

La respuesta europea a la crisis de los refugiados

José María Porras Ramírez

El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea

Calogero Pizzolo

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

Javier García Roca

Malos tiempos para el estado de derecho en la Unión Europea

Susana Sanz Caballero

Líneas de debate sobre el derecho constitucional en la era de la globalización

José María Serna

Por una perspectiva dialógica del derecho constitucional europeo

Laurence Burgogue-Larsen

La independencia judicial como requisito para la emisión de la orden europea de detención

Jeremías Brusau

Sobre la ponderación de los intereses concurrentes de las víctimas y de la defensa en la Directiva 2012/29/UE

Rocío E. Buosi

Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

RI&HR

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

IR&DH



Año VII – Nr. 2 – 2019



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VII – N° 2 – 2019

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión¹

§

Javier García Roca²

Sumario

I. Origen doctrinal, uso por la Comisión, recepción por el Tribunal y positivización en el preámbulo. II. Débil construcción jurisprudencial y aportaciones doctrinales. Su anclaje en el principio de subsidiariedad. III. Posiciones doctrinales sobre la necesidad y la justificación de esta doctrina. IV. Criterios de aplicación. V. Conclusiones.

I. Origen doctrinal, uso por la Comisión, recepción por el Tribunal y positivización en el preámbulo.

Una consecuencia de la naturaleza limitada de una protección internacional y de la subsidiariedad es la llamada doctrina del margen de apreciación nacional. Una herramienta con la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se autolimita y se obliga a mantener una diplomática deferencia con las decisiones de las autoridades nacionales en algunos derechos cuando existen situaciones políticas, religiosas o morales muy sensibles para las opiniones públicas y las identidades de

¹ Este estudio ha sido escrito dentro del Proyecto de Investigación "Amenazas y debilidades en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos particularismos nacionales y protección de los derechos sociales (referencia DER2017-82304-C3-1-P)". Una versión en francés se publicará en la *Revue Trimetrique des Droits de l'Homme*. Salvo en lo referido a la nueva tesis del procedimiento razonable de decisión, he partido de mi libro Javier GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010, continuando mi reflexión una década después con afán de contribuir a clarificar esta noción imprecisa. Debe verse también mi libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019.

² Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

algunas sociedades³. Es uno de los asuntos relacionados con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que ha merecido más estudios, y, pese a ello, no hemos avanzado mucho en la gestación de un acuerdo en su tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

El origen del “margen de apreciación nacional” es oscuro. El término no está en el Convenio Europeo ni en los trabajos preparatorio ni es habitual en Derecho Internacional. Pretende incluirse ahora en el preámbulo del Convenio por el Protocolo 15 que aún no ha entrado en vigor. Pero la doctrina fue utilizada pronto por la Comisión [Europea de Derechos Humanos] y luego por el TEDH, quien usa esta técnica con frecuencia desde 1978. La expresión no era evidente o común para los juristas de habla inglesa⁴. Parece proceder de Francia y emanar de la revisión judicial del Consejo de Estado francés que usa la expresión *marge d’appréciation*⁵.

³ Destacaré tres trabajos clásicos: MAHORNEY, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, “Human Rights Law Journal”, vol. 19, n° 1, p. 1, monográfico “The doctrine of the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice”; YUROV, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, p. XXIII, quien enuncia así el problema del margen: “finding the tenuous passage between the undue interference with the sovereignty and autonomy of national authorities, in particular supreme and constitutional courts on the one hand, and the effective protection of the rights guaranteed under the Convention...”; así como ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECH*. Entre los trabajos posteriores a mi monografía, DE SHUTTER - TULKENS: “Rights in conflict: the ECtHR as a pragmatic institution” en BREMS, *Conflicts between fundamental rights*, p. 169-201; SPANO, *Universality as diversity of human rights*, “Human Rights Review”, 14, n° 3, p. 478-502; POPELIER - VAN DE HEYNING, *Subsidiarity post Brighton: procedural rationality as answer*, “Leiden Journal of International Law”, año 2017, vol. 30, issue 1, p. 5-23. Unos autores que incorporan el criterio del “procedural review of legislation”.

⁴ GREER, *The margin of appreciation*, “Council of Europe Publishing”, 2000, p. 5. Es la posición mayoritaria. Discrepan TULKEN - DONNAY, *L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme*, “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, año 2006, n°1, p.4, quienes afirman que nadie quiere reconocer la paternidad del margen.

⁵ Vid. MACDONALD, “The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Diritto Internazionale al tempo della sua codificazioni*, p. 187-208, epígrafe “Origin and history of the margin of appreciation”. Es exhaustivo YUROV, ob. cit., “Birth of the margin doctrine”, p.15 ss.

El margen puede, por tanto, ser comprendido desde la idea francesa de “discrecionalidad administrativa”⁶, y también conforme a las fórmulas alemanas de “espacio de libertad de decisión” o “discrecionalidad de valoración”⁷ que son semejantes. Sin embargo, es preciso subrayar que es una noción dotada de autonomía conceptual en el sistema del Convenio y tiene rasgos propios. Se ha desarrollado por el TEDH mediante una interpretación tópica, no sistemática, y alberga por ello contornos casuísticos e imprecisos. Se asemeja a la justicia del pretor en el caso. Entraña en todo caso un margen de maniobra que el Tribunal concede a las autoridades nacionales en el cumplimiento de sus obligaciones.

Fue la Comisión quien usó primeramente esta herramienta en la denuncia del Reino Unido a Grecia en 1958 por implantar medidas de emergencia en Chipre, así como en otros casos ligados al art. 15 CEDH⁸. Un precepto que permite suspender las obligaciones del Convenio en casos de guerra o de peligros públicos en la medida estricta en que lo exija la situación⁹.

El TEDH fue, al principio, remiso a abrazar esta doctrina en el Caso Lawless contra Irlanda, de 1 de julio de 1961, a diferencia de lo que había hecho la Comisión en su previo informe de 1959. Más tarde, al analizar una discriminación (artículo 14 CEDH) y la validez de los criterios de diferenciación, se subrayó la subsidiariedad propia de un mecanismo internacional y, como consecuencia, la necesidad de no “sustituir a las autoridades nacionales competentes” (Asunto sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968, § 10). Pero

⁶ Véase ARAI-TAKAHASHI: *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, ob.cit., p. 3.

⁷ Cfr. VASEL, *El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año 2009, nº 11, ([www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos\(07JVasel.htm\)](http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos(07JVasel.htm))), p. 3, sobre esta idea del Derecho procesal administrativo alemán, pese a que –afirma– no incluye todos los aspectos del margen.

⁸ Cfr. ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 188; y YOUROV, ob. cit., epígrafe “Leading cases to 1979: toward standards”, p. 25-54.

