH (apartado 2º) y 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; un aserto que estaba ya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en el viejo art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea. También el Preámbulo a la Parte II o Carta de Derechos Fundamentales de la Unión reafirma el respeto a dicho Convenio, al tiempo que el art. II-112.3 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 esta afirmación no obste a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Ha habido pues una evolución desde el primer momento en la comprensión del Convenio pasando de sus hechuras de tratado internacional a su consideración simultánea como instrumento constitucional del orden público europeo. Un valor que trasciende del alcance habitual de esa fuente. En definitiva, el Convenio Europeo es, además de un “tratado internacional”, una “garantía constitucional”<sup>21</sup> de ciertos derechos por la forma jurisdiccional de su protección, y se convierte también en una garantía comunitaria o una “garantía de la Unión Europea”, de forma indirecta o refleja, en virtud de su recepción en la Constitución Europea. Estas tres dimensiones -tratado, garantía constitucional judicializada y garantía europea-, que son al tiempo vocaciones del Convenio, resultan indisociables, se encuentran en una relación dialéctica, y de ellas se extraen ricas conclusiones sobre la inserción de esta fuente del Derecho en diversos ordenamientos, y a la hora de su comprensión e interpretación.

## II. LA INTERPRETACIÓN TÓPICA Y UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN DOCTRINAL SEGÚN CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Sabido es que el *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 dedica los artículos 31 a 33 a la interpretación de esta fuente y que prescribe en su art. 31 aparta-

<sup>21</sup> En este sentido, ÁLVAREZ-OSORIO, Fernando, *op. cit.*, p. 10. Puede verse sobre este tema, entre otras muchas, la obra colectiva ROLLA, Giancarlo (director), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Turín, 2001.

do 1º que los tratados deben interpretarse de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Una *interpretación sistemática*, fundada en el contexto, *finalista* y atenta a la *literalidad* y estructura normativa del precepto. Esta norma se complementa con la que en el apartado 2º del mismo artículo se enuncia: a tales efectos, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y, en su caso, los anexos, amén de otros extremos. La relevancia hermenéutica del Preámbulo del Convenio Europeo es, pues, indiscutible según el mencionado Convenio de Viena.<sup>22</sup>

Es frecuente el recurso a los cinco apartados del Preámbulo en el *Case Law* del Tribunal de Estrasburgo bien mediante la cita expresa o la alusión a alguno de sus párrafos, o bien a través de argumentaciones que implícitamente se fundan en él. Son tantas las ocasiones como para hacer imposible, o cuando menos estéril, una síntesis. Bastará con recordar algunos ejemplos para ilustrar el uso que del mismo se ha hecho. Estamos, no obstante, ante una interpretación tópica, como corresponde a cualquier Tribunal, que parece requerir de una sistematización doctrinal, aunque simplemente se acometa en este momento el enunciado de algunos principios hermenéuticos. Esta jurisprudencia —estimo— evidencia como se ha ido pasando progresivamente del Derecho Internacional a las reglas de la interpretación constitucional, aunque claro está sin abandonar esa otra dimensión esencial del Convenio Europeo que es indisociable de su misma naturaleza. Un viaje hacia la garantía constitucional cuya última etapa es la Carta de Niza, objeto de una solemne declaración interinstitucional, y cuya fase final sería su incorporación a la Constitución Europea si llegara a entrar en vigor.

Las insuficiencias del Convenio de Viena para los fines que nos ocupan, garantizar derechos fundamentales, se completaron, pues, en parte con el Preámbulo del Convenio Europeo. Un contexto desde donde la Corte ha ido elaborando varios criterios hermenéuticos<sup>23</sup> que, ciertamente, albergan interacciones recíprocas; así los

<sup>22</sup> Véase en este sentido CONSO, Giovanni, “Preambolo” en BARTOLE, S., y otros (coordinadores), *Comentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milán, CEDAM, 2001, pp. 5 y ss., quien hace una adecuada síntesis de la confección del Preámbulo en los trabajos preparatorios del Convenio Europeo, pp. 7-11. 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.

<sup>23</sup> Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *op. cit.*, Capítulo V “La interpretación del Convenio por el TEDH”.

asuntos cuyo enjuiciamiento se lleve a uno de ellos, a menudo, podrían perfectamente analizarse desde otro colindante con resultados análogos. Con todos los principios jurídicos ocurre siempre lo mismo, forman un sistema en el que se entremezclan. En este sentido, a menudo, no será evidente *v.gr.* si se aplica el principio democrático o el de preeminencia del Derecho, extremos que la jurisprudencia europea suele confundir o, al menos, mezclar. El propio tenor literal del Preámbulo, a veces algo reiterativo, lleva a que pueda encontrarse anclaje para la efectividad y garantía de los derechos en los párrafos 3º, 4º y 5º. De ahí una de las ventajas de cualquier propuesta de sistematización que se haga. La selección de los casos que a continuación se narre será inevitablemente muy arbitraria y sucinta, sin ánimo alguno de exhaustividad, y no tiene otro afán que ilustrar el funcionamiento en acción de tales principios. Por último, me limitaré en esta primera aproximación a desarrollar algunos de los principios o *argumentos más consolidados*, tras un largo estudio con un método inductivo de la jurisprudencia, y sin intentar agotar la materia.<sup>24</sup> Lo cual no es del todo cierto, pues el principio más relevante de la interpretación constitucional hecha por el TEDH es el *principio de proporcionalidad*, que se deduce de los apartados 2º de los artículos 8 a 11 del Convenio a la hora de sentar ciertos límites expresos a los derechos, y que se maneja habitualmente de manera muy formalizada y estructural en todas las sentencias como esquema habitual de razonamiento y motivación. Y es frecuentemente usado también por el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.<sup>25</sup> Pero las dimensiones de la doctrina alemana y española —entre otras— sobre este principio impedirían su estudio en estas breves páginas.

<sup>24</sup> Qué duda cabe de que también podría hablarse de una interpretación sistemática de los derechos en las sentencias de la Corte estrasburguesa. En general, véase ITALIA, Vittorio, *L'interpretazione sistematica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milán, 1997. WÜRTENBERGER, Thomas, "Interpretación del Derecho Constitucional (desde una perspectiva realista)" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 6, 2002, pp. 601 y ss., analiza el juicio de ponderación y la apertura de la Constitución, y explica un principio de argumentación sistemática o de concordancia práctica según el cual los derechos y bienes constitucionales en conflicto deben acomodarse los unos a los otros de modo que todos ellos puedan realizarse de manera óptima.

<sup>25</sup> Por todos, debe verse el desproporcionado pero exhaustivo estudio de BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. Un curioso —y confuso— intento de explicación con formulaciones matemática de la proporcionalidad y el margen de ponderación es ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, pp. 13 y ss. Sobre específicamente el Convenio Europeo, véase FASSBENDER, Bardo, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH" en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998, pp. 51 y ss., un número monográfico sobre este principio.

## II.1. ¿PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN FUNCIONAL O MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL?

El párrafo 3º del Preámbulo del Convenio Europeo de 1950 —y obsérvese que se escribió en un contexto internacional de guerra fría y de división de Europa en dos bloques que permitía maximizar y visualizar la perspectiva— recuerda que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una “unión más estrecha entre sus miembros”, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la “protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Se parte, en definitiva, de la idea de que los derechos humanos son parte de la mejor noción de Europa.<sup>26</sup> Previamente el *Estatuto del Consejo de Europa*, de 5 de mayo de 1949, hecho en Londres, había ya dicho lo mismo con rotundas insistencias: que el fin de la institución es crear una organización que lleve a Europa a un asociación más cerrada (preámbulo) y alcanzar un mayor unidad de sus miembros, salvaguardando ideales y principios que son una herencia común (art. 1); que los principios del Estado de Derecho y el disfrute de los derechos fundamentales por cualquier persona dentro de la jurisdicción de sus Estados miembros son aspiraciones legítimas del Consejo (art. 3); que la “seria violación” del art. 3 permite acordar la suspensión de los derechos de representación de un Estado en el Consejo de Ministros (art. 8); etc. El Preámbulo del Convenio Europeo hace, pues, énfasis en la consecución de los objetivos y fines propios del Consejo de Europa, y parece demandar una suerte de interpretación finalista de las normas reconocedoras de derechos: interpretarlas al servicio y la búsqueda de una unión más estrecha.

De acuerdo con lo expuesto, estimo que puede hablarse de un principio de integración, en el sentido, dinámico y conformador de una comunidad política, en el cual Rudolf Smend usó de forma clásica el término,<sup>27</sup> o, lo que es lo mismo, de unidad funcional. Se trata de alcanzar una unión más estrecha de los Estados miembros —una Europa de los derechos—, protegiendo y desarrollando de modo semejante ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que éstas se integran a través de una constante y paulatina —pero inevitablemente matizada y prudente, no voluntarista— jurisprudencia. Una labor promocional, y en este sentido integradora, de la jurisprudencia europea.

Entre otros, Gomes Canotilho ha hablado, al ocuparse del catálogo tipo de los

<sup>26</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>27</sup> Cfr. SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, original en alemán de 1928, donde se describe la integración como proceso fundamental de la dinámica estatal; véase asimismo el epígrafe “contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial, los derechos fundamentales”.

principios de la interpretación constitucional, de un “principio de efecto integrador”.<sup>28</sup> Para este autor, se trataría de un principio asociado al más conocido principio de unidad en una de sus formulaciones más simples: en la resolución de los problemas jurídico constitucionales —afirma—, 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.<sup>29</sup> Se mueve, por tanto, en la órbita de pensamiento jurídico que todavía arranca de Smend.

Algunas de las decisiones que más adelante se comentarán y que el TEDH resuelve manejando distintos principios hermenéuticos, podrían contemplarse perfectamente desde este punto de vista. En otras, la Corte maneja un tipo de razonamiento que —advierto— encuentra acogida también en la lógica principialista que acabamos de exponer. Sea como fuere, la Corte no se ha atrevido a denominar el principio de esta manera ni a enunciarlo de forma expresa, aunque maneje su lógica.

Así, en el *Caso Tyrer contra el Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, cuando el Gobierno demandado adujo que los castigos corporales no repugnaban a la opinión pública británica, la Corte sostuvo —como veremos— 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 del Consejo de Europa. Me parece que el argumento redundaba en una especie de *armonización cultural* que propicia una unión más estrecha de los europeos. La práctica tradicional del castigo corporal en las escuelas británicas podía acaso no repugnar a los habitantes de la Isla de Man, pero molestaba por denigrante a la sensibilidad mayoritaria del resto de los europeos, y, en consecuencia, se identifica y crea un mínimo denominador común.

