

## La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos\*

Javier García Roca

### La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la comparación entre las cortes supranacionales sobre derechos

Agradezco la invitación de Alfonso Herrera, doctor por la Universidad Complutense de Madrid.

Voy a sintetizar y dar a conocer mi nuevo libro: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*.<sup>1</sup> Aunque en este no hablo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sino del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), resulta muy interesante comparar —como voy a intentar ahora— el trabajo de los dos tribunales de referencia en la protección supranacional de los derechos: la Corte de San José y el Tribunal de Estrasburgo. Por el momento no se comenta acerca de la emergente

---

\* El texto escrito refleja mi conferencia pronunciada en línea en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México el 6 de julio de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=Irb5ZFaCSog>.

<sup>1</sup> Javier García Roca: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2019.

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, que ya ha estudiado Laurence Bougorgue-Larsen, también de forma comparada con los dos tribunales anteriores. Los tres han suscrito recientemente una interesante Declaración de Kampala, que vertebrará su cooperación y de la cual emana un informe anual.

## **Pluralismo de constituciones. Constitucionalismo en red y derechos multiniveles**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que es un tratado internacional, se ha ido transformado lentamente en un sentido constitucional hasta llegar a ser una verdadera constitución material: una declaración constitucional de los derechos de los europeos que abarca el amplio espacio del Consejo de Europa y tiene una vidente supremacía material de sus contenidos sino formal o en términos de jerarquía. Hoy, 70 años después de su aprobación, ya no es lo que era en la década de 1950, así como tampoco lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ha habido una verdadera mutación de algunas de las disposiciones convencionales sin acometer su reforma en protocolos. Así, por ejemplo, el CEDH no reconoce expresamente el derecho fundamental al sufragio, sino que habla en el artículo 3 del Protocolo 1 del compromiso de los estados parte de celebrar elecciones libres y regulares de forma periódica, que no es exactamente lo mismo, sino simplemente una mera garantía institucional, pero así lo interpreta el TEDH desde hace mucho tiempo. Tampoco reconoce medidas cautelares vinculantes (a diferencia de la CADH) que se crearon por la jurisprudencia y están en el reglamento del Tribunal. Menos aún habla el Convenio de que el TEDH participe en la ejecución de sus sentencias, si bien hemos llegado a un sistema mixto en el que cooperan el Tribunal Europeo y el Comité de Ministros. La supervisión de ejecución no es ya estrictamente política, como lo era en el diseño inicial.

El sistema del CEDH ha evolucionado mucho y hoy es muy distinto a como fue en sus inicios. Se ha transformado en un sentido constitucional, en virtud de algunos protocolos que bien han modificado el Convenio o han añadido derechos, pero, sobre todo, merced a un incesante número de sentencias, mutativas o interpretativas, que han

modificado su naturaleza y sus herramientas de trabajo, incluso a algunas nuevas y buenas prácticas. Esa es la tesis principal. La letra del CEDH no recoge todas esas transformaciones que operan en el funcionamiento real del sistema: el “derecho vivido”, como habría dicho Costantino Mortati, fundado en la cultura jurídica y la experiencia de las instituciones, y no solo en las normas escritas.

Nos movemos en un escenario de “pluralismo de constituciones” o de “constitucionalismo en red” (Neil MacCormick; Rafael Bustos), en particular, en materia de derechos multiniveles, pero no solo en esa, sino también en otros ámbitos. Los españoles tenemos una Constitución nacional, y un Convenio Europeo de Derechos Humanos que es un “instrumento constitucional del orden público europeo” (al igual que lo es la análoga Convención Americana), según las palabras del TEDH, y un derecho de la Unión Europea que alberga una importante Carta de los Derechos Fundamentales. Estamos viendo ahora ese constitucionalismo en distintos ámbitos, con el rescate en materia económica que ha provocado el coronavirus y el programa financiero Next Generation, que ha aprobado el Consejo Europeo y condicionará e impulsará muchas decisiones internas. Los juristas tenemos que habituarnos a operar con realismo en ese complejo escenario de pluralismo de constituciones.

## **La fatigosa construcción de un derecho común, no fragmentado en la soberanía de los estados, y el estudio de las relaciones interordinamentales**

Ahora se muestran algunas de las ideas generales que doy en mi libro, citando a algunos autores europeos clásicos y que permiten percibir las verdaderas dimensiones del fenómeno, ya muy consolidado. Primero, Francesco Calasso, quien escribió su *Diritto Comune* en la década de 1950 en Italia. Advertía que construir ese derecho común, entre otras bases, sobre el derecho romano fue “faticoso” y costó nada menos que tres siglos. Nosotros solo llevamos 70 años haciendo este derecho europeo de los derechos humanos y ustedes en América menos aún: desde 1969. Sin embargo, es manifiesto que se está construyendo

## La transformación constitucional del Convenio Europeo...

lentamente un derecho europeo y un derecho interamericano, que crean los tribunales supranacionales mediante un diálogo permanente con los órganos jurisdiccionales internos y con la ayuda de las elaboraciones doctrinales de los profesores. Hace falta solo paciencia.