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ, “La suspensión de las garantías establecidas por el Convenio (artículo 15 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 765-784. Un comentario a la proporcionalidad en situaciones de emergencia y una reseña de los casos en CANNIZZARO: ob. cit., p. 42-52, epígrafe “Proporzionalità e clausole di deroga”.

el Tribunal no volvió a referirse a un “poder de apreciación” hasta una década después en el Caso Dewilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio de 1971, § 93¹⁰.

La Corte Europea no usó expresamente el término margen de apreciación hasta Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 207, al afirmar que los Estados estaban en una mejor situación para valorar en la realidad la entidad de una amenaza para la vida de una nación¹¹. El caso puede considerarse el origen del margen en las sentencias. Es remarcable la lenta y prudente consolidación de sus herramientas por la jurisprudencia europea en este caso durante casi dos décadas. Desde entonces, su uso ha crecido mucho. Pero el Tribunal ha sido más restrictivo que lo fue la Comisión, en especial a la hora de extender el margen a ciertos derechos¹².

El margen está ligado en su origen a la discrecionalidad de un Estado miembro a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia. Una circunstancia excepcional que permitía limitar la intensidad de la supervisión de la Comisión, y abocaba a una deferencia en el uso de los poderes estatales de suspensión¹³. De este origen dramático, procede la tosquedad de la herramienta, algo que hace pensar que deberíamos buscar una alternativa más precisa. Pero no es sencillo, pues la doctrina del margen y su uso se resisten a la racionalización y dependen en exceso del caso y del contexto.

II. Débil construcción jurisprudencial y aportaciones doctrinales. Su anclaje en el principio de subsidiariedad.

La construcción judicial que el Tribunal Europeo ha hecho del margen me parece débil¹⁴, es decir, con poca consistencia argumental, y, precisamente por eso, es susceptible de aplicaciones muy variadas, si no contradictorias.

¹⁰ MACDONALD: “The margin...”, ob. cit., p. 189.

¹¹ Es detallado el análisis que hacen TULKEN – DONNAY, ob. cit., p. 4.

¹² YOUROV, ob. cit., p. 186.

¹³ Véase GROSS - NI AOLÁIN, *From discretion to scrutiny*, “Human Rights Quarterly”, año 2001, n° 23, p. 626. El margen no se puede explicar como una inmunidad en casos de emergencia, y por ello reclaman una construcción más estricta.

¹⁴ Vid. MACDONALD: ob. cit., p. 192 ss. Afirma que ni la Corte Europea ni la Comisión han tratado de aportar una definición del margen y adoptan una determinación en el caso.

Es indiscutible que está ligado al principio de subsidiariedad que es propio de una protección internacional. En 1971, se usó la subsidiariedad en el Caso De Wilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio¹⁵. Pero no fue hasta el Caso Handyside cuando se expuso una fundamentación algo más detallada de este principio en el conocido asunto de la prohibición de publicar un manual llamado el “libro rojo del cole”. El Tribunal sostuvo: “la maquinaria de protección establecida por el Convenio es subsidiaria de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos” (Casos Handyside, de 7 de diciembre de 1976, y Sunday Times, de 26 de abril de 1979, ambos contra el Reino Unido). El legislador dispone de un gran espacio para establecer y mantener políticas propias a través de las leyes, y una Corte supranacional debe respetar estas orientaciones “salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales”.

No es fácil encontrar en la jurisprudencia una caracterización más precisa. La idea básica es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones y en la ponderación de intereses complejos. Pero, si en el uso de esa discrecionalidad¹⁶ que el margen permite, se produce un exceso, el respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea¹⁷. En suma, el margen de apreciación entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una subsiguiente deferencia¹⁸ europea hacia una decisión interna tomada de manera razonable en un caso delicado.

¹⁵ VASEL, ob. cit., p. 16.

¹⁶ KLATT - MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, capítulo “Discretion and deference”, sostienen -siguiendo a Robert ALEXYS- que hay diferentes tipos de discrecionalidad: una estructural y otra epistémica, en la primera, la constitución ni impone ni impide una conducta, en la segunda, esas imposiciones o impedimentos son de incierto conocimiento. Ambas deben usarse en una deferencia judicial como parte del principio de proporcionalidad para no invadir al legislador mediante las sentencias y revisar siempre e intensamente sus ponderaciones: el florecimiento de la judicialización de la política. Igualmente, GRUSZCZYNSKI - WERNER, *Deference in international courts and tribunals*, ob. cit.

¹⁷ Así se dice v.gr. en el Caso Fedorenko contra Ucrania, de 1 de junio de 2006, § 356.

¹⁸ La idea de la judicial deference se usa también por Andrew LEGG, quien cree que el triple fundamento del margen procede: primero de que la legitimidad democrática está en los Estados, segundo de la necesidad de respetar lo que es la práctica corriente, y tercero en el grado de experiencia, especialización técnica y competencia legal de las decisiones. Unos fundamentos que revisa por

Diversos autores han dado descripciones conceptuales más precisas y aportado matizaciones de relevancia. Es clásico Yourov: “libertad para actuar, maniobrar y respirar en un espacio de libertad de actuación, o la latitud o deferencia o de error que los órganos de Estrasburgo autorizan a los poderes nacionales -legislativos, ejecutivos, administrativos- antes de declarar que una derogación del Convenio, o una restricción o una limitación de uno de los derechos garantizados por el Convenio, constituye una violación de una de las garantías convencionales sustantivas”¹⁹. De forma complementaria, Callewaert ha explicado que expresa una “forma atenuada de inmunidad, que permite un control europeo menos intenso que aquél que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción”²⁰. Wildhaber ha matizado esta explicación diciendo que no se trata de otorgar un grado de discrecionalidad absoluto sino “simplemente de reconocer que el Convenio no impone soluciones uniformes” y que, en ciertos dominios y sólo en cierto grado, los Estados pueden tener diferentes regulaciones y restricciones²¹.

Conjugar todos estos buenos matices en una sola fórmula, un criterio de decisión general, no es nada sencillo. En realidad, me temo que sólo puede especificarse el margen en torno a concretos hechos, pues no deja de ser una variante de la justicia del caso en una protección internacional.

En definitiva, el TEDH puede decidir autolimitarse, si la solución nacional tiene una suficiente apariencia de buen Derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista. Respetar una razonable deferencia que deriva de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la que es una protección internacional. Subyace, como justificación, la idea de la mejor posición del juez nacional, al estar más próximo a los hechos, para apreciar ciertos litigios frente al distante juicio europeo. Una manifestación clásica de la subsidiariedad.

capítulos siguiendo un enfoque que no siempre comparto (The margin of appreciation in International Human Rights Law. Deference and proportionality, Oxford U. p., 2012). Analiza el problema en el TEDH, la Corte Interamericana, y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

¹⁹ YOUROV, ob. cit., p. 13. La traducción es harito libre.

²⁰ CALLEWAERT, “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, en MAHONEY – MATSCHER – PETZOLD - WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights*, p. 149.

²¹ Citado por TULKEN – DONNAY, ob. cit., p. 6. Recoge el texto de una conferencia.