Más evidente aún es el importante *Caso Soering contra el 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 entonces 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 Europeo y que en unos pocos ya no se practicaba; que el Protocolo 6 postula su abolición y estaba abierto a la firma desde 1983; y concluye que este “consenso europeo” llevaba a entender que, aunque el Reino Unido no había ratificado ese Protocolo, debía producirse

<sup>28</sup> GOMES CANOLTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1987, hay ediciones posteriores, p. 162, se basa a su vez en elaboraciones de la doctrina alemana.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

el efecto de que la pena de muerte *per se* pasara a estar dentro de los tratos prohibidos por el art. 3 CEDH. En este supuesto de hecho, el consenso europeo sobre la exclusión de la pena capital, por inhumana e indigna, modifica, y puede que hasta produzca una mutación, del contenido de un precepto del Convenio, su art. 3.

Sin embargo, la línea mayoritaria de jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no se ha apoyado precisamente en ese principio de integración funcional a través de los derechos, pese a estar expreso en el Estatuto del Consejo de Europa y en el preámbulo del CEDH, sino justamente en el contrario, la controvertida “*doctrina del margen de apreciación nacional*”. Una doctrina que curiosamente no encuentra un anclaje expreso, unas bases legales, ni en el Preámbulo ni en las disposiciones articuladas del Convenio y es una construcción jurisprudencial sobre bases sociológicas o realistas, a la par que propias de un tratado internacional, y qué duda cabe que ciertas, pero harto problemáticas. El Convenio no impone una uniformidad absoluta, y las medidas restrictivas de los derechos —“medidas necesarias en una sociedad democrática”— admisibles en un país, pueden no serlo en otros; el sistema responde a la diversidad europea.<sup>30</sup>

La bibliografía que se ha ocupado de este tema es muy amplia<sup>31</sup> y resultaría imposible acometer ahora un tratamiento profundo y equilibrado de un asunto, siquiera una síntesis, esta labor quedará para una posterior monografía que me encuentro redactando. Valga ahora simplemente un esbozo o planteamiento de este asunto central entre los criterios de decisión de la Corte.

En 1998 pudieron singularizarse más de 700 sentencias y numerosas decisiones de la Comisión en las cuales se aplica esta doctrina.<sup>32</sup> Una herramienta interpretativa que se mueve “en una línea entre lo que es una materia propia de cada comunidad, y en consecuencia debe decidirse a 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”.<sup>33</sup> No falta quien cree que es una doctrina elusiva y de geometría variable (algo así como echar balones fuera en un partido de fútbol...). Y

<sup>30</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>31</sup> Pueden verse entre otros: YOUROV, Howard Charles, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer Law International, 1996; un número monográfico que recoge un debate organizado sobre este tema en *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, n° 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”; GREER, Steven, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Human Rights Files n° 17, 2000.

<sup>32</sup> Véase la nota del editor que precede al citado número monográfico de *Human Rights Law Journal*.

<sup>33</sup> MAHONEY, Paul, “Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism” en *Human Rights Law Journal*, *op. cit.*, p. 1.

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 razonar de forma mucho más matizada entre uno y otro polo.

La justificación racional de esta doctrina parece no ser otra que la disparidad cultural de las diversas comunidades nacionales. Su fundamento jurídico estaría en el *principio de subsidiariedad*, una distribución de poderes que es inherente a la protección internacional y que el Convenio Europeo asume al conceder el primer lugar a los Estados miembros en la garantía de los derechos. El TEDH ha considerado esta subsidiariedad en muchas de sus sentencias, *v.gr.* los muy conocidos *Casos Handyside y Sunday Times*.<sup>34</sup> 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 concreto.<sup>35</sup> La doctrina expresa bien el 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.

Pero, claro está, más que un “derecho” de los Estados demandados a que se les aplique esta doctrina, es un criterio al que la Corte puede acudir, entre otros, para decidir, o mejor para no decidir, el litigio y hacerlo por remisión a la solución adoptada por la autoridad nacional si fue debidamente razonada. Un estándar que, por cierto, emplean también los Tribunales Constitucionales respecto de las decisiones de las autoridades judiciales previas que se ven obligadas a revisar en amparo para garantizar derechos fundamentales y que fundan también en esta lógica de la subsidiariedad.

Por último, el juego de esta doctrina no es el mismo en los distintos derechos. Usando la habitual imagen de tres círculos concéntricos, hay veces que el margen de apreciación nacional que concede la Corte es muy amplio y el control europeo poco intenso como ocurre en el círculo externo (los derechos de propiedad). En el círculo interno y más pequeño, estarían derechos como la vida o los tratos prohibidos por el Convenio donde el control europeo de la necesidad de la medida y de la interferencia suele ser estricto y el margen de apreciación nacional pequeño. Y, en un amplio círculo intermedio situaríamos un amplio número de derechos. Es ahí

<sup>34</sup> SCHOKKENBROEK, Jeroen, “The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights” en *Human Rights Law Journal*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>35</sup> Si las cosas se observan mejor desde dentro o desde fuera, desde Ankara o desde Estrasburgo, configura un habitual debate filosófico clásico, he suscitado esta controversia sobre la perspectiva adecuada en GARCÍA ROCA, Javier, “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*, nº 65, 2002, pp. 295-334.

donde la doctrina científica debe concentrarse en construir criterios más precisos y modernos.

## II.2. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN EFECTIVA

Conforme al contenido de este principio de protección colectiva y enjuiciamiento efectivo de los derechos (*collective enforcement*) —dice la Corte—, se protegen o garantizan derechos, no teóricos e ilusorios, sino concretos y efectivos. Ya se ha dicho que este principio de creación jurisprudencial encuentra anclaje en distintas frases de los párrafos 3º, 4º y 5º del Preámbulo del Convenio.

En buena teoría de los derechos, es manifiesta la conveniencia de acometer una *interpretación antiformalista*, en general de los derechos fundamentales,<sup>36</sup> y, en particular, en los protegidos por el Convenio. Es menester proceder con una lógica material o realista, y no formal o rigorista, ni siquiera estricta. Unas garantías con una textura tan abierta como son los derechos, en los que los supuestos de hecho —el caso— se introducen en la norma reconocedora, y en los que las amenazas de lesión son tan amplias no permiten contentarse con un entendimiento más tradicional, literal o rituario, si realmente se pretende asegurar su cumplimiento. La efectividad de los derechos es parte de la normatividad misma de las declaraciones que las reconocen<sup>37</sup> y sin lugar a dudas de su eficacia.

En este sentido, puede subrayarse el *Caso Artico 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 allí que el fin del Convenio consiste en “*proteger derechos no teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos*”, como resalta el párrafo 3º del Preámbulo inspirado en este punto por la Declaración Universal. Esto es patente en los derechos de defensa por el papel prominente que juegan en una sociedad democrática. El mero “nombramiento” de un Abogado —se dijo— no satisface las exigencias de una “asistencia” gratuita y efectiva ex art. 6.3.c) CEDH (§33).

Con mayor razón respecto del derecho a la vida por la naturaleza esencial de su objeto. El *Caso McCann contra el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995, dio ocasión de efectuar una sensata lectura guiada igualmente 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,

<sup>36</sup> En otro contexto, pero en defensa de esta misma perspectiva en la materia, MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, “Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional” en *Revista de Derecho Político*, nº 16, 1982-83, pp. 39 y ss.

<sup>37</sup> Puede verse, entre otros, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, epígrafe “La realización de los derechos y las garantías constitucionales para su efectivo ejercicio”, pp. 78 y ss.

todo lo cual supone una mención implícita del Preámbulo aunque no sea explícita (§146). Unos miembros del IRA fueron muertos por soldados en Gibraltar. Los actores alegaban que la muerte de McCann y otros por las fuerzas de seguridad constituía una lesión del art. 2 CEDH. La Corte recuerda que las excepciones sentadas en el apartado 2º de ese artículo, en las que se considera que la muerte no infringe la garantía del derecho a la vida, arrancan del hecho de que el uso de la fuerza deba ser absolutamente necesaria para los propósitos allí enunciados (detener a una persona, en defensa de una agresión ilegítima, reprimir una revuelta) y esto demanda “*a stricter and more compelling test of necessity*” (§149): “un estricto y convincente juicio de necesidad”.

En este asunto, el *principio de efectividad del derecho* lleva a la Corte a construir una regla, adherida al apartado 2º del art. 2 CEDH, según la cual el enjuiciamiento de la *necesidad de la medida* en una sociedad democrática, de la interferencia posible en el derecho a la vida, como subprincipio derivado del juicio de proporcionalidad, demanda un control muy estricto y convincente.

Semejante es el *Caso Aktas contra Turquía*, de 24 de abril de 2003. El Tribunal es sensible al argumento de que, dado el papel subsidiario del Convenio, no debe adoptar el rol de un tribunal de primera instancia. Pero se establece que, por la naturaleza de los derechos reconocidos en los artículos 2 y 3 CEDH, el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes, unos derechos absolutos, muy ligados a la dignidad de la persona, debe procederse a un *escrutinio particularmente minucioso*, incluso, aunque se acredite que ya han tenido lugar procedimientos e investigaciones en el orden interno (§ 271). Las restricciones admisibles a estas libertades deben ser, por su misma naturaleza, muy limitadas.

Puede no ser ocioso recordar, que en otros derechos menos ligados a la dignidad de la persona —*v.gr.* los derechos de propiedad— ese juicio sobre la necesidad de la medida y la efectividad del derecho debe hacerse mediante un *escrutinio más laxo* o menos intenso. Pero incluso en el ámbito de esos derechos de propiedad la existencia o no de una ingerencia debe analizarse desde una perspectiva efectiva la realidad de la situación litigiosa. En el *Caso Pasculli contra Italia*, de 17 de mayo de 2005, invocando los precedentes de los *Casos Carbonara y Ventura*, y *Brumarescu*, la Corte usó la idea de “*expropiación indirecta*” según la cual debe considerarse como una privación del bien protegido, amparada por el Convenio, no sólo las expropiaciones formales sino también supuestos en los que, aunque no haya existido un acto de expropiación, cuando se profundiza en el litigio se advierte que los terrenos se han visto seria e irreversiblemente transformados por los trabajos públicos.

En otras oportunidades, de la fundamentalidad y efectividad del derecho fundamental, puede resultar un principio a favor de la elección de aquella interpretación del sentido y alcance del derecho que haga su contenido más práctico y eficaz.

Desde esta lógica, los artículos del Convenio tampoco pueden ser leídos desde su exclusiva y estricta literalidad. Una perspectiva que no suele ser idónea para interpretar los derechos, ya que razonar arguyendo el *favor libertatis* no da respuesta a la incógnita sobre cuál sea el contenido y objeto de esa libertad controvertida, pero que en ocasiones es inevitable.