Segundo, recordaré también a Paolo Grossi en su clásica obra *El orden jurídico medieval*. En la Edad Media, no todo fue un largo periodo de oscuridad —como ha mostrado Umberto Eco frente a la vieja inercia de las explicaciones anteriores—: junto a otras innovaciones y descubrimientos medievales, se erigió un muy relevante derecho europeo. Los españoles iban a Bolonia y después volvían a su país y aplicaban el derecho propio, pero, subsidiariamente y en defecto de normas nacionales, usaban el derecho europeo que habían aprendido en Italia y que no era un derecho nacional, pues no estaba fragmentado en las soberanías de los estados, sino que emanaba del razonamiento jurídico y las elaboraciones del derecho romano. La evolución de este derecho común permitiría, siglos después, la codificación. Pues bien, igualmente el *ius commune* que están creando el TEDH y la Corte IDH es un derecho europeo o iberoamericano, y tampoco está fragmentado en las soberanías nacionales. Es un relevante instrumento al servicio de la integración regional, tanto europea como americana. Unos derechos supranacionales que se están edificando no solo mediante tratados, sino de manera dúctil y abierta mediante unas jurisprudencias que resuelven, caso a caso, miles de conflictos por medio de ponderaciones razonadas de derechos humanos a instancias de los justiciables.

Finalmente, Santi Romano, quien identificó la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que se interrelacionan. El lugar en jerarquía del CEDH entre las fuentes del ordenamiento español no basta para comprender la intensidad o el impacto de esa transformación; lo importante es cómo se relaciona el ordenamiento español con las dos legislaciones europeas acerca de derechos. La respuesta que nos dé nuestro ordenamiento interno respecto del sitio donde pongamos el Convenio en nuestra jerarquía interna de fuentes —o bien junto a la ley, o bien por encima de ella o junto a la Constitución, como ocurre en muchos países iberoamericanos— no tiene una importancia decisiva en la forma de funcionamiento de esas relaciones interordinales; lo relevante es la respuesta que nos dé el TEDH como intérprete supremo de su ordenamiento.

## **A la vanguardia del constitucionalismo sobre derechos. Estados constitucionales convencionalmente limitados**

Durante mucho tiempo, el Tribunal Europeo vivió —como dijo Peter Huber— a la sombra de las constituciones nacionales, teniendo un protagonismo auxiliar o accidental. Pero ya no es así, sino más bien al revés. El Tribunal Europeo es el que crea las herramientas más imaginativas y está transformando los derechos constitucional e internacional de los derechos humanos: *restitutio in integrum*, obligaciones positivas de muy diversa naturaleza, sentencias piloto, opiniones consultivas, medidas generales de reparación, criterios de interpretación específicos, nuevos derechos, como la vida privada y familiar, y un largo etcétera de temas; es, pues, el que está en la línea de vanguardia y modifica el estado de las cosas. Ese rol es quizá todavía más claro respecto de la Corte IDH, que tiende a ser más activista. Los derechos constitucionales de los estados deben europeizarse o americanizarse. Los estados constitucionales se encuentran limitados por el sistema del Convenio y el derecho de la Unión.

## **Un espacio convencional europeo y la progresiva constitucionalización del Convenio y el Tribunal**

En esas ideas generales (que valen en los dos continentes) puede sostenerse que hay un “espacio convencional europeo” de decisión. La garantía y el contenido de los derechos fundamentales ya no se resuelven solo en los estados, sino en el ámbito europeo. Existe un espacio común repleto de estándares convencionales, que lidera una jurisdicción con capacidad de decisión y que produce un efecto armonizador de los derechos mediante la intensa eficacia de cosa interpretada de sus sentencias. La presunción de inocencia es muy parecida en toda Europa y otro tanto semejante ocurre con el *ne bis in idem* en materia tributaria y penal, por mencionar dos muestras entre un océano de ejemplos.

Mi libro intenta una síntesis o sucinta explicación de cómo funciona el Tribunal Europeo en la realidad de las cosas y no solo en la letra

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

del Convenio Europeo y los protocolos. Pero es una síntesis con tesis. Defiende una posición muy favorable a su comprensión, como una verdadera Constitución europea en materia de derechos y la inevitable ósmosis entre la jurisdicción del TEDH y las jurisdicciones constitucionales, así como postula fortalecer el funcionamiento *more constitutionalis* del primero. Una transformación por la cual, sin dejar de ser un tratado internacional, se modifica constantemente mediante interpretaciones evolutivas aparecidas en siete décadas de jurisprudencia y miles de asuntos —se dictan más de 800 sentencias cada año—.

## La expansión de los derechos convencionales

Esa situación ha cambiado los derechos del Convenio y ha ampliado mucho su objeto. Se han incorporado los derechos sociales mediante carambolas o interpretaciones sistemáticas que los ponen en conexión con los derechos civiles y políticos. Se ha expandido el contenido de algunos derechos —por ejemplo, el derecho a la no expulsión de los migrantes con arraigo para permitir la vida familiar, o las garantías de salubridad en el estado de las cárceles ligadas a la prohibición de malos tratos—. Se han creado nuevos derechos, como la protección frente al ruido, interrelacionando pretensiones medioambientales con el derecho a la vida privada y familiar. Se ha extendido la jurisdicción del TEDH a ciudadanos sometidos a la jurisdicción de los estados en actuaciones realizadas fuera de su territorio, e incluso del espacio europeo, dando al CEDH una cierta extraterritorialidad. Los contenidos protegidos crecen constantemente, como es inherente a la naturaleza expansiva de los derechos fundamentales.

## La triple naturaleza del Convenio Europeo. Una interpretación constitucional versus el discrecional margen de apreciación nacional

He argumentado que el Convenio Europeo tiene una triple naturaleza: es un tratado internacional, también un instrumento constitucional

del orden público europeo y, asimismo, un derecho comunitario, porque se recibe en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es su heredera principal.