Mahoney afirmaba que es necesario un instrumento que trace una línea divisoria entre las cuestiones que debe decidir cada comunidad nacional, conforme al principio democrático, y aquellas otras que tienen suficiente fundamentalidad como para necesitar una solución homogénea europea²². El margen es también un principio de división de jurisdicciones en dos niveles de responsabilidades.

Pero, así comprendida, no es una regla de división muy precisa. Es más una diferencia de grado que de calidad: ¿qué es lo principal en un derecho europeo y qué resulta sólo accidental? De ahí la dificultad de hacer un verdadero juicio jurídico y el riesgo de consagrar una excepción política a un control jurisdiccional. La doctrina del margen produce una gran discrecionalidad de la Corte Europea. Tenemos una frontera entre las jurisdicciones nacionales y europea, pero es una delgada línea roja en el horizonte que no se sabe muy bien por donde discurre y cambia con frecuencia de apariencia.

No es raro pues que la mayor parte de los autores coincidan en que el margen es un instrumento de geometría variable²³. Una doctrina cuya misma imprecisión permite sea aplicada según las circunstancias del caso, las ventajas o desventajas que comporte un enjuiciamiento europeo en la realidad de las cosas. Un parámetro de enjuiciamiento variable²⁴. Una imprecisa herramienta para disminuir la intensidad del control de convencionalidad o simplemente eludirlo.

No falta incluso quienes sostienen que la invocación del margen por el Tribunal tiene mucho de vacía retórica. Pues, en bastantes ocasiones, menciona el margen para luego practicar, en la realidad, un gradual y progresivo incremento de los

²² Véase el trabajo de MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, "Human Rights Law Journal", año 1998, vol. 19, nº 1, que ya he citado. En la misma revista, SCHOEKKENBROEK, *The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights*, p. 30-36, quien también cree que el margen recoge una distribución de poderes entre los Estados y los órganos del Convenio. La idea se expresó con antelación por MAHONEY, *Judicial activism and self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, "Human Rights Law Journal", año 1990, vol. 11, nº 1-2, p. 57-88, quien recuerda que esta división de poderes se funda en el principio democrático "decision-making by freely elected representatives of the people" (p. 81).

²³ GALETTA, ob. cit., p. 750.

²⁴ ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 189.

estándares convencionales sobre los derechos²⁵. Comparto esta sensación en la lectura de buena parte de la jurisprudencia europea. La previa invocación del margen es a menudo una justificación retórica que encubre el verdadero criterio o argumento de la decisión que posteriormente se usa.

Igualmente se han subrayado las analogías y diferencias con la técnica de la ponderación: el *balancing of interests*²⁶.

III. Posiciones doctrinales sobre la necesidad y la justificación de esta doctrina. El espacio europeo de decisión.

Los análisis teóricos discrepan sobre la necesidad de esta herramienta jurisprudencial. Al menos tres posiciones doctrinales son posibles²⁷:

a] Estimar que es “una doctrina tan resbaladiza y elusiva como una anguila”²⁸. Una “aproximación oportunista” donde el TEDH abdica de su responsabilidad, y rehúsa un juicio de fondo (Schokkenbroek, Lord Lester of Herne, Gross & Ní Aoláin, y otros muchos)²⁹. Si fuera así, podría estar en conflicto con el mandato de protección jurídica efectiva de los derechos del Convenio que exige un pleno examen de la medida controvertida.

b] Por el contrario, sostener que es una muestra acertada de autocontención y prudencia judicial (Mahorney, Sir Humprey Waldock, Greer), de realismo, y respeto al

²⁵ Vid. GERARDS, *Margin of national appreciation and incrementalism in the case law of the ECtHR*, “Human Rights Law Review”, 18:3, p. 495-515.

²⁶ Véase COHEN-ELIYE - PORAT, *The global spread of proportionality and some analytical similarities with balancing*, ob. cit.

²⁷ Hasta cuatro posiciones singulariza ARAI-TAKAHASHI, ob. cit., p. 232-234: a transitional doctrine, a rhetorical device, an undesirable doctrine, a desirable and necessary doctrine.

²⁸ La expresión es de LESTER OF HERNE HILL, “The European Convention on Human Rights in the new architecture of Europe: general report” en *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 1995, p. 227. También la emplean, GROSS - NÍ AOLÁIN, ob.cit., p. 627. SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 30, sostiene que es una “aproximación oportunista”.

²⁹ El Voto disidente del Magistrado de Meyer en el Caso Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997, sugirió desterrar el margen como forma de razonar, porque no puede haber espacio para que cada Estado en particular decida qué es aceptable y qué no. Es la Corte quien debe decidir de forma clara y precisa y su punto de vista debe imponerse a los Estados.

pluralismo territorial y cultural de las naciones europeas³⁰. Incluso hay quien sostiene que debería ser un instrumento de aplicación universal³¹.

Una variante radical de esta posición sostiene que el TEDH debería frenar cierto ingenuo universalismo en la comprensión de los derechos humanos y contentarse con los entendimientos locales. Esta tesis es excesiva ya que pretende impedir de raíz cualquier intento de interpretación integradora, tachándola de activismo judicial. Es una posición que haría imposible la integración europea y la misma eficacia de un sistema de garantía colectiva, universal en su génesis.

c] Cabe razonar de forma matizada e intermedia. Las cosas no son tan sencillas como se desprende del falso marco entre elusión/contención. No cabe tanto un rechazo frontal a esta herramienta sino sólo de aquellos usos que permiten dictar decisiones desprovistas de una verdadera motivación³². Me situó confortablemente en esta posición.

Un cierto margen de apreciación nacional es necesario en algunas situaciones por dos razones. Primero, porque refleja el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos. La tremenda diversidad, dentro del Consejo de Europa, de los 47 Estados parte y más de 800 millones de personas y potenciales justiciables que habitan desde el Atlántico en Lisboa hasta el Pacífico a la altura de Vladivostok o del mar de Bering. Una jurisdicción concentrada con un ámbito tan amplio y variado debe ser prudente y contener la intensidad de algunos de sus juicios. Una segunda razón deriva de que una protección supranacional es necesariamente subsidiaria y posterior a la interna

³⁰ MAHONEY, "Marvellous richness", ob.cit. También un antiguo juez del TEDH y de la Corte Internacional de Justicia WALDOCK, *The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Journal", año 1980, n° 1, p. 1-9. Esta doctrina –dice– es la más importante salvaguardia de los poderes soberanos y de la responsabilidad de los Gobiernos en democracia. Asimismo, entre otros, GREER: ob. cit., p. 5, cree que el margen es una doctrina necesaria, pero recuerda que la fórmula demanda una mayor claridad y consistencia en su aplicación.

³¹ Otro firme valedor del margen es MCGOLDRIC, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*, "International and Comparative Law Quarterly", año 2016, vol. 65, p. 21-60, quien pretende hacer de esta doctrina un instrumento universal. Se extraña que no se aplique por el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Menciona decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales donde sí se usa.

³² SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 30.

que dispensen los Estados. Es cada ordenamiento nacional quien debe otorgar una adecuada tutela de los derechos en primera línea. Pluralismo territorial y subsidiariedad constituyen la justificación del margen.

No obstante, conviene recordar que el preámbulo del Convenio Europeo demanda a los Estados realizar “una unión más estrecha”, asegurando la garantía colectiva de los derechos, “animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho”. Tenemos un espacio convencional europeo de garantía de los derechos³³. El fenómeno es aún más evidente cuando opera hacia fuera respecto de terceros Estados que no han ratificado el Convenio, v.gr. con los extranjeros sometidos a expulsión y los extraditados en casos de devolución.

En definitiva, la doctrina mayoritaria tiende a admitir que el margen juega un papel, hoy por hoy, inevitable³⁴. La creación de un espacio europeo tan extenso y plural no sería posible sin un razonable margen de discrecionalidad en la integración de muy diversas comunidades políticas estatales. El margen es la otra cara de la

³³ Jürgen Habermas razona que Europa es un proyecto político que tiene un carácter esencialmente intergubernamental. No existe un “pueblo europeo” ni una homogeneidad cultural como ha denunciado Dieter Grimm. Pero cree que puede sustituirse por “un espacio público europeo” que haga visibles los procesos europeos de decisión (“La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada”, en *¡Ay, Europa!*, p. 81 y ss). Igualmente, HÄBERLE, *¿Existe un espacio público europeo?*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, incluye la jurisprudencia del TEDH como fragmento de una Constitución y de un Estado constitucional (p. 114), y una “común opinión pública” ante las violaciones de los derechos fundamentales (p. 125, p.129). Sobre este espacio en la Unión Europea, véase el debate entre GRIMM, “Does Europe needs a Constitution?”, en GOWAN - ANDERSON (ed.), *The question of Europe*, p. 239 a 258., y, en el mismo libro, HABERMAS, “Reply to Grimm”, p. 259-264; y WEILER: “¿Does Europe needs a Constitution?”, p. 265-204. Del mismo autor *The Constitution of Europe*.

³⁴ Vid. ALKEMA, “The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court”, en *Protecting Human Rights*, ob. cit., p. 57. Un Tribunal que ejerce un control internacional en un sistema intergubernamental debe mantener una distancia y no sólo por razones geográficas. El Convenio no se puede aplicar de forma estricta. Además deben ponderarse razones política judicial conectadas con el desbordamiento de los asuntos en Estrasburgo. El margen es indispensable. En el mismo sentido y allí mismo, CALLEWAERT, “Quel avenir pour la marge d'appréciation?”, ob. cit., p. 147-166, el margen debe mantenerse por realismo, pese a su falta de “popularidad”. Bastaría para su supervivencia con “estructurar y disciplinar su aplicación”

existencia de un amparo espacio europeo de decisión. Se trata de construir la unidad europea desde la diversidad nacional. En este sentido, p.ej. en ausencia de reglas más precisas en el Convenio Europeo sobre laicidad y libertad religiosa, el TEDH se ve obligado a atribuir un rol determinante a las decisiones nacionales en las opciones de política religiosa.

Ahora bien, el margen no puede concebirse como una inmunidad jurisdiccional de los Estados para hacer lo que quieran con los derechos. No es una patente de corso para violar los derechos del Convenio y perpetrar arbitrariedades. Comporta una cierta discrecionalidad, pero eso no es lo mismo que abandonar los derechos a la arbitrariedad de los Estados³⁵.

Se han distinguido -con acierto- dos usos distintos del margen por el TEDH, que han intentado caracterizarse como dos conceptos: estructural y sustantivo³⁶. Primero, cuando el Tribunal menciona el margen como una etiqueta para no enjuiciar un asunto, y no añade una justificación del rechazo ni, menos aún, una teoría sustantiva sobre los derechos en juego. Segundo, cuando la Corte se contiene a la hora de resolver el asunto e invoca la falta de un consenso normativo europeo, lo que sí puede calificarse como una teoría sustantiva. Son dos conceptos débiles, pero ambos usos son frecuentes. Ciertamente, la deferencia ante la falta de un consenso europeo en cuestiones morales o religiosas es importante y, en la medida en que se funda en una exploración de Derecho comparado sobre la situación en los Estados, revela un uso fundado en un método. El primero es simplemente una herramienta pragmática.

³⁵ GOUTTES, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, en "Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme", año 1995, n° 24, p. 566-614, sobre esta afirmación p. 603.

³⁶ Vid. LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, "Oxford Journal of Legal Studies", año 2006, vol. 26, n° 4, p. 705-732. Se plantea si los derechos necesitan verse como "bloqueos" de ciertas opciones o preferencias morales, a "reason-blockig theory", o debe dejarse a los Estados, con acusado utilitarismo, que definan sus propias morales públicas. Mucho me temo -realmente lo deseo- que la creación de una jurisdicción convencional europea conlleva la adjudicación de derechos en espacios más amplios.

Desde la posición intermedia y realista que defiendo, creo que el manejo de esta imprecisa técnica jurisprudencial³⁷, requiere todavía de un mayor perfeccionamiento tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia europea, y esto es lo que voy a intentar, desagregando analíticamente algunos ingredientes.

IV. Criterios de aplicación

IV.a. El consenso normativo europeo y el método comparado. ¿Interpretación evolutiva o margen?

¿Qué criterios utiliza el TEDH para aplicar el margen³⁸? El criterio más sobresaliente es la inexistencia de una base normativa común. Puede llamarse el argumento del consenso europeo³⁹. Consiste en identificar en la sentencia un mínimo denominador común de la institución controvertida en su regulación por los Estados,

³⁷ Así BJORGE subraya que el margen es una técnica típicamente internacional y constata que los tribunales de los Estados europeos no suelen usar esta herramienta respecto de las autoridades nacionales sino otras técnicas jurídicas más sofisticadas de deferencia (*Domestic applications of the ECHR*, capítulo “Margin of appreciation”).

³⁸ Parto de la identificación de criterios que hizo MAHORNEY, en un brevísimo pero enjundioso trabajo, (“Marvellous richness diversity or individual cultural relativism”, ob.cit, p. 5). Con diversas variantes: SCHOKKENBROEKK: ob. cit., p. 34; GREER, ob. cit., p. 7; y también GALETTA, *Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, año 1999, nº 3-4, p. 748.

³⁹ Igualmente el Tribunal de Justicia cuando se plantea el nivel de protección de los derechos fundamentales, maneja este método, pero menos frecuentemente. Indaga las concepciones constitucionales comunes de los Estados y su protección legal. Lo ha hecho con la eventual nulidad de diversas normas comunitarias por vulnerar el derecho de propiedad según el Protocolo Adicional al CEDH. Cfr DÍAZ CREGO, *Los derechos fundamentales como límite al proceso de integración europea*.

y, de advertirse un consenso legislativo⁴⁰, cabe extender la solución al resto, obligándoles a adoptar la regulación de la mayoría⁴¹.