Así la Corte Europea pronto resolvió que libertad de *asociación* (art. 11.1 CEDH), comprende no sólo la libertad de fundar sindicatos, una vertiente positiva expresamente reconocida en ese artículo, sino que garantiza también frente a la *disolución* arbitraria de los mismos, y lógicamente preserva el libre desarrollo de su actividad, e incluye, en definitiva, la no menos importante *dimensión negativa*: 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 de garantía colectiva y protección efectiva se advierte con facilidad en el *Caso Maaonia contra Francia*, de 5 de octubre de 2000. Se suscita allí la aplicación del art. 6.1 CEDH a los procedimientos de expulsión de extranjeros, algo 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 ese precepto prescribe. Mayoría y minoría de una Gran Sala van a acudir al Preámbulo como elemento de su argumentación. La Corte considera (§ 35 a 40) que es preciso interpretar las disposiciones del Convenio tomando en consideración el conjunto del sistema convencional comprendidos los Protocolos; y recuerda que el art. 1 del Protocolo 7 contiene garantías de procedimiento aplicables a los extranjeros en casos de expulsión, a la par que 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”. Sin embargo, de la lectura combinada de estas disposiciones, se concluye, por mayoría de quince votos contra diez, que el art. 6.1 no se aplica al procedimiento de expulsión mencionado, pues precisamente previendo ciertas garantías específicas en el Protocolo 7 los Estados signatarios están claramente marcando su voluntad de no incluir estos procedimientos en el campo de aplicación del art. 6.1.

No obstante, varios Votos Particulares discrepan del parecer de la mayoría, significativamente, en uno de ellos (Magistrados Loucaides y Traja), se afirma por el contrario que debió interpretarse la expresión “derechos y obligaciones de carácter civil” de la manera más amplia posible, que incluya todos los otros derechos, y que la solución contraria es inconcebible, pues 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” e intenta poner en acción el principio de preeminencia del Derecho.

### II.3. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Según este principio, es menester interpretar, especialmente ciertos derechos, con una lógica y un espíritu destinado a salvaguardar los ideales, valores y libertades de una sociedad democrática. El aserto parece indiscutible en los derechos de participación política y naturaleza democrática en los que se tutela a las minorías y el pluralismo y se sientan las bases para la construcción de la relación representativa.<sup>38</sup> Al cabo la idea procedimental de democracia, donde la protección de los derechos fundamentales de las minorías juega un papel central en el contrapeso tras las elecciones de la subsiguiente regla de la mayoría, se encuentra bastante asentada en Europa desde la obra de Kelsen; últimamente, Habermas insiste en la política deliberativa y en esa concepción procedimental basada igualmente en la deliberación, y la discusión permanentes.<sup>39</sup> Pero acaba por ser no menos cierto en otras libertades y derechos de los que conforman una sociedad abierta y como tal basada en la confianza en el individuo, la tolerancia y el racionalismo crítico.<sup>40</sup>

En el *Caso Kjeldsen, Busk Madsen contra Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, relativo al derecho a la instrucción del art. 2 Protocolo 1 (en adelante, art. 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, un problema de oportunidad política sobre el que un Tribunal en principio no debe pronunciarse, pues las soluciones pueden variar según los países y las épocas. En particular, la segunda frase del art. 2 P1 no impide que el Estado introduzca *contenidos religiosos o filosóficos en los estudios*, pero sí que se persigan fines de adoctrinamiento. Las enseñanzas deben realizarse de manera “objetiva, crítica y pluralista” y respetando las convicciones de los padres. Esta interpretación del art. 2 P1 se concilia con las libertades reconocidas en los artículos 8 a 10 CEDH “y con su espíritu general destinado a

<sup>38</sup> Véase mi comentario al art. 3 Protocolo 1 sobre los derechos de sufragio y participación política en el sistema del Convenio Europeo, “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos” en VVAA, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit.; previamente y en el Derecho español, mi libro *Cargos públicos representativos (Un estudio del art. 23.2 CE)*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

<sup>39</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 3ª edición 2001, original en alemán de 1992, capítulo VII.

<sup>40</sup> Sobre los contenidos de este principio en Derecho Constitucional puede verse GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Dirito Constitucional*, op. cit., “O principio democrático”, pp. 326-402; del mismo autor, *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Madrid, 2003, Capítulo “Teoría de la Constitución y teorías democráticas”.

salvaguardar los ideales y valores de una sociedad democrática”. Una explícita mención del párrafo 5º del Preámbulo.

Es igualmente importante, por la materia de que se ocupa, el *Caso Soering contra el 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 deduce no sólo del art. 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. La tortura —pudo perfectamente haberse dicho— no tiene cabida en las sociedades democráticas por estar asentadas en un profundo respeto a la dignidad de cualquier persona como titular de derechos.

Respecto de los derechos más propiamente de naturaleza democrática y participativa, en el conocido *Caso del Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía*, de 30 de enero de 1998, la Corte afirma que “la democracia representa sin duda alguna un elemento fundamental del orden público europeo” (§ 45), y resalta que los *lazos entre el Convenio y la democracia* arrancan del propio Preámbulo, y recuerda que allí mismo se afirma que los Estados europeos tienen un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas propios de las sociedades democráticas y subyacentes al Convenio. La democracia aparece así como el único modelo político compatible con el Convenio, y 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 asuntos presentan similitudes con este litigio e invocan esa doctrina, entre otros, v.gr. el *Caso Yazar, Karatas, Aksoy y el Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) contra Turquía*, de 9 de abril de 2002, o el *Caso Selim Sadak y otros contra Turquía*, de 11 de junio de 2002. Complementario es el *Caso Matthews contra el Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999, donde se aseveró que el art. 3 del 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 el 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); una hermosa frase que la Corte suele reproducir.

#### II.4. PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO

Cabe deducir del Preámbulo un principio de “preeminencia del Derecho”, “Imperio de la ley” o “Estado de Derecho”. Unas categorías distintas en sus matices y modulaciones según las tradiciones de los diversos ordenamientos. Pero que

son, a estos efectos de garantía de los derechos, análogas o semejantes: “*Préeminence du droit*” dice la versión francesa, “*Rule of Law*” afirma el texto en inglés, al cabo, la arquitectura jurídica del “Estado de Derecho” que es la expresión más afín a la dogmática alemana e italiana, y que recibe el art. 1.1 de la Norma fundamental española y es probablemente la idea más amplia en sus contornos y contenidos.<sup>41</sup> Ambas riberas de un solo 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 esos derechos sin construir un verdadero Estado de Derecho, es decir, sin un conjunto de garantías constitucionales como son la independencia judicial, la reserva de ley, la división de poderes, etc.<sup>42</sup> El Estado de Derecho es un principio de la cultura del liberalismo y por ende del constitucionalismo, que acaba por subsumirse en el Estado constitucional, e incluye ingredientes cuales son: la primacía de la ley, la legalidad de la administración, la división de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, recibiendo actualmente un claro perfeccionamiento de su juridicidad allí donde existe algún tipo de control de constitucionalidad de las leyes como freno a los hipotéticos excesos de las mayorías.<sup>43</sup> Pero es difícil descomponer la fórmula Estado de Derecho en un conjunto de elementos, agotando sus capacidades, pues estimo que gran parte de su virtualidad procede de su consideración conjunta en una síntesis armónica que aspira a imperativos materiales de justicia que los derechos preservan. Parece muy complejo fragmentar en muchas piezas ese rompecabezas y los ejemplos de los casos que citaré ilustran cuanto digo.

El empleo de este criterio es bastante frecuente en la jurisprudencia de Estrasburgo. Es significativo el *Caso Golder contra el Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975. El TEDH invocó (§ 34) el art. 31.2 del Convenio de Viena para defender que el Preámbulo forma “parte integral del contexto”, y reconoció que es “generalmente muy útil para determinar el objeto y finalidad de los instrumentos” a interpretar, rechazando su carácter retórico. Se trajo a colación como fundamento de la decisión el párrafo 5º del Preámbulo relativo a la herencia común de los Gobiernos signatarios de respeto y creencia en el *Rule of Law* o preeminencia del Derecho, con la finalidad de interpretar el art. 6.1 desde ese contexto. Se discutía si el art. 6.1 CEDH,

<sup>41</sup> En la doctrina en lengua española es clásico LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1975, donde se describe su génesis histórica en la doctrina alemana su evolución y la idea de *Rule of Law*.

<sup>42</sup> Véase GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de la división de poderes” en VVAA, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, MORODO, R., y DE VEGA, P. (Directores), UNAM (México)-UCM, tomo II, 2001, pp. 1087 y ss.; también en *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, pp. 41 y ss.

<sup>43</sup> *Vid.* LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.*, pp. 23-24.

que reconoce el derecho a un proceso equitativo, incluye el *derecho de acceso a la justicia*, pese a que no lo menciona expresamente. Frente a la tesis negadora del Gobierno británico demandado, formalista hasta reducir la argumentación al absurdo, el Tribunal admitió la naturaleza ciertamente selectiva del Convenio Europeo, según fue diseñado por sus autores, ya que sólo reconoce “ciertos” derechos y no todos los recogidos en las tradiciones constitucionales. Pero se afirmó que sería inconcebible describir un detallado sistema de *garantías de los justiciables en los procesos*, como se hace dentro del art. 6 CEDH, sin proteger lo que hace posible beneficiarse de estas garantías, que no es otra cosa que el acceso a los Tribunales: “el carácter justo o equitativo, público y otras características del proceso judicial no tendría valor alguno si no existiera proceso judicial” (§ 35). No puede concebirse el *Rule of Law* sin que los justiciables tengan acceso a los Tribunales en asuntos civiles.

El *Caso Klass contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, plantea un problema sobre el alcance de los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, previstos en las leyes y en el contexto de medidas en defensa de la Constitución. El Tribunal se basó en el citado Caso Golder para recordar que el *Rule of Law* es uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, expresamente referido en el Preámbulo, y dedujo de este principio que las interferencias del ejecutivo en los derechos de los individuos requieren de un adecuado, efectivo e independiente *control judicial*, o “*at least in the last resort, judicial*” (§ 55). No obstante, se concluye que el concreto sistema impugnado, pese a no ser judicial sino ante una Comisión, no traspasa los límites del Convenio dada la cualificación de sus miembros (parlamentarios con presencia de las minorías) y otros extremos.

En los dos supuestos de hecho expuestos, el Convenio no contiene una regla de decisión expresa y el Tribunal la construye deduciéndola del principio de preeminencia del Derecho: el acceso a la justicia como consecuencia del derecho a un proceso equitativo, y el control en último extremo judicial —o asimilable— de las interferencias del ejecutivo en las libertades individuales.

Pero donde el TEDH más se esfuerza en precisar el concepto de Estado de Derecho, invocando al propio Rudolf Ihering, es en el *Caso Strelitz, Kessler y Krenz contra Alemania*, de 22 de marzo de 2001, un asunto límite y con cierta semejanza con el juicio de Núremberg.<sup>44</sup> Los recurrentes estaban implicados en graves actuaciones represivas que llevaron a la muerte de personas que trataban de cruzar el muro de Berlín, empero aducían que fueron condenados por delitos que no constituían crímenes en la extinta República Democrática Alemana, y que ello violaba la

<sup>44</sup> Véase ALEXY, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal (la doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín)” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 23, 2000, p. 197 y ss.