Es un derecho constitucional porque se recibe en las declaraciones de derechos de las constituciones nacionales e influye en ellas y en la labor de los intérpretes supremos de cada ordenamiento estatal. También porque, poco a poco, el CEDH se ha ido interpretando, a su vez, con criterios de una interpretación constitucional. No basta con los mencionados, de carácter general, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino que el Tribunal Europeo lo interpreta de acuerdo con el juicio de proporcionalidad; la interpretación evolutiva (*nowadays present conditions*); el antiformalismo de unos derechos reales y efectivos y no meras garantías ilusorias; la cultura del Estado de derecho o *Rule of Law*, o el principio democrático, como lo haría cualquier buen tribunal constitucional.

La excepción más importante es la ambigua e impredecible doctrina del margen de apreciación nacional. Según esta idea usada por la jurisprudencia europea, el alcance de los derechos depende del contexto y de la naturaleza del derecho —así lo recuerda la Declaración de Copenhague— y, en ciertas cuestiones sensibles, como las religiosas o las morales, o las identidades nacionales o constitucionales, se deja un margen de decisión a cada Estado parte: una razonable deferencia o cortesía diplomática típica de una protección internacional. El TEDH se autolimita entonces, practica esa deferencia, respeta algunas decisiones de los estados y mantiene la lógica de la subsidiariedad, que es inherente al sistema del Convenio. Esta es todavía una de las principales diferencias entre esa jurisdicción internacional y un tribunal constitucional de un Estado.

## **Un sistema binario de integración por medio de los derechos, la Unión Europea y el Consejo de Europa, que impone un diálogo judicial**

En Europa también tenemos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —una declaración del año 2000 más moderna y

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

completa—, que es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No se ha producido todavía la adhesión de la Unión al CEDH, que fue detenida por la hipersensibilidad de este último en un verdadero veto, si bien ha vuelto a abrirse el debate acerca de la adhesión.

Hay ya un razonable diálogo entre el Tribunal de Justicia, ubicado en Luxemburgo, y el Tribunal Europeo, con sede en Estrasburgo, en la práctica total de los derechos. Se está razonando la Carta de los Derechos mediante interpretaciones equivalentes a las del TEDH, teniendo en cuenta su jurisprudencia y también a la inversa. No puede haber otra salida razonable porque, en ausencia de pasarelas entre los dos ordenamientos e instrumentos procesales de relación, debe imponerse la lógica del diálogo interordinamental con empatía constitucional y fertilizaciones recíprocas, para impedir una irresponsable fragmentación de unos mismos derechos de los europeos.

## **La desaparición de la Comisión, el acceso directo y la crisis del desbordamiento. La creación de nuevos instrumentos procesales**

Desde 1998 se tiene acceso directo al Tribunal Europeo mediante las víctimas, a diferencia de lo que sucede en Iberoamérica, donde filtra las demandas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y manda los casos que conviene a la Corte IDH. Ese sistema fue el modelo europeo hasta la entrada en vigor del Protocolo 11. Ahora se accede directamente por los justiciables, con lo cual el atasco de asuntos que se produce en la CIDH es el que tiene, y con mucha mayor intensidad, el TEDH al facilitarse un acceso capilar y difuso de las víctimas.

Ha habido una avalancha de muchos millares de casos desde que los asuntos empezaron a llegar directamente. Un tribunal de 47 jueces —un juez por Estado parte— difícilmente puede enjuiciar los derechos de 800 millones de personas y potenciales justiciables. Surge un claro problema de compatibilidad entre una legitimación activa tan difusa y una jurisdicción concentrada en un único tribunal. La sobrecarga de asuntos pendientes ha llevado a celebrar distintas conferen-



cias de los estados parte y a discutir nuevos mecanismos procesales para aliviar esa sobrecarga de asuntos, con lo cual se facilita la inadmisión de las demandas y se crean nuevos instrumentos, como las sentencias piloto.

De esa manera, si se pensara algún día en introducir un acceso directo en América Latina, habría primero que incrementar seriamente el presupuesto de la Corte IDH y, desde luego, actuar con prudencia, porque un acceso directo sin el filtro de la Comisión es previsible que produjera una análoga sobrecarga de asuntos.

Ha habido sucesivas modificaciones procesales para afrontar ese reto. El Tribunal Europeo inadmite los asuntos que le parecen mal fundados o repetitivos. Se ha objetivado el acceso directo —lo que podríamos llamar el amparo europeo—, pues si bien se mantiene esa amplia legitimación difusa, en la práctica más de 90 % de las demandas se inadmite. Esa es la gran paradoja: reconocer una legitimación muy difusa, pero que concluye con la admisión y el enjuiciamiento pleno de pocos asuntos, lo que no deja de ser algo contradictorio. No obstante, el TEDH está poniendo anualmente ocho centenares de sentencias, de manera que no son tan pocos.

Dicha sobrecarga de casos también ha llevado a la creación de las llamadas sentencias piloto, que son una variante de control de convencionalidad de la ley que se asemeja al control de constitucionalidad concentrado. Se elige un caso ahí donde hay una multiplicidad de casos iguales pendientes y se fijan unos criterios y unas medidas de reparación en una sentencia piloto que se aplican a los demás pronunciamientos, con lo cual incluso pueden repatriarse las demandas, una vez que se crean recursos nacionales efectivos. Es un control de constitucionalidad de casos repetitivos acerca de la ley o de las violaciones estructurales, pero que permite construir estándares convencionales y medidas generales de reparación. Esas sentencias fueron creadas pretorianamente por el TEDH a instancias del Comité de Ministros, pero ya están reguladas en su reglamento.