Este método obliga al Tribunal a hacer una compleja indagación de Derecho comparado. Analizar la regulación de casi una cincuentena de Estados con ordenamientos jurídicos muy diferentes es un problema. Pero, de un lado, el TEDH posee abundantes medios materiales y personales, Magistrados y Letrados, y, de otro, es una labor indefectible para decidir con solvencia. No es extraño tampoco que el Tribunal se apoye en la colaboración de los servicios jurídicos de los tribunales constitucionales. En todo caso, sin comprender las regulaciones nacionales de los derechos, no se debería interpretar un precepto del Convenio ni ponderar una concreta lesión. El juez europeo no puede construir gigantes sobre pies de barro.

En sentido contrario, constatada la falta de un consenso normativo, como suele ocurrir a menudo, la heterogeneidad de la situación refuerza la posibilidad de que el TEDH autorice un amplio margen de apreciación a cada Estado. Así ha ocurrido en materia electoral donde es corriente el empleo del Derecho comparado como método, y donde es muy acusada la sensibilidad de la soberanía nacional hacia unos sistemas electorales que ponderan muchos factores heterogéneos e imposibles de conciliar.

En este punto del razonamiento, numerosos interrogantes aparecen. ¿Cuándo debe manejarse este criterio? ¿Qué mayoría de Estados se reclama? ¿En qué casos podría imponer el TEDH una solución, por afectar al orden constitucional europeo, aunque no fuera la mayoritariamente compartida por los Estados?

⁴⁰ LAMBERT, "L'article 8 de la Convention Européenne des droits de l' homme à l'aune de la marge national d' appréciation et des consensus européen", en *Liber amicorum* SPIELMANN, ob. cit., p. 317-322, afirma que las fronteras de la vida privada y familiar son porosas, y que el consenso europeo es una noción complementaria del margen, pues la ausencia del primero permite acudir al segundo. Pero advierte que el consenso europeo puede hurtar la diversidad cultural e imponer las concepciones de una mayoría conservadora a una minoría progresista. Claro que igualmente puede ocurrir al revés.

⁴¹ La Corte ha usado este argumento del consenso normativo en muchos casos importantes para calibrar la discrecionalidad nacional que debe conceder: en el célebre Caso Tyrer contra el Reino Unido, de 25 de abril de 1978, sobre castigos corporales; en casos sobre proceso debido, discriminación, y propiedad; en otros muchos, como en el Caso Handyside, "sobre moral pública" no se pudo establecer un consenso normativo.

Arai–Takahashi ha sostenido con brillantez que “la interpretación evolutiva y el margen de apreciación nacional representan direcciones diametralmente opuestas de la política judicial, mientras el método comparado opera como un puente entre las dos”⁴². Si el consenso europeo no existe –afirma–, el TEDH puede inclinarse a respetar un margen más amplio. Pero, en sentido contrario, la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar una interpretación evolutiva y a empujarse el margen. La explicación es muy sensata y se aproxima bastante al funcionamiento real del sistema.

Cabe pues pensar que una comparación de las regulaciones de los Estados y una interpretación evolutiva puedan igualmente llevar, en sentido contrario, a una ponderación y adjudicación sustantiva de valores europeos. Nada obliga a que el Tribunal rechace la proclamación de valores que integren un emergente orden público constitucional europeo; así se ha hecho v. gr. en la decidida exclusión de la pena de muerte y de la tortura. Esta labor integradora y armonizadora es la función principal del TEDH.

En definitiva, la lectura de la jurisprudencia corrobora la relevancia del argumento del consenso normativo por su fuerza persuasiva. Pero este método comparado puede servir para cosas muy distintas. Si bien suele usarse para reconocer un amplio margen de apreciación nacional ante la falta de un consenso europeo.

IV.b. La naturaleza del derecho: los terrenos naturales, cotos vedados, zona de incerteza.

Por otro lado, debe ponderarse la naturaleza del derecho. Desde esta perspectiva podemos encontrar: terrenos naturales para el margen, cotos vedados, y zonas de incerteza. No todos los derechos deben protegerse con un control igualmente intenso o estricto⁴³. Existen derechos absolutos o inderogables, no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia y que son ilimitables por las regulaciones nacionales. En el otro extremo, la diversidad de visiones sobre los

⁴² ARAI-TAKAHASHI, ob.cit., p. 203-204.

⁴³ Un análisis sucinto de la aplicación del margen en los distintos preceptos según diversos leading cases es GREER, “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the ECHR”, ob.cit., p. 35-44.

derechos de propiedad y otras libertades, más alejadas del libre desarrollo de la persona y de su dignidad, permite justificar una diversidad de regulaciones nacionales y enjuiciamientos con diferente intensidad.

Tulken y Donnay hablan de unos “terrenos naturales” para el margen⁴⁴:

- los estados de emergencia (artículo 15 CEDH);
- la vida privada y familiar (artículo 8);
- la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9);
- la libertad de expresión (artículo 10);
- las libertades de reunión y asociación (artículo 11);
- el derecho al goce pacífico de los bienes (artículo 1 Protocolo 1);
- el derecho a elecciones libres (artículo 3 Protocolo 1).

A la vez, estos autores marcan las fronteras de unas “regiones no visitadas” por la jurisprudencia como son los derechos absolutos de los artículos 2 y 3, respectivamente, a la vida y la prohibición de tortura y malos trato.

Junto a estas dos zonas separadas, señalan la presencia de “nuevas comarcas”. El TEDH ha usado a veces de manera implícita el margen en relación con el artículo 5, libertad y seguridad personales, y con los derechos a un proceso equitativo (artículo 6), y un recurso efectivo (artículo 13), y la prohibición de discriminación (artículo 14).

Me parece un argumento sobre la esencialidad del derecho. Deriva del grado de conexión -directa o indirecta, próxima o remota- del objeto de un derecho con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Pero el mismo argumento también preserva la viabilidad de la reparación. La lesión de algunos derechos daña la dignidad humana de forma irreparable. Entre tales derechos absolutos están el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), y la prohibición de esclavitud y de trabajo forzado (artículo 4 CEDH). Tres garantías donde no debe caber deferencia alguna ni margen de autonomía. Es el núcleo duro del orden público europeo.

Debemos razonar del mismo modo con la libertad y seguridad personales (artículo 5 CEDH), pues la libertad física es un derecho cuya errónea privación deviene irreparable. Se hace difícil admitir un margen, si bien podría admitirse la precisión en

⁴⁴ TULKEN – DONNAY, ob.cit., p. 6-13.

cada Estado de algunos de los conceptos jurídicos indeterminados que el precepto usa como son los recogidos en el apartado 1.e] “persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”.