*previsibilidad de las conductas* exigida por el principio de legalidad penal del art. 7 CEDH, así como el art. 103.2 de la Ley Fundamental de Bonn que impide la modificación retroactiva de las leyes penales.

La Corte considera (§ 81 a 83) que es legítimo en un Estado de Derecho iniciar procedimientos penales contra personas que cometieron crímenes bajo un régimen político anterior y que los tribunales de un Estado que sucedió a otro tomen el lugar de los que existían previamente, siempre y cuando interpreten las leyes de acuerdo también con los principios de un Estado de Derecho. El Tribunal advierte que estas “prácticas de Estado” infringían de manera flagrante varios derechos humanos, comenzando por el derecho a la vida, y los principios mismos de un sistema legal. Por estas y otras consideraciones se entiende que los actores cometieron ofensas definidas con suficiente accesibilidad y previsibilidad. Puede así sostenerse que eran conductas formalmente legal, pero materialmente antijurídicas.

En *Malone contra el Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, sobre escuchas policiales de conversaciones telefónicas, la Corte reitera (§ 67) su opinión de que la frase del apartado 2 del art. 8 CEDH “prevista por la ley” (*in accordance with the law*) relativa a las interferencias en el secreto de las comunicaciones, no se refiere únicamente a la ley doméstica o interna sino que atiende a la *forma o “calidad” de ley*, que la hace compatible con el *Rule of Law* expresamente mencionado en el párrafo 6° del Preámbulo, pues las normas internas deben ofrecer especial protección contra las vulneraciones arbitrarias de los derechos.

Aquí se usa la idea Estado de Derecho desde la perspectiva formal de las fuentes del Derecho que le son propias y que reclaman la reserva de ley para limitar derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, según hoy ya dice expresamente el art. II-111 del tratado constitucional para Europea, que a la par formaliza el principio de proporcionalidad. Un principio de la interpretación constitucional que muchos autores entienden implícito y otorgan anclaje en la misma cláusula del Estado de Derecho.

#### II.5. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y SOCIOLOGICA: EL CONVENIO ES UN INSTRUMENTO VIVO

El Tribunal Europeo suele afirmar en sus decisiones que el Convenio es “*un instrumento vivo*” que debe ser interpretado “*a la luz de las condiciones de vida actuales*”. En otras ocasiones, dice que deben tenerse en cuenta los “*cambios estructurales mutuamente aceptados*” a la hora de interpretar el Convenio y sus Protocolos.

Considero, pues, que puede hablarse de un tipo o variante de interpretación evolutiva y sociológica, en el sentido dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil español que —recuérdese— establece que las normas se interpretarán en relación con la

realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.<sup>45</sup> Se trata de reconocer que el Derecho, por el carácter cultural y social de sus normas, debe adaptarse a las circunstancias, creencias y exigencias cambiantes de cualquier sociedad tanto a la hora de crear esas normas como de interpretarlas. Los textos de las disposiciones deben constantemente acomodarse mediante ajustes en su exégesis al tiempo y al espacio, a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas.

La literalidad de la disposición, vehículo formal de los mandatos, es evidentemente un punto de partida y un límite, un obstáculo a menudo en apariencia insalvable y, en otras, infranqueable. Pero la interpretación de los derechos es frecuentemente una “interpretación constructiva”<sup>46</sup> de normas, por la textura abierta a los hechos y a las modificaciones científicas, culturales o tecnológicas de los derechos. Es una exégesis que, antes de “revelar” el sentido oculto del precepto, lo construye desde su propia inmanencia, confiere o irroga sentido a la norma, delimitando objetos, contenidos, límites,<sup>47</sup> facultades e interacciones de los derechos que se adhieren al texto escrito del precepto. La proverbial apertura o ductilidad de las normas constitucionales se acrecienta en las declaraciones de derechos.<sup>48</sup> Además, la interpretación constitucional es un proceso de concreción de la norma sobre un supuesto concreto, pero que paradójicamente trasciende la solución del mismo sin poder prescindir de ella. Cerrar la interpretación de los derechos a las transformaciones sociales sería tan imposible —parafraseando a Octavio Paz— como poner puertas al campo... En la interpretación constitucional, su carácter como fuente del Derecho deviene insoslayable.

Pero siendo la percepción y la misma ponderación de los cambios sociales muy compleja y a veces distinta en los numerosos países que integran el Consejo de Europa, si no para cada intérprete, los riesgos para la seguridad jurídica o certeza de la

<sup>45</sup> Entre otros muchos, puede verse, *servata distantia*, STORINI, Claudia, *La interpretación constitucional y el Estado de las autonomías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, epígrafes: “Interpretación estática vs interpretación evolutiva”, pp. 105 y ss.; e “Interpretación sociológica”, pp. 193 y ss.

<sup>46</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *State, Society and Liberty. Studies in political theory and constitutional law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991, hay traducción posterior al castellano del trabajo sobre la interpretación constitucional.

<sup>47</sup> Cfr. el interesante estudio de BRAGE, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>48</sup> Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mito*, Einaudi, Turín, 1992, hay traducción al castellano, quien se refiere a la “mitteza” (ductilidad) constitucional y a la creación del Derecho por principios constitucionales. Con anterioridad, puede verse DOGLIANI, Mario, *Interpretazione della Costituzione*, Milán, Franco Angeli Editore, 1982, epígrafe “La Costituzione come norma cedevole, o a fattispecie aperta, o duttile. La tendenza al diritto costituzionale libero”, pp. 75 y ss., quien habla de la “cedevolezza” de las normas constitucionales, que tienen una normatividad “integrabile” y una “ductilidad” que genera el riesgo de una creación libre del Derecho.

norma son ciertos. Me temo que los lectores habituales de la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones nacionales e internacionales sobre derechos nos hemos habituado a convivir con cierta inseguridad que resulta inevitable, pues cualquier alternativa —una interpretación estática u originaria— devendría peor y aún causaría mayores daños. En todo caso, ese descenso a las modificaciones operadas en la realidad social requiere un esfuerzo añadido de prueba (v.gr. los informes científicos o técnicos no pueden descartarse cuando sean pertinentes) y de fundamentación y motivación, sin dar por supuesto lo que a juicio de muchos puede no resultar evidente.

Dos significativas decisiones recientes aplican este criterio hermenéutico y se refieren a la menor entidad del maltrato que la aplicación de la prohibición de tortura y otros tratos del art. 3 CEDH reclama en los tiempos modernos. Son, respectivamente, *Henaf contra Francia*, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov contra Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003. En estas dos sentencias se pone de manifiesto la progresiva rebaja del grado del trato inhumano o degradante necesario para poder apreciar una lesión de la garantía. Existe aquí una lógica evolución del Tribunal, probablemente justificada por el hecho de que los *umbrales de dolor* que las sociedades modernas toleran, y están habituadas a soportar, han ido poco a poco decreciendo. En el segundo caso, se pondera como trato prohibido el afeitado de la cabeza a un detenido. En el primero (*Henaf*), el TEDH aprecia una violación del Convenio por estar el actor, un preso multirreincidente y con antecedentes de quebrantamiento de permiso carcelario, encadenado durante una noche a la cama de un hospital, subrayándose que no había constancia alguna de su violencia. El Tribunal argumenta sobre la gravedad de los hechos y sostiene que debe tenerse en cuenta que “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”; la Corte estima que el nivel de exigencia creciente en materia de protección de los derechos fundamentales implica, paralela e ineluctablemente, que ciertos actos, otras veces excluidos del campo de aplicación del art. 3, puedan presentar actualmente el grado mínimo necesario para su enjuiciamiento (§ 55).

Pero ya en el temprano y muy conocido *Caso Tyrer contra el Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, sobre prohibición de castigos corporales, se rechazó el alegato contrario a la demanda del Fiscal General para la Isla de Man, quien argüía que ese castigo impuesto por orden judicial no violaba el Convenio, porque no repugnaba a la opinión pública de la isla que no lo consideraba degradante. La Corte recordó que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de “*present day conditions*” y que no podía dejar de estar influida por los desarrollos y estándares comúnmente aceptados hoy en este terreno según las políticas criminales de los Estados miembros del Consejo de Europa (§ 31).

Es no menos conocido el antes citado *Caso Soering contra el Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, que permite discutir la extradición desde el Reino Unido de un acusado por homicidio a un Estado norteamericano (Virginia) que aún contempla la pena de muerte, y donde vuelve a usarse este criterio para interpretar el Convenio Europeo. El TEDH adujo que la pena capital no existía en la mayor parte de los Estados signatarios del Convenio Europeo, y en otros ya no se practicaba, y recordó que el Protocolo 6 postula su abolición y que estaba abierto a la firma desde 1983; y se concluyó que este consenso europeo y esos distintos hitos llevaban a entender que, aunque el Reino Unido no había ratificado ese Protocolo, debía producirse el efecto de que la pena de muerte *per se* pasara a estar dentro de los tratos prohibidos por el art. 3 CEDH (§ 102). La interpretación fue aquí no sólo evolutiva sino claramente constructiva de normas como es frecuente en la interpretación constitucional.

Dentro de otro ámbito, el de la participación democrática, en el *Caso Matthews contra el Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999, se discutía la aplicación de la garantía dispuesta en el art. 3 del Protocolo 1 a las elecciones al *Parlamento Europeo* que lógicamente no pudieron venir previstas e incluidas en 1950 al tiempo de la elaboración del Convenio Europeo. Mas la Corte empleó el argumento de que el Convenio es un instrumento vivo y esgrimió que el mero hecho de que los autores del Convenio no pudieran tener presente dicha Cámara no impedía que cayera dentro de los fines normales del precepto: “la Corte debe tener en cuenta cambios estructurales mutuamente aceptados a la hora de interpretar el Convenio y sus Protocolos” (§ 39).

Esta es una buena definición judicial —a mi juicio— de una interpretación evolutiva: aceptar que las transformaciones de las realidades sociales deben producir cambios paralelos en las normas que regulan las instituciones que las contemplan, pues los hechos —y con mayor razón en los derechos que son un *case law*— forman parte de las estructuras normativas que han de ser interpretadas.

Obsérvese que razonando en el asunto de una manera típicamente constitucional (si dejamos a un lado la polémica entre *originalistas* y partidarios de una *interpretación evolutiva* de las normas, lo que configura un debate típicamente estadounidense más que europeo),<sup>49</sup> el TEDH se aleja en parte de la lógica del Convenio de Viena que concede especial relevancia (art. 32) a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para desvelar la oscuridad o ambigüedad de un precepto, para una vez más manejar una lógica —aquí evolutiva— propia de la interpretación constitucional.

<sup>49</sup> Puede verse al respecto BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.