También se han incorporado unas nuevas opiniones consultivas (*advisory opinions*), que consisten en la posibilidad de que los altos tribunales que decida cada Estado le pregunten al Tribunal Europeo su opinión acerca de un problema en la interpretación o la aplicación de los derechos, con lo que interrumpe el pleito que están tramitando.

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

Es un procedimiento muy distinto, como fácilmente se advierte, al que conoce la Corte Interamericana con el mismo nombre. Se han creado por el Protocolo 16, que muchos estados aún no han ratificado, pero que ya ha entrado en vigor merced al europeísmo de la Francia de Emmanuel Macron. Es una cuestión prejudicial e incidental, inspirada en la cuestión prejudicial que se plantea por los órganos judiciales al Tribunal de Justicia, y en las cuestiones de inconstitucionalidad de la justicia constitucional que aparecieron antes. Son tres instrumentos prejudiciales de diálogo cuya concurrencia habrá que ordenar.

## **El derecho procesal constitucional como modelo del derecho procesal convencional**

Una idea en la que quiero insistir es que el derecho procesal constitucional y el derecho procesal convencional se están mezclando o fusionando en sus técnicas y sus herramientas a imagen y semejanza del primero, que alberga muchas más experiencias y una doctrina mucho más elaborada. América Latina va por delante de Europa en ese proceso.

## **Eficacia de cosa interpretada y *ius commune***

A mi entender, lo más importante en el funcionamiento real del sistema del Convenio es la idea de cosa interpretada, que se predica de las sentencias del TEDH y las aproxima a la vinculación propia de las sentencias constitucionales, según las doctrinas alemana, española e italiana. Cuando el Tribunal Europeo crea un estándar convencional, un precedente que acuña una doctrina, se aplica en todo el espacio europeo. Creo que es una labor mucho más importante que resolver caso a caso las concretas violaciones: interpretar de manera general los derechos y dejar que sean los tribunales nacionales los que apliquen esa interpretación vinculante y reparen los derechos de concretos justiciables.

Es básicamente lo mismo que hace un tribunal constitucional o un tribunal supremo y es esa eficacia armonizadora la que está creando un nuevo *ius commune*. No es tan importante para una jurisdicción supranacional resolver muchos casos cada año como dictar una buena doctrina que se aplique por todos los tribunales en un espacio común. Esa es una de las principales manifestaciones de lo que llamamos la constitucionalización de la jurisdicción europea.

## **El desarrollo de las medidas de reparación: individuales y generales**

También hemos avanzado en las medidas de reparación. Cuando hace muchos años empecé a leer los pronunciamientos de la Corte IDH, me sorprendió su imaginación al dictar medidas de reparación individuales y generales, porque el TEDH prácticamente solo daba indemnizaciones o compensaciones. En cambio, la Corte Interamericana pedía dar becas a los indígenas, construir una escuela o recordar la memoria de unos desaparecidos. El profesor y juez Sergio García Ramírez ha sistematizado bien todas estas medidas de reparación, de las que en buena medida fue artífice, y he discutido con él varias veces dicho asunto manifestando mis dudas. Sin embargo, cada vez más el Tribunal Europeo ordena liberar presos, modificar leyes o reglamentos, o dictar protocolos de actuación. Finalmente, en Europa también ha habido una generalización de medidas de reparación, aproximándose algo los dos modelos.

## **La colaboración en la supervisión de ejecución entre el Tribunal Europeo y el Comité de Ministros**

Por último, en el modelo americano de ejecución de sentencias, muy judicializado, la Corte es la que supervisa el cumplimiento de sus sentencias, mientras el modelo europeo atribuye esa función a un órgano político: el Comité de Ministros, que no existe en el sistema interamericano. Es una solución política no exenta de utilidad diplomática.

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

Pues bien, progresivamente se han ido fusionando los dos modelos porque el TEDH participa ya en la ejecución junto al Comité. Se ha creado un sistema de dos caminos (*double track system*). El Tribunal elige los casos más importantes y prioritarios (*priority cases*), los trata con cuidado y se preocupa de que se ejecuten. En definitiva, de un sistema del Convenio de ejecución política hemos pasado a la cooperación en la ejecución entre el Comité de Ministros y los expertos del Tribunal en grupos de derechos humanos.

## **Un modelo inicial basado en la desconfianza y la ruptura de la universalidad de los derechos fundamentales**

Hay que considerar que cuando se creó el Tribunal Europeo, en la década de 1950, vivíamos en plena Guerra Fría y huíamos de los desastres ocasionados por los totalitarismos y el horror creado por las gravísimas y generalizadas violaciones de derechos. Fue un momento de idealismo realista: un momento constituyente. El derecho público es a menudo idealista, de lo contrario no es derecho, pues se construye desde el deber ser y no solo desde el ser. Después de la Segunda Guerra Mundial, había que reaccionar y proteger la dignidad humana de manera eficaz y colectiva frente a grandes abusos. Fue harto difícil porque existían dos bloques separados por un telón de acero o cortina de hierro: un mundo comunista en el Este de Europa y otro mundo capitalista en la tradición de los países del Oeste, ambos con concepciones distintas e incompatibles. Por eso, algunos derechos no se pudieron aprobar en un primer momento y se llevaron luego al Protocolo Adicional, mientras que los derechos sociales vinieron excluidos.