Algunos autores han extendido la propuesta hasta al artículo 6, derecho a un proceso equitativo⁴⁵. Pero tengo serias dudas, pues muchas de las garantías allí recogidas tienen una intensa configuración legal. Así podrían admitirse algunas restricciones fundadas en el margen v.gr. en la asistencia de un intérprete en el juicio oral (apartado 3, letra e]). Mucho más difícil parece respecto del derecho a ser juzgado por un tribunal “establecido por la ley” (apartado 1º), o la presunción de inocencia (apartado 2º).

Puede haber incluso regulaciones que interfieran en derechos absolutos al abordar contenidos controvertidos e imbuidos de apreciaciones axiológicas cuya apreciación cultural puede ser diversa en los diferentes Estados. Pensemos en los supuestos de descriminalización del aborto por plazos, o en las diversas variantes de eutanasia, o en las nuevas y complejas cuestiones que la bioética suscita.

Conviene reservar que los derechos absolutos demandan un escrutinio particularmente estricto en el amparo europeo y el margen nacional de apreciación debe ser en ellos muy escaso.

También las libertades de expresión y de la comunicación (artículo 10 CEDH) y de asociación (artículo 11 CEDH), especialmente en su vertiente política, vienen normalmente protegidas intensamente por su conexión con la democracia que es el lecho en el que se asientan los derechos. Las excepciones y restricciones de estas libertades demandan un control estricto. Es menester la defensa de la tolerancia y del pluralismo que es propio de “sociedades con mentalidades abiertas” según suele decir el TEDH. No puede haber un amplio margen nacional para su limitación, aunque las manifestaciones de su ejercicio puedan resultar chocantes o molestas para la opinión pública mayoritaria. Ésta es otra argumentación habitual. La esencialidad del derecho deriva de su conexión con el principio democrático.

IV.c. La naturaleza de la obligación

⁴⁵ GREER, ob.cit., p. 6.

Igualmente debemos preguntarnos sobre la naturaleza de la obligación que se pida cumpla al Estado demandado: el tipo de actuación que se le reclama. No es lo mismo un mandato de abstención, no interferir en los derechos de libertad, un simple deber negativo; que las obligaciones positivas de actuación de los poderes públicos, habituales en los derechos de prestación, y que tampoco resultan extrañas en algunos derechos de libertad para garantizarlos activamente.

Debe diferenciarse si el TEDH simplemente pide a las autoridades nacionales abstenerse de actuar, o pagar una indemnización al recurrente (artículo 41 CEDH), que cuando impone una amplia gama de actuaciones positivas. Es sencillo normalmente exigir a los Estados la adopción de meras actividades de ejecución: investigar unas torturas o malos tratos policiales o el uso desproporcionado de la fuerza por los agentes, o lo ocurrido con unos desaparecidos. Mientras es más complejo cumplir con una obligación legislativa, y reparar el derecho violado mediante una nueva regulación, y, más aún, si la reparación demanda una reforma constitucional⁴⁶.

Que las instituciones del Convenio obliguen a un cambio normativo a los Estados puede ser una medida inevitable para proteger algunos derechos. Pero es razonable pensar que deba verse como excepcional, y se recurra a ella sólo cuando resulte inevitable, en virtud de serias deficiencias estructurales, no bastando con corregir las aplicaciones, administrativas o judiciales de las normas.

Por otro lado, el Convenio suele comprenderse como un modelo que establece unas “obligaciones de resultado” que dejan normalmente una amplia libertad de

⁴⁶ Es célebre el Caso Wille contra Lienchenstein, de 28 de octubre de 1999, que llevó a la reforma de una Constitución de soberanía compartida del siglo XIX, tras violarse la libertad de expresión del actor, un profesor y antiguo miembro del ejecutivo, por una carta intimidatoria que le envió el Monarca en la que censuraba su interpretación de la Constitución y le amenazaba con que no le nombraría jamás para un cargo público. El TEDH consideró lesionada la libertad de expresión, el derecho de sufragio pasivo y el derecho al recurso, ya que quedó acreditado que, desde 1925, ningún órgano judicial había admitido un recurso contra el Príncipe. El Tribunal no llega a plantearse su propia competencia revisora de una norma constitucional, que dio por supuesta, con absoluta naturalidad, como si estuviera enjuiciando una ley. Pero la situación está cambiando y algunos Estados como Rusia se resisten a admitir la revisión de sus normas constitucionales invocando la soberanía.

elección en los medios, una técnica típica de los tratados internacionales y que está ligada a la lógica de la subsidiariedad y del margen⁴⁷.

Podríamos llamar a este argumento “grado de exigibilidad de las conductas estatales”. Supone ponderar en la sentencia una escala de obligaciones posibles: pago de indemnizaciones compensatorias como satisfacción equitativa, funciones ejecutivas tanto actividades administrativas como decisiones judiciales, funciones normativas tanto reglamentarias como legislativas, y reformas constitucionales.

IV.d. La legitimidad del fin y el principio de proporcionalidad

La técnica del margen debe reconducirse al juicio de proporcionalidad como un ingrediente más. Siguiendo el habitual principio de proporcionalidad, es menester revisar la naturaleza del fin perseguido por la medida que interfiere en el derecho, pese a que fuera adoptada por el legislador democrático con la presunción de validez que éste le concede. La interferencia nacional en el derecho del CEDH puede justificarse en fines que pueden percibirse de diferente manera en las distintas sociedades nacionales. Puede invocarse la legitimidad del procedimiento parlamentario en el que se adoptó la decisión, o la inclusión de la propuesta en un programa electoral que fue aprobado por el pueblo mediante la elección, o su aprobación directa en referendo por el cuerpo electoral.

Sin embargo, no todos los fines asumidos por un legislador democrático, o incluso aprobados por el pueblo en programas electorales, pueden encontrar cabida dentro del sistema de Convenio. El Convenio es un instrumento constitucional de un orden público europeo y limita las opciones nacionales. No es razón bastante para sortear el control europeo, la simple invocación de la legitimidad democrática de una decisión, adoptada por un gobierno o un legislador que ponderan los intereses en juego, si optan indebidamente por sacrificar un derecho fundamental de un individuo. Los Estados más euroescépticos deberían advertir con claridad estas serias limitaciones que la lenta integración a través del Convenio Europeo les impone.

No obstante, el control de legitimidad de los fines dentro del juicio de proporcionalidad no debe ser intenso, un escrutinio estricto, por deferencia hacia una decisión adoptada democráticamente en un Estado constitucional, salvo supuestos de

⁴⁷ SCHOKKENBROEK, ob.cit., p. 32.

manifiesta falta de razonabilidad. Podríamos llamar a este argumento la “selección de fines compatibles con el Convenio”. La actividad de dirección política mediante leyes es inherente a cada comunidad política y contribuye a conformarla, pero debe respetar los valores que el Convenio protege.

IV.e. La sensibilidad nacional.