### III. EL CONVENIO EUROPEO Y LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ¿ES POSIBLE UNA GLOBALIZACION DEL LENGUAJE DE LOS DERECHOS?

La expresión “*globalización*” es particularmente ambigua,<sup>50</sup> al igual que ocurre con casi todas las modas, otro tanto acontece con las llamadas “generaciones” de derechos que distan de estar formalizadas al modo de los *status* que singularizó a finales del XIX Jellinek y ha ido conformando la posterior doctrina alemana. Pero no creo que sea un uso impropio el que aquí se maneja: *globalización* de los derechos. Es bastante más preciso que otros, denota que los problemas de los derechos ya no se detienen en las fronteras nacionales.<sup>51</sup> Y no parece poseer los riesgos de la *globalización* económica v.gr. el empobrecimiento creciente de numerosos países como

<sup>50</sup> BARICCO, Alessandro, *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Barcelona, Anagrama, 2002, quien se pregunta si la *globalización* es sólo un eslogan y concluye que no. Pero el interrogante tiene muchas respuestas —asevera— que convierten en imprecisas a las demás. Entre otras cosas, supone una contracción del tiempo y del espacio como signo distintivo. Es sustancialmente una imparable libertad de acción en el movimiento de capitales. Denota un paisaje en cual rige el internacionalismo y la modernización. Pero también un cierto colonialismo y una apología de la desregulación en la cual —como siempre que el Derecho se contrac— rige la ley del más fuerte y las grandes empresas producen sus mercancías en los países donde los costes son más bajos. Desde una perspectiva más atrayente, una “*globalización sin estragos*” —afirma— indica la circulación de ideas, la multiplicidad de las experiencias comparadas, o la superación de los nacionalismos. Mas incluso en ese terreno puede desembocar en una muy plana homogeneización cultural que acabe por resultar empobrecedora.

Igualmente la *globalización* de los derechos —creo— entraña una progresiva homogenización o armonización cultural y una aproximación de los estándares y legislaciones, pero no puede llegar a suponer una uniformidad dado el pluralismo y la riqueza de los valores que los derechos concretan, así como la disparidad de las realidades regionales y nacionales.

KÖHLER, Horst, “Hacia una mejor *globalización*”, [www.inf.org/external/np/speeches/](http://www.inf.org/external/np/speeches/), /Director Gerente del Fondo Monetario, advierte que se obtienen más de cinco millones de respuestas en el buscador Google a la palabra “*globalización*”, y usa la expresión en su sentido económico que describe como una división internacional del trabajo y consiguiente “*integración*” de las economías nacionales —y al tiempo una competencia— a través del comercio, la inversión externa y los flujos financieros; cree que no se trata simplemente de algo que se nos imponga sino que es también una consecuencia de la naturaleza de las cosas.

Asimismo la *globalización* de los derechos produce una *integración* y una *solidaridad* o *división* del trabajo. Es una noción multidimensional, si no equívoca, pero tiene una evidente importancia política y una cierta capacidad de síntesis o de visualización de un fenómeno manifiesto, aunque de difícil categorización.

<sup>51</sup> Habla igualmente de una *globalización* de los derechos, proceso que arranca de la declaración universal de Naciones Unidas de 1945, en su caso como parte de una más amplia *globalización* “ética” que actuaría como freno de los efectos nocivos de la “*globalización económica*”, PASTOR RIDRUEJO, Antonio, “La *globalización* de los derechos humanos. El reto del siglo XXI” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 2, 2003, pp. 19-33.

tributo al progreso económico de los más desarrollados.<sup>52</sup> Quiere indicarse la aspiración hacia una lengua franca o común en diversos países y continentes, fundada en una normas —internacionales y constitucionales— similares en el reconocimiento de los derechos de las personas y de las formaciones sociales en las que aquéllas se integran, y que son comprendidas e interpretadas por las distintas Cortes y doctrinas científicas de manera sustancialmente semejante al fundarse en unos mismos principios de la interpretación constitucional. En definitiva, entraña una cooperación internacional y una interdependencia de los Estados en la efectividad y garantía de los derechos y el germen de una integración cultural que es basamento de la política. Claro está que las todavía muy distintas realidades sociales y condiciones de realización de los derechos suponen —y no es poco sino mucho— la diferencia nacional específica.

Es comúnmente admitido el desarrollo del *Derecho Internacional de los derechos humanos* después de la II Guerra Mundial, a nivel universal y regional, y tanto en la aprobación de tratados como en la creación jurisprudencial de principios internacionales por organismos supranacionales que ofrecen una *protección subsidiaria* o complementaria.<sup>53</sup> El hoy Presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez,<sup>54</sup> habla asimismo de una “globalización” del sistema internacional de derechos humanos con incidencia en los ordenamientos nacionales, en los niveles constitucionales, legales y reglamentarios, y reconoce que es conocida la experiencia de la Corte de Estrasburgo, así como su influencia creciente sobre la legislación y tribunales de países no sólo europeos sino iberoamericanos.

Una globalización o proceso de mundialización de los derechos que se proyecta en varias dimensiones.<sup>55</sup>

- el *crecimiento* constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos, cada una de ellas

<sup>52</sup> Pedro DE VEGA expone la contradicción que supone que el espectacular ensanchamiento de los espacios económicos y sociales de los hombres se produzca al tiempo de la reducción de sus ámbitos políticos como ciudadanos en “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en *Revista de Estudios Políticos*, n° 100, 1998, p. 13.

<sup>53</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos” en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coordinadores), Madrid, Dykinson, 1997, pp. 167 y 212.

<sup>54</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 162; también se pronuncia sobre la mundialización o globalización en “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Derecho Procesal Constitucional*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), México, Porrúa, 2003, p. 1588.

<sup>55</sup> En un sentido parecido, puede verse GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El futuro...”, *op. cit.*, p. 1589.

construida sobre la anterior perfeccionándola,<sup>56</sup> y la profundización en sus objetos y en sus contenidos implícitos a través del *Case Law* que es su jurisprudencia, siempre abierta a las nuevas realidades culturales, científicas o tecnológicas; surgen así de tiempo en tiempo nuevos derechos (v.gr. las pretensiones ambientales frente al ruido) o contenidos nuevos de derechos viejos (el derecho de visita a los hijos de las uniones de hecho al socaire del derecho a la vida familiar) o entendimientos diversos de instituciones seculares (las visiones materiales de la familia y del matrimonio); la *vis expansiva* de los derechos es innegable;

- la revisión de la idea de *soberanía nacional*, en crisis de transformación, y que se califica hoy como un concepto en transición; en pugna externa con la idea de integración supranacional;<sup>57</sup> y en permanente tensión interna con el entendimiento de los derechos fundamentales como un límite al poder soberano, que ya no es aquél que no reconoce superior, pues los derechos articulan unas reglas de división de poderes entre sociedad y Estado y de contrapeso de todo poder;
- la presencia de *jurisdicciones internacionales y constitucionales* para la garantía de algunos derechos,<sup>58</sup> que están condenadas a dialogar entre ellas y a mantener influjos recíprocos, al ocuparse de unos mismos problemas jurídicos y afrontar el enjuiciamiento de supuestos de hechos semejantes,<sup>59</sup> un efecto que es inherente

<sup>56</sup> Véase GARCÍA ROCA, Javier, "Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad" en *Revista de Estudios Políticos* n° 119, 2003, monográfico sobre la reforma de la Unión Europea, pp. 165-190. PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 21, se refiere a una nueva "codificación" cuyos hitos describe.

<sup>57</sup> WALKER, Neil (coordinador), *Sovereignty in transition*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2003, en particular, FASSBENDER, Bardo, "Sovereignty and Constitutionalism in International Law", pp. 115-145.

<sup>58</sup> Empero, Antonio PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, pp. 22 y 28-30, recuerda que los mecanismos de verificación y control sólo se han instaurado para una generación de derechos humanos —los civiles y políticos— y dentro de un círculo limitado de Estados, el resto no ha llegado tan lejos y no cabe hablar de un control jurisdiccional sino de procedimientos políticos. Respecto de los derechos sociales existen controles intergubernamentales o internacionales, pero no jurisdiccionales.

<sup>59</sup> La fuerza expansiva de una motivación judicial es tan amplia como la que se desprende de su misma doctrina argumental o fuerza de persuadir: ni más ni menos. Y, por tanto, no tiene fronteras espaciales ni procedimentales. Puede ir más allá de los estrictos efectos procesales de una cosa juzgada o, mejor, interpretada. Es de esperar que las distintas declaraciones de derechos interactúen y que los Tribunales que las enjuician dialoguen entre sí. De hecho, en un contexto muy distinto, hemos encontrado algunas referencias a decisiones del Tribunal Europeo en la *Supreme Court* estadounidense, el Decano de los Tribunales Constitucionales. La más importante es *Lawrence y otros versus Texas*, de 26 de junio de 2003, un caso sobre prácticas sexuales libremente consentidas, libertad sexual y prohibición de la sodomía en cuanto "desviación sexual" en ese Estado, que cita el *Caso Dudgeon contra el Reino Unido* de 1981 sobre protección de los derechos de los homosexuales. Hay también dos referencias al TEDH y al CEDH en sendos Votos Particulares del Juez Breyer: su voto concurrente a Jeremiah W.

a cualquier división del trabajo y solidaridad mecánica; sólo en el círculo del Consejo de Europa y para algunos países de la Organización de Estados Americanos existen controles jurisdiccionales y supranacionales, en el ámbito africano es muy dudoso que las previsiones normativas culminen con el funcionamiento de un tribunal;<sup>60</sup> en suma, sólo en un ámbito relativamente reducido o cuando menos parcial —en Estados y derechos—, pero es un avance nada desdeniable, esa mundialización se produce con garantías efectivas;

- una suerte de nuevo *Derecho de gentes* (*law of nations, ius gentium*) resultado de un proceso de humanización del Derecho Internacional;<sup>61</sup>
- una estrategia de *prevención de las violaciones*<sup>62</sup> de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales entre las cuales la labor de las instituciones del Consejo de Europa es una buena muestra.

Se reclama incluso por algunos autores una “*dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*”<sup>63</sup> (ya he mostrado mis reparos o matices dada la diversa eficacia de las sentencias de la jurisdicción internacional respecto de las sentencias constitucionales) con referencia a la labor de órganos judiciales cuales son el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el TEDH; y, en América Latina, para organismos jurisdiccionales supranacionales como la desaparecida Corte de Justicia Centroamericana (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela), y hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

(Jay) Nixon, Attorney General of Missouri et al. Versus Shrink Missouri Government Pac, de 24 de enero de 2004; y el voto disidente *Intel Corp. versus Advanced Micro Devices*, de 21 de junio de 2004.

<sup>60</sup> *Id.* PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 31, quien estima irrealizable (p. 32) la creación de un tribunal mundial de derechos humanos.