En el Convenio Europeo de 1950 solo se reconocen derechos civiles y políticos, y los derechos sociales se insertaron mucho después en la Carta Social Europea de 1961 y con una protección debilitada. Los derechos sociales tienen un sistema de protección colectiva y de informes, mientras que los derechos civiles y políticos mantienen un sistema de protección jurisdiccional más intensa. La universalidad de los derechos fundamentales quedó fragmentada. Esos derechos socia-

les tampoco están realmente en la CADH, aunque existan algunas previsiones normativas, y la jurisprudencia evolutiva de la Corte IDH se está adentrando en ellos. Por ese mismo recelo, se creó una Comisión que filtrara con criterios políticos los asuntos que debería subsidiariamente resolver el Tribunal y que se esperaba que no fueran muchos.

No obstante, el gran reto del futuro para los dos continentes es tutelar los derechos sociales e irlos incorporando al ritmo que pueda la protección judicial, e integrar a la jurisprudencia europea parte de la rica experiencia adquirida en los informes del Comité Europeo de Derechos Sociales, para superar esa división entre derechos que todavía subsiste. El CEDH dejará de estar a la vanguardia si no es capaz de adentrarse en los derechos sociales y lo mismo podríamos decir para la CADH.

De ese inicial recelo entre dos mundos antagónicos derivan también las dos visiones que el Convenio Europeo permite. Estamos ante un instrumento clásico de derecho internacional que erige una garantía multilateral y colectiva. Fue la primera vez, y esto era muy nuevo entonces, que un justiciable pudo denunciar a su Estado ante una jurisdicción internacional, algo que nunca había ocurrido. Se trata de un cambio revolucionario en el derecho internacional de los derechos humanos que ha acabado por erigir al Convenio en una verdadera carta constitucional de derechos. Y donde hay un remedio jurisdiccional en un proceso, hay un verdadero derecho fundamental.

## **Distintas fases en la evolución del Convenio**

El sistema europeo ha ido avanzando muy lentamente, caso a caso y año tras año, con una prudencia tremenda, hasta llegar a adquirir la posición cuasi constitucional que hoy tiene. Esa es la clave. Solo desde esa parsimonia se explica la aceptación de las intensas transformaciones por los estados, dado el ritmo muy lento con el que se han ido creando, de manera que pudieran ir las asimilando y consintiéndolas, aunque a menudo fuera a regañadientes.

En España solemos decir “vísteme despacio que tengo prisa”. Los cambios profundos requieren ritmos lentos. Recordemos que el Con-

## La transformación constitucional del Convenio Europeo...

venio es de 1950, pero entró en vigor en 1953, con la última ratificación. Sin embargo, la Comisión se creó en 1956. No obstante, el TEDH se constituyó en 1959 y dictó su primera sentencia, *Lawless* contra Irlanda, en 1961, con lo cual enjuició una demanda presentada nada menos que cuatro años antes. Transcurrió una década, pues, desde la aprobación del Convenio hasta esa primera sentencia.

En suma, la primera fase de puesta en marcha fue muy lenta para que los estados se acomodaran a la novedad. De 1961 a 1975 hubo lo que se llamó una fase durmiente: el Tribunal estaba con la tutela de la Comisión que llevaba realmente el protagonismo e hizo algunas de las doctrinas iniciales, por ejemplo, el margen de apreciación nacional. Pero llegó el final de la década de 1970 y, con este, una tercera fase de consolidación. El TEDH, después de 20 años, comenzó a despertarse, a sentirse seguro y dictó sentencias muy importantes: *les arrêts fondateurs*: *Golder* contra el Reino Unido, que constitucionaliza el debido proceso; *Tyrer* contra el Reino Unido, que protege contra malos tratos y prohíbe los castigos corporales; *Marckx* contra Bélgica, respecto a los efectos declarativos de la sentencia; *Airey* contra Irlanda, acerca del derecho a la defensa, y un largo etcétera.

Una cuarta fase sobrevino tras entrar en vigor el Protocolo 11 en 1998, el cual hizo posible que los ciudadanos acudan directamente al Tribunal Europeo sin el filtro de la Comisión. La desaparición del obstáculo produjo un serio desbordamiento con decenas de miles de asuntos. El Tribunal Europeo ha estado desde entonces embebido en un debate organizativo acerca de cómo resolver en tiempo todos los casos repetitivos que tiene. Esa fase todavía no se ha superado plenamente, pero de aquí surge la posibilidad de inadmitir demandas de acceso directo más fácilmente, como ocurre también en los tribunales constitucionales, entre otras innovaciones.

¿Se puede entender consolidado el modelo? En absoluto, porque la sobrecarga de asuntos no se ha acabado y hay retos nuevos. El TEDH está en condiciones de resolver pronto los *priority cases* —los casos nuevos—, pero no ha sido capaz de quitarse todavía la sobrecarga de asuntos repetitivos. Quizá crezcan ahora —como espero— las opiniones consultivas y se refuerce el margen de apreciación nacional si se crean recursos efectivos en el ámbito nacional, pero la evolución de la jurisdicción europea es incesante y, previsiblemente, vendrán fases y evoluciones ulteriores.

## Una integración mediante derechos crea sociedades homogéneas

El espacio convencional europeo, integrado por 47 estados y 800 millones de personas, es inmenso en territorios e intenso en su pluralismo cultural y político. Fue, inicialmente, un pequeño club de democracias estables —como explicó Carrillo Salcedo—, pero al crecer hacia el Este, tras caer el muro de Berlín en 1989, se incorporaron sociedades más heterogéneas.