Por otra parte, debe ponderarse la identidad constitucional o sensibilidad nacional hacia el problema. Es preciso calibrar la naturaleza de la actividad o de la regulación en la que el derecho fundamental se inserta, para admitir un mayor o menor margen de apreciación según la sensibilidad de cada comunidad nacional hacia la misma. Una sociedad puede ser más vulnerable en sus respuestas hacia la supresión de algunas ordenaciones⁴⁸. Es razonable que el juzgador europeo pueda tener en cuenta la importancia de la materia en que se ubica la medida enjuiciada para el proceso democrático de cada país, o para la conformación de cada comunidad, o para la lenta construcción histórica de una forma política, o su grado de conformidad con sus tradiciones políticas, culturales o religiosas y diversidades jurídicas⁴⁹.

Ahora bien, la sensibilidad de una cuestión para una sociedad nacional puede llevar, en ocasiones, a relativizar o excepcionar parcialmente algunos contenidos de las garantías europeas, pero no permite desactivar los límites ni suprimir el contenido esencial de los derechos del Convenio. Estamos ante un criterio de ponderación que no puede autorizar excesos. Por otro lado, los cambios de los paradigmas científicos

⁴⁸ MAHONEY, ob. cit., p. 5.

⁴⁹ Serif Yigit contra Turquía, de 20 de marzo de 2008, suscita la violación del derecho a la vida privada y familiar ante el rechazo de las autoridades nacionales a conceder a una mujer el derecho a una pensión de viudedad y otra de orfandad para sus hijos, derivadas del fallecimiento del padre con el que únicamente había contraído matrimonio religioso. La ley sólo reconocía validez al matrimonio civil. El TEDH hizo un análisis de Derecho comparado para exponer que hay un cierto número de países que reconocen, junto a las formas tradicionales de matrimonio, las uniones de hecho. Pero concluyó que “de acuerdo con el margen de apreciación de los Estados miembros, la Corte no puede imponerles la obligación de legislar en este dominio” (§ 85). Tres de los jueces criticaron la decisión y pensaban se producía una discriminación indirecta de las mujeres frente a los hombres. En el más conocido Caso Leyla Sahin contra Turquía, de 10 de noviembre de 2005, la Corte Europea confirmó la decisión del Tribunal Constitucional turco que sostuvo la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades. El TEDH fundó su decisión, escasamente razonada, en la doctrina del margen.

o culturales afectan a lo que quepa considerar como razonable y legítimo en cada momento en una comunidad⁵⁰.

Podríamos referirnos a este argumento como la “sensibilidad nacional de la regulación”. Es parte de una interpretación realista y sociológica que debe ponderar el contexto y la realidad social de las normas del Convenio en la que han de ser aplicadas.

IV.f. Una acusada dependencia del contexto o del caso

Pero, como regla general, la aplicación del margen mantiene una acusada dependencia del contexto, de las circunstancias concretas que circundan un supuesto de hecho. Me parece la razón más decisiva de todas las que llevo expuestas. Es un argumento que obliga a efectuar razonamientos ceñidos al caso, pues algo que vale para un caso excepcional podría no valer para otros. Esta pauta, junto a la anterior, forman dos criterios realistas y sociológicos, frecuentes en la aplicación del margen. Imponen un descenso a la realidad social de cada Estado y a las circunstancias particulares del caso, para comprenderse ciertas medidas nacionales. Mahorney afirmó que cabe suponer que el TEDH autorice una mayor amplitud a una decisión nacional en situaciones de emergencia, o antes graves amenazas internas, o cuando fue tomada “on the horns of a dilemma”⁵¹.

Se trata de ponderar las diferentes realidades nacionales en las que las normas convencionales vayan a ser aplicadas y el contexto social donde la medida fue dictada. Las concretas circunstancias históricas de cada país entran en el juicio de amparo europeo según se ha hecho en varias ocasiones⁵². También una amenaza para la supervivencia de una comunidad nacional ante un serio enemigo del sistema

⁵⁰ MACKAY OF CLASHFERN: “The margin of appreciation and the need for balance”, en MAHONEY *et al.* (eds.), ob. cit., p. 839-840, reconoce que la evolución del pensamiento afecta a lo que quepa considerar como razonable en cada momento; cualquiera que sean las opiniones personales, lo que era inapropiado cuarenta años atrás, puede dejar de serlo.

⁵¹ MAHONEY, ob. cit., p. 5. Al parecer buena parte de la tutela de los derechos es, en el Reino Unido, Tort Law, lo que ayuda a comprender el planteamiento de este autor.

⁵² Ya se ha mencionado la posición de CALLEWAERT, ob. cit., p. 158, cuando se apoyaba en la opinión del Juez MACDONALD, para sostener que el margen no es susceptible de una definición en abstracto, por su misma naturaleza, que posee una “muy acusada dependencia del contexto”.

del Convenio. Seleccionemos unos ejemplos que ilustren la lógica con la que se usa este argumento realista y el anterior.

La importancia del principio de laicidad en Turquía para el republicanismo y la construcción de su unidad nacional después de la I Guerra Mundial en un país procedente del desmembramiento de un imperio islámico, podía estar amenazado por ciertos entendimientos fundamentalistas del Islam. En el Caso del Refah Partisi, el TEDH estimó que la disolución de esta asociación política fundamentalista no violaba el Convenio, dada la entidad del problema, a diferencia de en otros casos anteriores sobre disolución de partidos políticos cuyas ideologías y actuaciones no se estimó que fueran una amenaza real para el orden público democrático protegido por el sistema del Convenio (Caso del Partido de la Prosperidad y otros, contra Turquía, sentencias de 31 de julio de 2001 y 12 de febrero de 2003)⁵³.

La inconveniencia de hacer propaganda religiosa mediante la radiodifusión, en ejercicio de las libertades de expresión e información, en sociedades tan sensibles al tema como ocurre con Irlanda del Norte, ante el riesgo de reproducir hostilidades entre católicos y protestantes, según ilustra el Caso Murphy contra Irlanda, de 10 de julio de 2003. La prohibición de propaganda religiosa a través de la radiodifusión quizá no se hubiera admitido en otro país por venir cubierta por la vertiente colectiva de la libertad religiosa.

Las dificultades políticas que obstaculizaban la regularidad del procedimiento electoral con el que celebrar unas primeras elecciones democráticas en uno de los antiguos países comunistas del este de Europa, Georgia, que huía del totalitarismo y comenzaba una transición a la democracia (Caso del Partido Laborista de Georgia, de 8 de julio de 2008).

La “amenaza para la democracia” en “una región políticamente sensible” como es el País Vasco, fue un argumento usado por el TEDH después de constatar que las jurisdicciones nacionales habían llegado a conclusiones razonables sobre el ligamen entre los partidos disueltos y la asociación terrorista ETA, y su apoyo a la violencia y al discurso del odio entre comunidades que no pueden encontrar acogida alguna en

⁵³ Cfr. GARCÍA ROCA, *La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 2002, nº 65, p. 295-334.

el Convenio Europeo. Se concluyó que la disolución era una “medida social imperiosa” (Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España, de 30 de junio de 2009).