<sup>61</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “The development of international human rights law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights”, conferencia pronunciada en el TEDH con ocasión de la solemne apertura del año judicial, 22-1-2004, [www.ochr.coe.int/Eng/Specchess/](http://www.ochr.coe.int/Eng/Specchess/), p. 5. Habría que recordar aquí la presencia de un Derecho Internacional Humanitario como protección de los derechos humanos en caso de conflicto armado, que subraya PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 24, y que alberga mecanismos de protección más débiles.

<sup>62</sup> Así lo dice PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 24.

<sup>63</sup> *Cfr.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional” en *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, p. 1575, la expresión parece acuñada por Niceto Alcalá Zamora. De “Justicia constitucional transnacional” hablaba Mauro CAPELLETTI en su libro *La justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 215-242; y luego Héctor FIX-ZAMUDIO, en el trabajo antes citado y en “Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina y protección Interamericana de derechos humanos” en VVAA, *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, tomo I, Corte Interamericana y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, p. 202.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>64</sup> se construyó paulatinamente. Está integrado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, por la *Comisión Interamericana* creada en 1959 en Santiago de Chile e incluida en 1967 en un Protocolo de reforma de la Carta de la Organización de Estados Americanos (desde ahora, OEA), y su culminación, siguiendo el modelo europeo,<sup>65</sup> es la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con sede en San José, establecida como consecuencia de la entrada en vigor en 1978 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José puesto a la firma en 1969. Un organismo formado por siete jueces, nombrados por seis años y reelegibles, que funciona siempre en Pleno, que comenzó sus trabajos en 1979 (veinte años más tarde, por tanto, que la Corte de Estrasburgo que lo hizo en 1959) y que ejerce una función consultiva, referida a la interpretación de la Convención y otros tratados de derechos humanos, junto a otra contenciosa o verdaderamente jurisdiccional que se inicia por un Estado parte o por la Comisión Interamericana, no teniendo legitimación los particulares. Sus resoluciones son obligatorias para los veintiún Estados que progresivamente han hecho una declaración en este sentido, Méjico incluido desde 1998 que ha reconocido la competencia de la Corte con ciertas reservas.<sup>66</sup> Pero la Convención Americana no ha sido ratificada por la totalidad de los Estados miembros de la OEA, los EEUU, Canadá y algunos Estados anglófonos del Caribe, “esta situación pesa negativamente sobre el sistema que es en realidad esencialmente latinoamericano”.<sup>67</sup>

La Corte interpreta y aplica: a) la *Convención Americana de Derechos Humanos*; b) los dos *protocolos adicionales*: de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo

<sup>64</sup> Puede verse una detallada descripción histórica de la configuración del sistema universal y de los regionales en Susana CASTAÑEDA, “Jurisdicción supranacional” en *Derecho Procesal Constitucional*, CASTAÑEDA, Susana (coordinadora), Jurista editores, Lima, 2003, pp. 483-533.

<sup>65</sup> Entre otros muchos, insisten en la evidente influencia del esquema organizativo de la Corte Europea, pese a las diferencias, GROS ESPIELL, Hector, “La Comisión et la Cour Interaméricaines des droits de l’homme. Situation actuelle et perspectives d’avenir” *Mélanges en hommage à Louis Edmon PETIT*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 438; y HITTERS, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de derechos humanos (20 años de vigencia)” en *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, p. 1651, quien más adelante (p. 1665) advierte de otra similitud entre ambas Cortes: la relajación del principio de congruencia atenuado. Un fenómeno que también suele ocurrir en los Tribunales Constitucionales.

<sup>66</sup> FERRER, Eduardo, *op. cit.*, pp. 1581-1585; FIX-ZAMUDIO, Héctor “Notas sobre el sistema interamericano...”, *op. cit.*, p. 171, un desarrollo histórico del sistema en pp. 172-176, sobre legitimación procesal p. 190. Mientras en Europa prácticamente todos los Estados miembros del Consejo de Europa son partes del Convenio Europeo, en el sistema interamericano, sólo 25 de 34 de los Estados miembros de la OEA forman parte de la Convención Americana, y únicamente 21 han aceptado la competencia contenciosa o jurisdiccional de la Corte, véase CANCADO, Antônio Augusto, *op. cit.*, p. 4.

<sup>67</sup> GROS ESPIELL, Hector, *op. cit.*, p. 447.

de San Salvador o protocolo primero), y de abolición de la pena de muerte (segundo Protocolo); c) así como diversas *Convenciones*: de prevención y sanción de la tortura (1987), para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (1995), sobre desaparición forzada de personas (1996) y para la eliminación de todas las formas de discriminación de los discapacitados (2001).

La aproximación de la Corte a los órganos encargados de la *interpretación constitucional* en los ordenamientos internos tanto en su función contenciosa —un amparo internacional— como al dictar medidas provisionales o cautelares parece cierta, pues son materialmente casi idénticas las funciones que la una y los otros ejercen.<sup>68</sup> Y aún más a lo que hemos caracterizado aquí como la interpretación constitucional de una declaración internacional de derechos por parte del Tribunal de Estrasburgo, así el parámetro de decisión interamericano es semejante al europeo. Y, si llegara a reconocerse el acceso individual directo, o legitimación activa de los particulares, mayor sería la aproximación de esa función de tutela subjetiva y objetiva de derechos al amparo constitucional y al amparo europeo.

Pero ¿qué es ese lenguaje o cultura de los derechos? En primer lugar, entraña una difusión de las reflexiones (fundamentos normativos, motivaciones o argumentos jurídicos, y estructuras decisionales) y resultados jurisprudenciales, que tienden a crear un código común y una interpretación uniforme: un lenguaje jurídico que traspasa las pequeñas fronteras nacionales. La difusa red de comunicación que *Internet* supone permite divulgar las fuentes de conocimiento con extrema celeridad, en lo que si es un claro ingrediente de toda globalización: la contracción del tiempo y del espacio. Las decisiones judiciales de estas Cortes son fácilmente accesibles a la comunidad de los juristas, propiciando el diálogo entre ellas. La propia página Web de la Corte Interamericana visualiza en su clara ordenación que todo arranca de un sistema universal que se concreta regionalmente en Europa, América y hasta en África.<sup>69</sup> También existe desde hace tiempo una consolidada *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, con reuniones y subsiguientes informes periódicos. Y es notorio que estas Cortes europeas leen sus respectivas sentencias entre sí, y sientan sus bases jurisprudenciales en raíces comunes que a menudo arrancan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El antiguo Presidente de la Corte Interamericana, Antônio Augusto Cançado, da noticia de que ambos tribunales internacionales mantienen reuniones anuales, rotando la sede entre Estrasburgo y San José, para informarse de sus desarrollos jurisprudenciales, y afirma que este

<sup>68</sup> FERRER, Eduardo, *op. cit.*, p. 1584.

<sup>69</sup> Pese a que, por cierto, falte un buen buscador de jurisprudencia al estilo de la excelente base de datos HUDOC del Tribunal de Estrasburgo. Según crezca el número de las decisiones su necesidad se hará más manifiesta.

diálogo permanente “nos ha ayudado mucho a entender los problemas que afrontamos en nuestro trabajo cotidiano (dado que los sistemas regionales de protección operan en el entramado de la universalidad de los derechos humanos)”, refiriéndose a un espíritu de “mutua confianza” y a un camino de “remarkable jurisprudencial cross-fertilization”.<sup>70</sup>

Pero, amén de la comunicación, que es el inicio de cualquier interdependencia, existen unas bases materiales e ingredientes comunes de ese lenguaje y cultura de los derechos que intentaré esbozar separadamente.

a) Es una misma *interpretación constitucional* con principios en apariencia semejantes la que hacen ambas jurisdicciones internacionales de derechos.

Por mencionar algunas muestras, también la Corte Interamericana —como antes he descrito respecto de su homónimo de Estrasburgo— reconoce un principio de *protección efectiva* de los derechos en cuanto objeto y fin de la Convención Americana, que encuentra fundamento en el art. 29 de la misma, así como en el Convenio de Viena, que impide limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho desde otros instrumentos, y que ha llegado a explicar como “efecto útil” o búsqueda de los efectos propios de los derechos (*Opiniones Consultivas OC-16/99, Voto Separado a OC-4/84, OC-5/85, etc.*).<sup>71</sup>

Caben algunas dudas acerca de que el principio posea el mismo alcance que el europeo en esas Opiniones. Mas las dudas se disipan en el importante *Caso Blake contra Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1996, buena muestra de una hermenéutica efectiva y realista, y, en consecuencia, garantista en la custodia de los derechos. El Sr Blake fue secuestrado y asesinado por agentes del Estado demandado, estando “desaparecido” durante más de siete años. Se suscitó como excepción a la demanda, la falta de un tratado en vigor sobre la desaparición forzosa de personas, pero la Corte consideró de forma cabal que debía tener en cuenta la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 y la Convención Interamericana en la misma materia de 1994, pese a que esta última no estaba en vigor todavía para Guatemala, ambas recogían principios de Derecho Internacional que afectaban a varios de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Y, además, agregó que, aunque las infracciones se habían consumado antes de someterse Guatemala a la jurisdicción de la Corte, sus efectos se habían prolongado mucho tiempo hasta tener noticia los familiares

<sup>70</sup> CANCADO, António Augusto, *op. cit.*, p. 1.

<sup>71</sup> No he hecho aquí una indagación directa, de suerte que mis afirmaciones son inseguras, sigo el rastreo de la jurisprudencia realizado por SOLANO, M<sup>a</sup> Auxiliadora, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de su art. 29” en VVAA, *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, *op. cit.*, tomo I, p. 424.

de la víctima con posterioridad a que dicho país aceptara esa jurisdicción contenciosa. Para ello, el Tribunal sostuvo que debía interpretar el art. 8.1 de la Convención en forma amplia, atendiendo tanto al tenor literal de la norma como al espíritu, preservando el derecho de los familiares a las garantías judiciales y a que la muerte y desaparición fuera efectivamente investigada por las autoridades guatemaltecas.

Una obligación positiva para los Estados, la existencia de una adecuada investigación por parte de las autoridades nacionales, allí derivada de la vigencia del derecho a la vida, que el Tribunal de Estrasburgo decanta frecuentemente p.ej. respecto de los desaparecidos en los graves incidentes acaecidos en el Kurdistán bajo el poder de Turquía.

No parecen faltar tampoco ocasiones para hablar de una *interpretación evolutiva*.<sup>72</sup> En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, el Tribunal aludió (§ 148) a una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos y al citado art. 29 de la Convención, para reconocer que el art. 21 de la misma protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los *derechos* de los miembros de las comunidades *indígenas a la propiedad comunal*.<sup>73</sup> Al parecer, el Estado demandado había otorgado concesiones de tierra sin haber previamente delimitado las tierras comunales de los indígenas —una titularidad consuetudinaria basada en el uso y la ocupación ancestral— ni haberles reconocido títulos de propiedad ni haber reclamado su consentimiento ni siquiera haberles otorgado un recurso efectivo.