La situación europea en los años después de la Segunda Guerra Mundial era la de un mundo bipolar, dividido en dos bloques separados, no un mundo multipolar, como es el que ahora se habita, e incluso caótico y sin liderazgo internacional. Esto, debido a que se ha acentuado el bilateralismo en los últimos años tras la Gran Recesión económica, la irresponsable presidencia aislacionista de Donald Trump en Estados Unidos de América y la pandemia del coronavirus en 2020. Se trata de sucesos que han impulsado muy diversos populismos autoritarios y la vuelta a los nacionalismos en Europa.

Sin embargo, la relativa homogeneidad del espacio europeo durante mucho tiempo permitió decir al TEDH que el Convenio es un “instrumento constitucional al servicio del orden público europeo”. Una frase feliz. Fue un cambio revolucionario, pues permitió visualizar que unos derechos fundamentales comunes integran a los europeos de una manera constitucional: crean progresivamente, estándar tras estándar, un *demos* o pueblo europeo mediante una sólida cultura común de los derechos. Lo anterior, ya que —como sabemos desde Rudolf Smend— los derechos son una forma de integración funcional o de asociación ciudadana. La misma idea moderna y constitucional de nación se puede defender desde un mismo entendimiento de los derechos y, por qué no, la de pueblo.

No obstante, ese espacio europeo, relativamente homogéneo en su cultura, se encuentra un poco en crisis por la situación fundamentalista en Turquía; por el peligroso Brexit en el Reino Unido, que estuvo a punto de afectar al Convenio Europeo mediante su denuncia —si bien al final no ha sido así—, y por las situaciones autoritarias en Polonia, Hungría y Rumania, que amenazan la independencia judicial y el Estado de derecho. Hay un peligroso resurgir de los nacionalismos

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

en Europa que hace necesario reforzar el *Rule of Law* en la Unión y el Consejo de Europa, para robustecer la aspiración común a una Europa de los derechos.

## ¿Cambios organizativos? Protocolos 15 y 16

En ese contexto de desbordamiento de las demandas y resurgir de los nacionalismos, se ha celebrado media docena de conferencias de los estados miembro que intentan encontrar salidas, en particular, al atasco de los asuntos. La principal respuesta tras la amplitud que creó el Protocolo 11 vino con el Protocolo 14, que permite al Tribunal, incluso en decisiones de un solo juez o en secciones de tres, inadmitir los asuntos. ¿Cuáles son los otros dos cambios más importantes?

El Protocolo 15, el cual está pendiente de ser ratificado por diversos estados y que —al menos en teoría— reforzará el margen de apreciación nacional y la subsidiariedad, al pedir que se mencione el primero en el Preámbulo del Convenio. Fue una obsesión del gobierno de David Cameron, de Gran Bretaña, en la Conferencia de Bristol, como otras partes de su fallida estrategia electoralista en diversos temas, y, en especial, tras el caso Hirst respecto a los derechos de los presos. Dudo que, por sí mismo, refuerce el margen realmente como se pretende por muchos estados, porque el Tribunal seguirá siendo el árbitro que interprete cuándo lo aplica o no, en qué temas y en qué derechos. Seguiremos previsiblemente —barrunto— en la justicia del pretor, que es inherente a la lógica decisionista del margen que se resiste a abstracciones y mandatos generales. La subsidiariedad se está defendiendo, entre otros, por el nuevo presidente del TEDH, el islandés Robert R. Spano, y puede que sea el momento de reforzar la colaboración de los estados.

Sin embargo, creo que el verdadero cambio jurídico puede venir del Protocolo 16, como ha ocurrido con algunas jurisdicciones constitucionales. Se introducen unas interesantes opiniones consultivas que permiten a los tribunales más altos de cada país —no a todos ellos, al modo de la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad en Francia— preguntar al Tribunal Europeo qué hacer en la interpretación de



un derecho o en la interpretación conforme al CEDH de una ley. Supone un magnífico instrumento incidental de diálogo entre las altas cortes. El presidente Dean Spielmann, de Luxemburgo, lo calificó como “el protocolo de diálogo”. Al igual que ocurre con la cuestión prejudicial, que permite a los jueces y los tribunales nacionales preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si una norma nacional viola las normas del derecho de la Unión, y con la larga experiencia de las cuestiones de inconstitucionalidad, que son la joya de la corona del derecho procesal constitucional en Europa.

Ciertamente, el Protocolo 16 dice que los dictámenes en las opiniones consultivas no son vinculantes, pero no creo que dicha caracterización pueda mantenerse ni que eso sea un verdadero problema. Probablemente el Tribunal Europeo será en el futuro coherente y congruente con lo que diga en las opiniones consultivas en las sentencias acerca de demandas individuales y aquellas acabarán siendo de algún modo vinculante, o por lo menos su doctrina y sus razonamientos deberán tenerse en cuenta. También respecto de la Corte IDH se dijo que las opiniones consultivas no eran vinculantes y, pasado un tiempo, la jurisprudencia evolucionó en 2014 (OC-21/2014), con lo cual superó las dudas iniciales. Un mismo tribunal no puede dictar decisiones contradictorias y manejar interpretaciones distintas de unos mismos derechos simplemente porque se trate de procesos diferentes.

## **La creciente aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia “teniendo en cuenta” la jurisprudencia del Tribunal Europeo**

Cabe recordar que tenemos una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, cuyo intérprete supremo es el Tribunal de Justicia y un Convenio Europeo de Derechos Humanos que lidera el Tribunal Europeo. La Unión intentó adherirse al sistema del Convenio, pero el Tribunal de Justicia, en un dictamen de 2014 —en el ejemplo más claro que conozco de lo que no es diálogo, sino monólogo—, sostuvo que la adhesión no era posible, al advertir numerosos problemas y obstácu-

## La transformación constitucional del Convenio Europeo...

los más o menos virtuales o hipotéticos, que la mayor parte de la doctrina científica no alcanzó a compartir. Al final, puede que ese veto no fuera tan malo, porque después de que el Tribunal de Justicia negara la adhesión de la Unión Europea al Convenio, ha empezado a aplicar mucho más la Carta de los Derechos Fundamentales, es decir, a tomársela en serio.

Se ha visto que los derechos contenidos en ella son verdaderos derechos y los interpreta, normalmente, de acuerdo con el Tribunal Europeo, “teniendo en cuenta” su jurisprudencia, por más que no haya querido sentirse vinculado de manera formal por ella. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Irlanda le preguntó, en 2018, al Tribunal de Justicia, en aplicación de la orden de detención europea, qué pasaría si el Reino Unido saliera de la Unión y si podía —una pregunta que no dejaba de albergar cierta ironía— extraditarle presos, pues tras el Brexit no había garantía de que se aplicasen los derechos fundamentales de la Carta.

El Tribunal de Justicia resolvió que aún no se había aprobado el Brexit y que en caso de salir el Reino Unido de la Unión —como finalmente ha ocurrido— el artículo 3 del CEDH es el mismo que el artículo 4 de la Carta de los Derechos. También el caso Max Planck Gesellschaft de 2018 acerca de las condiciones de trabajo justas respecto de las vacaciones, en el que el Tribunal de Justicia dijo que el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos debía aplicarse a la luz de la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

En suma, no se ha producido todavía la adhesión de la Unión al Convenio Europeo —si bien vuelve ahora a impulsarse por los estados—, pero se está aplicando cada vez más la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mediante un diálogo entre el TEDH y el Tribunal de Justicia, que toma en cuenta la jurisprudencia del primero y a veces a la inversa.

Sin embargo, advertiré que el Tribunal de Justicia no fue pensado como un tribunal de derechos y no hace habitualmente una interpretación constitucional mediante argumentaciones largas y prolijas, que puedan resultar suasorias, como suelen hacer los tribunales constitucionales alemán, italiano o español y el TEDH a imagen y semejanza de aquellos. Tiende a hacer sentencias muy cortas, lacónicas y apodícticas, a menudo escasamente motivadas, como el tribunal que realmen-

te es acostumbrado a garantizar tributos y otro tipo de libertades, y esa insuficiencia explica las controversias que han producido algunas de sus decisiones más polémicas.

## **La necesidad del diálogo judicial: la falacia de la última palabra**

Hemos visto que buena parte del funcionamiento del sistema y de esas relaciones interordinamentales se basa en el diálogo judicial. Debe caerse en la cuenta de que, en un escenario como este, nadie dice la última palabra, no existe jerarquía ni nadie es final, como acontece con el tribunal supremo de un país. Nada es tan sencillo, hay trabajo para todos en la fase ascendente y en la descendente. Cuando el TEDH establece algo nuevo, su aplicación depende, en buena medida, no solo de los legisladores, sino también de los tribunales nacionales, para que lo apliquen. Nadie tiene la última palabra, como han dicho algunos expertos en filosofía moral o en filosofía del derecho —más que verdaderos constitucionalistas en su sentido europeo—, como el neozelandés Jeremy Waldron, probablemente poco familiarizados con los problemas reales de la jurisprudencia en un incesante *case law*.

En tal escenario, mucho más complejo, diversos órganos jurisdiccionales que actúan en una concurrencia perfecta de jurisdicciones se van haciendo sucesivos y recíprocos matices el uno al otro. Nadie es el último vocero en la interpretación de los derechos. Es un proceso abierto y cambiante. El diálogo judicial consiste en buscar interpretaciones equivalentes y complementarias, y no en pretender decir la última palabra. La ductilidad de los derechos y la flexibilidad de los estándares convencionales, que suelen admitir distintos desarrollos, favorecen dicho entendimiento, mucho menos autoritario y más dialogante.

## Variados escenarios de diálogo judicial y doble interpretación conforme

Existen muy variados escenarios de diálogo judicial acerca de derechos. Mencionaré algunos. Cuando el Tribunal Europeo reconoce un margen de apreciación y de libertad de configuración normativa a los estados —por ejemplo, para regular las elecciones o la gestación subrogada—; o cuando, por el contrario, se establece un estándar común —por ejemplo, al reconocer que no puede anudarse automáticamente y sin mayores razones a cualquier condena penal la privación del voto a los presos—; o cuando el TEDH recomienda hacer algo a los estados —que cambien una ley incompatible con el Convenio e incluso una norma constitucional o modifiquen una jurisprudencia—, o el muy interesante y frecuente manejo en Estrasburgo del derecho comparado en la búsqueda de un *common back ground* europeo. Ante una pregunta, el Tribunal Europeo, que es el tribunal comparatista por excelencia, revisa las diferentes soluciones normativas en los estados, sistematiza las respuestas y, en su caso, unifica una solución o exégesis europea.