De alguna manera puede pensarse en una alusión o, cuando menos, el recurso a las lógicas inherentes a los *principios democrático* y de *Estado de Derecho* en el *Caso del Tribunal Constitucional contra Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001.<sup>74</sup> Recuérdese que el Congreso destituyó, en un procedimiento de juicio político, a tres Magistrados del Tribunal Constitucional que resolvieron “inaplicar” la ley que habilitaba la reelección del Presidente de la República en contra de lo dispuesto en la Constitución peruana. La Corte estimó que el Estado demandado había incumplido la obligación general contenida en el art. 1.1 de la Convención, toda vez que ese procedimiento no aseguró a los destituidos las garantías del derecho al proceso debido consagrado en el art. 8, y acudió al Preámbulo para mencionar el propósito de consolidar en el Continente “el cuadro de las instituciones democráticas” que garanti-

<sup>72</sup> En el mismo sentido, CANÇADO, António Augusto, *op. cit.*, p. 2, quien menciona el empleo de una interpretación evolutiva en las *Opiniones consultivas* 18 y 16, respectivamente, *Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados* y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la legislación del debido proceso legal*, en las que se extendió la protección de la Convención a nuevas situaciones sobre la base derechos preexistentes.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 432.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 436.

zan el estado de Derecho entre las que se encuentra el Tribunal Constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes (§112).

b) Desde otra óptica complementaria, dadas las serias diferencias procesales entre las distintas jurisdicciones constitucionales nacionales y las jurisdicciones internacionales de derechos pero a la par su concurrencia en un mismo objeto, puede sostenerse (como ha dicho Fix-Zamudio) que la trascendencia mayor de los Tribunales de Estrasburgo y San José procede de la *recepción de su jurisprudencia* por una multiplicidad de Tribunales Constitucionales o Salas Constitucionales internas al modo de un nuevo Derecho común.<sup>75</sup> Otro ingrediente del proceso descrito de mundialización que tiende a una homogeneidad en la interpretación objetiva de los derechos.

c) Son análogas, aunque no idénticas, las *normas parámetros* o normas reconocedoras de derechos que las dos jurisdicciones internacionales de derechos aplican como paradigma o canon de sus decisiones: unos convenios más unos protocolos adicionales y ocasionalmente algunos otros tratados; un dato que debe inevitablemente producir similitudes en los juicios y criterios hermenéuticos. El propio preámbulo de la Convención Americana alude a otros instrumentos internacionales de ámbito regional. Hay, sin duda, diferencias, quizá la más importante —pero no es la única— sea la inexistencia de derechos sociales o principios rectores de la política social y económica en el Convenio Europeo, producto típico del período de la guerra fría. Unos derechos que se llevaron a la *Carta Social Europea* de 1961 (revisada en 1996), pero que no tutela el TEDH de forma judicial sino que se supervisan e implementan mediante un sistema de informes y quejas colectivas. Mientras el Protocolo Adicional de 1988 a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, llamado Protocolo de San Salvador, da cumplimiento al art. 26 de la citada Convención que prevé un desarrollo progresivo de cara a la plena efectividad de esos derechos.

d) Se producen evidentes semejanzas en los *casos o supuestos de hecho* enjuiciados por los dos Tribunales internacionales. Basta leer ambas jurisprudencias y cotejarlas para hallar coincidencias y repeticiones.<sup>76</sup> Son, sin embargo, muchas menos las decisiones dictadas por la más joven Corte Interamericana, hasta julio de 2005, la Corte había dictado 129 sentencias en casos contenciosos, 19 opiniones y un par

<sup>75</sup> *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina...", *op. cit.*, pp. 221-223. Comparte el juicio GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, *op. cit.*, quien además extiende esta recepción de la jurisprudencia internacional a la legislación, la jurisprudencia y la práctica nacionales.

<sup>76</sup> Una síntesis puede verse en TIGROUDJA, Hélène, y PANOUSSIS, Ioannis K., *La Cour Interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruselas, Bruylant, 2003.

de centenares de resoluciones de medidas provisionales. En cambio, sólo en el año 2004, el TEDH dictó 718 sentencias (*judgements*, si bien se incluyen en la cifra decisiones de “terminación anormal del proceso” o *struck out of the list*) y fueron 703 en el 2003 según los datos extraídos de las memorias del Tribunal; algunos nos hemos habituado pues a leer dos o tres centenares de sentencia cada trimestre, lo que requiere un esfuerzo brutal y, sobre todo, suscita el interrogante de si con tan elevado número puede realmente gobernarse los derechos mediante estándares suficientemente claros y adecuados, particularmente en derechos muy transitados como es el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH); el salto en la “productividad” se produjo obviamente tras la entrada en vigor en 1998 de la reforma procesal operada por el Protocolo 11. Esta extensa jurisprudencia cubre la totalidad de los derechos del sistema del Convenio salvo contadas excepciones en algunos Protocolos.

e) Existe una *estructura procesal* semejante de las dos jurisdicciones internacionales (y otro tanto ocurre con las jurisdicciones constitucionales), con disparidades que no tiene sentido glosar aquí. Son dos de ellas la existencia de una competencia consultiva en San José (insignificante en el contexto del art. 47 CEDH a instancias del Comité de Ministros), y la permanencia de un régimen fundado en la existencia de dos instituciones: la Comisión<sup>77</sup> y la Corte.

Es relevante, la ausencia de un acceso directo en amparo de la víctima en el sistema interamericano como en cambio acontece con las demandas individuales en el Convenio Europeo (art. 34), pues mientras cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida puede presentar quejas a la Comisión, únicamente, los Estados partes tienen derecho a someter un caso a la Corte (artículos 44 y 61 de la Convención Americana). Se ha dicho que el modelo de Estrasburgo garantiza a las personas un *ius standi* o derecho a llevar una demanda al TEDH, mientras que el de San José, especialmente tras el Reglamento de la Corte de 2001, adopta un *locus standi in iudicio* o derecho a participar directamente en todas las fases del procedimiento anteriores a la Corte Interamericana.<sup>78</sup> Pero sinceramente no sé si tiene pleno sentido extender la legitimación procesal activa, reformando el sistema interamericano, cuando, en el sistema europeo, el Protocolo 14 inicia una pronta contrarreforma de la admisión, dada la avalancha de asuntos y de dilaciones

<sup>77</sup> Se muestra muy favorable al mantenimiento de la Comisión, aunque critica algunos de sus métodos de trabajo, GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.*, p. 447, de cara a las relaciones con los Estados que no forman parte del Pacto de San José (en especial, los EE.UU. y Canadá) y dadas las realidades de los Estados miembros.

<sup>78</sup> CANÇADO, António Augusto, *op. cit.*, p. 2. Sobre la problemática que suscita el art. 205 de la Constitución peruana —y sus precedentes— que reconoce un derecho de acceso a los tribunales y organismos internacionales una vez agotada la jurisdicción interna, véase CASTAÑEDA, Susana, “Jurisdicción supranacional”, *op. cit.*, pp. 510 y ss.

estructurales indebidas que ha generado tan generosa legitimación. Por no hablar de los graves problemas que el acceso directo de cualquier persona en amparo o *Beschwerde* ha ocasionado a los Tribunales Constitucionales de España y Alemania. Está, sin embargo, muy extendida la idea de que el acceso directo hace de estas jurisdicciones un tribunal de los ciudadanos. De manera que no tiene una fácil salida.

Sobre todo, parece que la Corte Americana carece de los presupuestos y finanzas necesarios. En efecto, se ha subrayado unánimemente que la comparación entre el modelo europeo y el americano resalta la considerable diferencia de recursos tanto materiales como profesionales para resolver las reclamaciones individuales, pese a los esfuerzos de la Organización de Estados Americanos en incrementar los presupuestos de la Comisión y de la Corte que, significativamente, no es todavía un organismo permanente.<sup>79</sup>

f) Las decisiones de ambas Cortes establecen *patrones comunes de comportamiento* para todos los poderes —públicos y privados— de los Estados partes. Una consecuencia de que estos organismos supranacionales declaren la responsabilidad internacional de los Estados por las violaciones de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción. La cultura de los derechos supone una forma de comprender y ejercitar su actividad todos los poderes públicos: de legislar sin discriminaciones ni diferencias desprovistas de racionalidad, de administrar y gestionar los asuntos públicos preservando el interés general, de impartir justicia haciendo al justiciable el centro del servicio público, etc. Se ha defendido que el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos ha sido lo que mayor proyección y prestigio ha dado a la OEA.<sup>80</sup>

Es difícil saber si esa globalización de los controles jurisdiccionales refuerza la *subsidiariedad* inherente a lo que es una protección internacional,<sup>81</sup> dejando en manos de los Estados la instauración de mecanismos eficaces para prevenir y reparar las violaciones de derechos, como es la posición tradicional del Derecho Internacional; o, si por el contrario —pese a que ambas cosas no son en esencia contradictorias— ese fenómeno de forma más o menos larvada e incipiente acaba inevitablemente por producir una homogenización de la comprensión y regulación de los mismos. Una lenta pero constante armonización de las garantías e instrumentos, como se desprende de la lógica de vehículos normativos como es el Convenio Europeo defi-

<sup>79</sup> Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Notas sobre el sistema interamericano...", *op. cit.*, pp. 208-209; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 165-166.

<sup>80</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>81</sup> Tal y como cree PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 32, pero no estoy tan seguro como él en este extremo.

nidos como instrumentos de integración europea. Cuando menos existe una síntesis —estímo— o relación dialéctica entre ambas cosas.

g) Por último, pero no en importancia, es un factor de integración y homogeneidad cultural la labor de la *doctrina científica* de ambos hemisferios.