Por último, la herramienta más habitual del diálogo es imponer una interpretación conforme al sistema del Convenio y pedir a los poderes públicos de los estados, en particular, a los órganos judiciales, que interpreten las normas nacionales conforme a las normas y la jurisprudencia europea que de ellas emana. La inaplicación de una ley, por contradecir el sistema del CEDH, no puede descartarse *a priori*, pero tiende a ser muy rara, porque, de nuevo, la ductilidad y la apertura de las normas acerca de derechos suele permitir acomodar o corregir sus exégesis mediante una doble interpretación conforme a la Constitución y al Convenio Europeo. De hecho, el TEDH no maneja la expresión *control de constitucionalidad difuso*, harto difícil de traducir al inglés, a diferencia de la Corte IDH, y llega casi a los mismos resultados por otras vías.

## **Ante la avalancha de asuntos, ¿justicia individual o justicia constitucional?**

En 40 años, de 1959 a 1999, el Tribunal Europeo dictó menos de 1,000 sentencias. Pero con el acceso directo en 1998, las cifras se dispararon. Hubo nada menos que 151,600 demandas individuales en 2011 y 79,750 en 2016. Sin embargo, vuelvo a poner de manifiesto mi relativo optimismo; primero, porque media docena de los 47 estados parte —Rumania, Rusia, Turquía, Ucrania, Hungría, etcétera—, clientes habituales, comprenden la mayoría de los asuntos: más de 85 por ciento. La situación es mucho mejor en el resto de los estados; segundo, porque 70 % de los casos es repetitivo o causado por violaciones estructurales; tercero, porque el proceso debido es el derecho más invocado, y son muy frecuentes las denuncias de dilaciones indebidas y sentencias dictadas fuera de un plazo razonable.

Pero ¿puede el Tribunal Europeo acabar con las dilaciones estructurales? De ningún modo. Es un termómetro de la mala situación de la justicia en los estados. Mientras no se dicten medidas modernizadoras, como organizar una buena oficina judicial y contar con procesos rápidos, medios materiales y personales suficientes, así como una mejor formación de abogados y jueces, seguirán llegando al TEDH miles de casos en materia de proceso debido. Una situación que el Tribunal no está en condiciones de resolver y queda en manos de las reformas pendientes en los estados. La subsidiariedad debe verse también desde esa perspectiva.

A la vista de la cifra de asuntos, hay un debate que no quiero ocultarles acerca de si debemos mantener un sistema de justicia individual; es decir, si el Tribunal Europeo —o la Corte IDH— están para proteger caso a caso o deben cumplir una función preferentemente objetiva o constitucional, hacer una interpretación constitucional y sentar estándares claros. Creo que el segundo modelo es cada vez más inevitable, pues quienes tienen que reparar los derechos subjetivos de millones de víctimas son los jueces nacionales. La subsidiariedad obliga también a los estados a prever recursos efectivos en sus ordenamientos, al participar de forma más activa en el sistema del Convenio.

El TEDH, me parece, debe concentrarse en crear criterios generales que se apliquen por los órganos judiciales de forma muy difusa. Con

La transformación constitucional del Convenio Europeo...

esas cifras no hay más salida que ir a un modelo constitucional. De hecho, cuando se creó el CEDH no se pensaba que llegarían miles de casos al Tribunal Europeo. El diseño inicial se basaba en el filtro de la Comisión y se pensó en edificar una jurisdicción europea de manera selectiva. Se trata de volver a esto en parte. Caso a caso, demanda a demanda, es muy difícil reparar los asuntos, y las compensaciones y medidas de reparación que el TEDH puede dictar a veces no bastan para restablecer a las víctimas en la integridad de los derechos violados sin la colaboración de los estados.

Insistiré, pues, en que —estimo— el futuro pasa por un modelo constitucional de la jurisdicción europea fundado en dictar buenos estándares, criterios interpretativos respecto a los problemas de los derechos, y esperar a que se desarrollen y especifiquen en las leyes, las constituciones y las jurisprudencias nacionales. Esa es la lógica de un modelo como el europeo, fundado en la confianza y la colaboración de los estados, y todas las técnicas que sirvan a ese fin me parecen útiles; entre ellas, la labor de las altas cortes como mediadoras o divulgadoras de las sentencias del TEDH. No podemos esperar a que todos los jueces de España lean la jurisprudencia del Tribunal Europeo, pero sí que atiendan al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo cuando les explican qué estándares convencionales deben cumplir.

## **A modo de conclusión**

Concluiré mi intervención en la defensa que hago del entendimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una constitución material, estrechamente interrelacionada con la constitución formal de cada país, tras la exposición detallada de su seria y lenta transformación en siete décadas de funcionamiento, mediante diversos protocolos, buenas prácticas y miles de sentencias interpretativas o, incluso, creadoras de verdaderas mutaciones convencionales.

El futuro no puede ser otro que profundizar en esa constitucionalización de la jurisdicción europea y en la objetivación del amparo europeo; claro está, sin desdeñar la reparación de concretos derechos de individuos, como ya ha ocurrido con el amparo constitucional

en varios países. Pero, a diferencia de las razones que explícitamente aportamos muchos profesores de forma creciente, los servidores del TEDH —jueces y funcionarios— y los diplomáticos y otros representantes de los estados parte, es previsible que se mantenga la defensa a ultranza de las peticiones y la justicia individual como el verdadero corazón del modelo. Sin dejar de ser cierto, probablemente no es más que un doble lenguaje, algo retórico, que no impedirá seguir evolucionando en el mismo sentido: lo importante es la cosa y no el nombre de la cosa.

Este apartado pertenece a la obra  
Tiempos de pandemia. Diálogos sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, la cual es acervo del TEPJF.