Varían, y no es poco —como ya se ha dicho—, más que las normas, las muy diferentes realidades fácticas, nacionales e internacionales, sociales y políticas, de las dos regiones.<sup>82</sup> Por más que los dos sistemas se funden en la imprescindible existencia de Estados democráticos. La democracia es el lecho en el que se asientan los derechos. Es importante recordar el actual resurgir de los procesos democráticos en América Latina, en otras décadas, arrumbados o puestos seriamente en entredicho en muchos países.<sup>83</sup> Pero la consolidación democrática de los Estados americanos es en gran parte un proceso “lamentablemente inacabado”.<sup>84</sup> De todas maneras, el progresivo crecimiento del Consejo de Europa hacia las nuevas y frágiles democracias del Este, procedentes del colapso del comunismo, ha supuesto un debilitamiento de unas bases fundadas en cierto desarrollo económico y estabilidad democrática; una Europa de los derechos con 45 Estados, ya no es sólo un club de países ricos con cierta tradición cultural democrática.<sup>85</sup>

Los ingredientes expuestos deberían llevar a que las Cortes construyeran sus sentencias con *mentalidad dialogística*, arrancando de este acervo común doctrinal y jurisprudencial.<sup>86</sup> Los problemas son los mismos. Pueden variar las soluciones a la luz de las diversas realidades, que pueden a veces reclamar lógicas diversas en su análisis desde un imprescindible realismo sin el cual ningún garantismo puede sobrevivir. Jueces y profesores de ambos hemisferios estamos obligados a aunar esfuerzos. En otro contexto, pero con análoga razón de decidir, Peter Häberle hace tiempo que insiste en la génesis de una *Derecho Constitucional Común Europeo* como consecuencia de la labor de los tribunales constitucionales y de la doctrina científica

<sup>82</sup> Insiste en esta consideración GROS ESPIELL, Hector, *op. cit.*, p. 441, antiguo Presidente de la Corte de San José, quien asimismo reconoce que la jurisprudencia de la Corte Europea ha sido una “fuente de inspiración” para la Corte Americana que “la consulta frecuentemente”.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> REMOTTI, Juan Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 17, p. 23.

<sup>85</sup> El subdesarrollo o las carencias para las garantías de los derechos humanos suele ser parte de un subdesarrollo integral, ciertamente con un basamento económico, pero con manifestaciones jurídicas, políticas y culturales; la pobreza es un obstáculo manifiesto para la efectividad de los derechos humanos, más allá de su validez normativa. Así lo recuerda PASTOR RIDRUEJO, Antonio, *op. cit.*, p. 25.

<sup>86</sup> CANÇADO, António Augusto, *op. cit.*, p. 5 afirma que la Corte Interamericana se ha referido a la jurisprudencia de su equivalente (*counterpart*) europeo constantemente quien, a su vez, había hecho hasta julio de 2003 referencia a la jurisprudencia de aquella en no menos de 12 ocasiones.

de la región y de ese *humus* o caldo de cultivo que supone la similitud de las normas.<sup>87</sup> Con un basamento semejante, podría hablarse de un *Derecho Internacional-Constitucional de los Derechos Humanos* edificado sobre una misma cultura y lenguaje de los derechos: “un patrimonio jurídico de los Estados y los pueblos de nuestros continentes”, fundado en la aproximación o convergencia de los respectivos Derechos del caso en ambas orillas del Atlántico, y que alberga una dimensión jurisprudencial e institucional.<sup>88</sup>

La vieja idea de *soberanía nacional* no debería ser un obstáculo para esta recíproca fertilización de la jurisprudencia, ni operar como un pretexto para proyectar los propios prejuicios nacionales en detrimento de la garantía eficaz y colectiva de los derechos. La libre aceptación de la jurisdicción de estas Cortes regionales supone orillar la idea de que cualquier intervención internacional es una indebida injerencia externa en los asuntos internos del dominio soberano de cada Estado.<sup>89</sup> Otra cosa es que, precisamente por ser una protección internacional y, por tanto, complementaria y subsidiaria, no deba desplazar totalmente el dominio reservado a cada jurisdicción interna:<sup>90</sup> la imprecisa y controvertida noción de margen de apreciación nacional ante reseñada. La idea de soberanía del Bodino de los seis libros de la República, una vez transformado el contexto histórico de su aparición en el Estado absoluto, que reclamaba un centro unitario de imputación del poder, debe flexibilizarse y reducirse a sus justos términos; asumiendo que la garantía de los derechos fundamentales de las personas corresponde a toda la comunidad internacional y que hay lesiones de los mismos que pueden apreciarse y tutelarse mejor desde cierta distancia o lejanía. Existen muchos otros aspectos en que la noción de soberanía debe en el futuro concentrarse como son: vertebrar la compleja noción jurídica de *competencia* de los distintos entes territoriales, y organizar de manera más razonable la *legitimidad democrática* del poder que arranca de los ciudadanos y el circuito representativo. Pero no debería valer para actuar como un obstáculo a la imprescindible *integración supranacional* de los Estados a través de la cultura de los derechos humanos.

<sup>87</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter, “Derecho Constitucional Común Europeo” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 9, 1993, pp. 7 y ss.

<sup>88</sup> CANÇADO, António Augusto, *op. cit.*, pp. 1-2, sin embargo, parece creer que todo lo acaecido en ambas jurisdicciones internacionales se debe al “uso de técnicas de Derecho Internacional Público” (p. 3). Un enfoque metodológico que creo inexacto. Por el contrario, también CASTAÑEDA, Susana, “Jurisdicción supranacional”, *op. cit.*, p. 483, estima que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra “estrechamente relacionado” con el Derecho Constitucional en virtud —dice— de la parte dogmática de las Constituciones.

<sup>89</sup> REMOTTI, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 19.

<sup>90</sup> GROS ESPIELL, Héctor, *op. cit.*, pp. 441-442.

## IV. CONCLUSIONES

1. El Preámbulo es un contexto hermenéutico desde el cual debe comprenderse el resto del Convenio Europeo antes de interpretar sus normas. De su lectura se desprende la voluntad de los Estados miembros de construir un sistema regional de protección de ciertos derechos que reforzara su “garantía colectiva” y efectividad real. Y la aspiración a que el desarrollo de esos derechos fuera un medio que contribuyera a realizar una unión más estrecha de los europeos. Un fin que debe abrazarse al tiempo que la lógica de la subsidiariedad y del margen de apreciación nacional, que es propia de cualquier protección internacional, y consecuencia de la tremenda diversidad de la larga cuarentena de Estados que integran el Consejo de Europa. Una dialéctica que no puede resolverse en síntesis. La cuestión que queda por resolver es la validez general y las limitaciones de esa controvertida doctrina del margen nacional.

2. EL Tribunal Europeo ha usado criterios afines a los de cualquier interpretación constitucional, particularmente, la idea de que el Convenio es un “instrumento constitucional del orden público europeo”. Y ha hecho una interpretación tópica que podemos sistematizar al menos en estos principios: principio de integración funcional, principio de protección efectiva (“el fin del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos”), principio democrático, y principio de Estado de Derecho. Asimismo, ha realizado normalmente una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la idea de que el Convenio “es un instrumento vivo” de ese orden público europeo. Bastantes de estos principios, en esencia, parece usar también la Corte Interamericana tanto en su función contenciosa como en las opiniones consultivas.

3. La Corte de Estrasburgo posee una naturaleza intermedia entre un Tribunal Internacional, una definición que no permite comprender todos sus rasgos —la posición de un individuo titular de derechos frente al Estado y dotado de legitimación activa—, y el Tribunal Constitucional que, en puro Derecho Procesal Constitucional, no llega a ser, sobre todo, por los menguados efectos jurídicos de sus sentencias, muy lejanos de los propios de una sentencia constitucional y de la gravedad que la declaración de nulidad entraña. Pero el Convenio Europeo no es sólo un tratado internacional más, aunque viva en el cuerpo que le da esa fuente, sino que tiene el espíritu y la materia propia de una declaración constitucional de derechos.

No obstante, desde la óptica de la labor de interpretación objetiva de los derechos, la similitud entre las dos Cortes internacionales de derechos y un Tribunal Constitucional es grande, pues ejercitan también una interpretación constitucional: decantan valores, ponderan derechos en conflicto a través de un muy discrecional juicio de proporcionalidad, concretan cláusulas normativas muy abiertas, y, en definitiva, construyen subnormas que quedan adheridas a las disposiciones de las decla-

raciones. Es frecuentemente pues una “interpretación constructiva” dada la textura muy abierta de los derechos. Una exégesis que permite advertir sujetos y detectar víctimas de violaciones, delimitar el objeto, identificar los contenidos, establecer límites, reconocer facultades e interacciones con otros derechos. La ductilidad de las normas constitucionales se acrecienta en las declaraciones. Esta interpretación constitucional de los derechos es un proceso de concreción de la norma sobre un supuesto de hecho, pero que, paradójicamente, trasciende la solución del mismo: un Derecho del caso.

4. El Convenio Europeo posee una triple naturaleza jurídica es, amén de un “tratado”, una “garantía constitucional” de ciertos derechos, por la forma jurisdiccional de su protección y la manera de su interpretación, y también una “garantía de la Unión Europea” en virtud de su recepción en la nueva Constitución para Europa aún pendiente de una incierta ratificación. Estas tres dimensiones resultan indisociables y de ellas se extraen ricas conclusiones jurídicas.

5. Existen bases que permiten pensar en una creciente globalización de los derechos o, más modestamente, un entendimiento de los derechos común en Estrasburgo y San José: en el ámbito del Convenio Europeo y la Convención Americana. Una aspiración hacia una lengua franca o común en diversos países y continentes, fundada en una normas —internacionales y constitucionales— similares de reconocimiento de los derechos de las personas, y que son interpretadas por las distintas Cortes y doctrinas científicas de manera semejante, precisamente al fundarse en unos mismos principios de la interpretación constitucional. Las muy distintas realidades sociales y condiciones de realización de los derechos en Europa e Iberoamérica —lo que no es poco— entrañan la diferencia específica. Una globalización con incidencia en las Normas Fundamentales, la legislación, las jurisprudencias constitucional y ordinaria y la práctica administrativa de los ordenamientos nacionales. Y que se manifiesta en extensiones cuales son: el crecimiento constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones y del *Case Law* que de ellas emana; la revisión de la idea de soberanía nacional, hoy en transición, por su pugna externa con la idea de integración supranacional, y su permanente tensión interna con el entendimiento de los derechos fundamentales como un límite al poder soberano; y la presencia de jurisdicciones internacionales y constitucionales de derechos condenadas a dialogar y a mantener influjos recíprocos de sus contribuciones.

Esa situación arranca formalmente de las nuevas estructuras en red de la comunicación, que permiten una contracción del tiempo y del espacio, y se asienta en unas bases materiales comunes y relativamente homogéneas. Una misma interpretación constitucional con principios semejantes entre las Cortes Europea e Interamericana, que articulan regionalmente un sistema universal de derechos. La recepción

de la jurisprudencia de estas jurisdicciones internacionales por las jurisdicciones constitucionales. Unas normas parámetro semejantes a la hora de reconocer y garantizar los derechos: el Convenio Europeo y la Convención Americana y sus desarrollos. La similitud de los casos o supuestos de hecho enjuiciados, consecuencia de la repetición de las conductas. Unas estructuras procesales parecidas de ambas jurisdicciones internacionales, no obstante las diferencias. Unas decisiones judiciales que establecen patrones de comportamiento para todos los poderes públicos y privados. Y la labor constructiva y homogeneizadora de la doctrina científica. Todo ello permite pensar y desear —allí donde sea posible según la realidad de las cosas— una aproximación de las interpretaciones, análogas pero no necesariamente uniformes, y fundada en la convergencia de un Derecho del caso como es el mundo de los derechos.