Unos mismos derechos y análogos supuestos de hecho pueden constituir o no violaciones del Convenio en función de las muy diferentes realidades sociales; véanse los Casos Py contra Francia y Melnychenko contra Ucrania sobre la exigencia del deber de residencia a los candidatos electorales⁵⁴.

El TEDH suele sintetizar esta lógica mediante dos frases, primero, cuando dice que es preciso proteger “derechos reales y efectivos y no ilusorios”. Segundo, cuando advierte que el Convenio es “un instrumento vivo” que debe tener en cuenta las circunstancias de cada momento (“nowadays present conditions”), incorporando circunstancias cambiantes y sometidas a permanentes transformaciones⁵⁵.

Este argumento y el anterior entrañan “interpretación realista o sociológica”, que reclama una especial comprensión de los hechos y una interpretación de las normas material y antiformalista.

IV.g. Los límites expresos o implícitos del Convenio. Medidas necesarias en una sociedad democrática

La intensidad de las restricciones a los derechos no parecen ser iguales en todos los derechos del Convenio⁵⁶, por consiguiente, tampoco debería serlo la revisión que

⁵⁴ En Py contra Francia, de 15 de diciembre de 2000, se revisa el derecho de sufragio activo al Parlamento de Nueva Caledonia, territorio francés en el que, a esos efectos, se reclama el deber de residencia. El TEDH reconoce que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional en materia electoral sin discutir este extremo de la regulación. La solución contraria, sin respetar el margen, se adopta en Melnychenko contra Ucrania, de 19 de octubre de 2004. La Corte analiza la legislación que no se contentaba con la residencia legal y exigía una residencia habitual y continuada en Ucrania, para poder inscribirse en un censo. La Corte Europa descende a la realidad social ucraniana del momento: el miedo a la persecución política bajo la dictadura, los graves riesgos para la integridad física de los candidatos, etc. Unas circunstancias que obligaban a los opositores a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos.

⁵⁵ WICKS, *The evolution of a Constitution*, Capítulo 6, con un título muy revelador “1953. The European Convention on Human Rights: an external influence within the Constitution”, pp. 111-136. Advierte que si el CEDH ha adquirido la importancia que actualmente posee, es porque se ha convertido en algo diferente al documento original (p. 136).

⁵⁶ MAHONEY, ob. cit., p. 5.

se efectúe. Podemos distinguir tres círculos y grupos de derechos: absolutos, prácticamente desprovistos de limitaciones; derechos dotados en el Convenio de limitaciones expresas; y un amplio abanico de derechos sometidos a unas más amplias limitaciones implícitas⁵⁷.

Las normas de los artículos 8 a 11 CEDH, apartado 2º, del artículo 1 del Protocolo 1, sobre los derechos de propiedad, y del artículo 2, apartados 3º y 4º del Protocolo 4, concernientes a la libertad de circulación, tienen una idéntica estructura formal y permiten interferencias en estos derechos que vienen justificadas en intereses colectivos, que justifican esas limitaciones. La presencia de cláusulas expresas de interferencia tiene un doble efecto: de un lado, consentir la limitación y habilitar la reglamentación estatal; y, de otro, autorizar a la Corte a reconstruir los contornos del derecho mediante una ponderación entre libertades y límites⁵⁸.

El Convenio demanda a veces un escrutinio estricto cuando recoge expresamente las restricciones posibles a los derechos. Obsérvese el detalle con que se enuncian en el artículo 5.1 CEDH las situaciones en las que un detenido puede ser privado de su libertad, como consecuencia de la importancia para la dignidad de la persona de la libertad y seguridad personales. Un bien preciado cuya restitución es imposible. El control de las interferencias debe ser estricto y el margen resulta aminorado. Un razonamiento semejante, debe hacerse con el mandato de que toda persona detenida sea conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales (artículo 5.3 CEDH). La garantía que entraña la libertad y seguridad personales debe comprenderse como una parte del núcleo duro del orden público europeo y aproximarse a la tutela que merecen los tres derechos absolutos antes mencionados (artículos 2, 3 y 4).

Recuérdese igualmente el tenor severo con el que se declara prohibida la pena de muerte (artículo 1 del Protocolo 6): “queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”; y el detalle con el que se enuncia la excepción en tiempo de guerra (artículo 2): reserva de ley, comunicación al Secretario General

⁵⁷ ELLIS, ob.cit, p. 24.

⁵⁸ CANNIZZARO, ob.cit., epígrafe “Proporzionalità e clausole di interferenza”, pp. 53-74. Donde se analizan algunas sentencias del TEDH desde esta perspectiva del juego de las cláusulas de limitación expresa.

del Consejo de Europa; y que no se admiten derogaciones o suspensiones (artículo 3).

Es típico del Convenio Europeo un precepto contenido en los apartados 2º de los artículos 7 a 11, donde se recogen límites expresos, respectivamente, del derecho a la vida privada y familiar, las libertades de pensamiento, conciencia y religión, las libertades de la comunicación, y las libertades de reunión y asociación. El ejercicio de estas libertades no puede ser objeto de más restricciones que las que estén previstas en las leyes, y constituyan “medidas necesarias en una sociedad democrática”. Se enuncian expresamente algunos fines legítimos que pueden justificar una necesidad social imperiosa: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral, la protección de los derechos de los demás y de la reputación ajena, la protección de informaciones confidenciales, la garantía de la autoridad e imparcialidad judiciales. El enunciado parece más ejemplificativo que taxativo y cerrado.

De la misma manera, el artículo 1 del Protocolo 1, sobre la protección de los derechos de propiedad, expresamente contempla la posibilidad de restricciones en las condiciones previstas por las leyes y los principios generales del Derecho Internacional, y por causa de utilidad pública (la llamada regla tercera). Un esquema normativo con el que parece admitirse que la restricción, la función social y la configuración legal, es inherente a los derechos de propiedad. La revisión europea no debería ser intensa y el margen de discreción nacional debería poseer cierta amplitud. No obstante, no siempre es así en la jurisprudencia. A veces, el TEDH dice reconocer un amplio margen a los Estados en este ámbito que no se corresponde con la realidad del juicio que practica. El reconocimiento inicial de la deferencia, en ocasiones, da paso a un control riguroso ante la naturaleza de la lesión.

Igualmente el derecho a elecciones libres y los derechos de sufragio activo y pasivo (artículo 3 del Protocolo 1), suele decirse que no es un derecho absoluto, y que esta disposición concede espacio para limitaciones implícitas, dejando a los Estados miembros un amplio margen de apreciación. Los Estados miembros son libres de incluir un fin no contenido en la lista antes mencionada para justificar una restricción

siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y los objetivos generales del Convenio “en las particulares circunstancias del caso”⁵⁹.

Estamos ante una interpretación literal que presta especial atención al texto de las disposiciones del Convenio.

IV.h. La falta de un justo equilibrio entre los intereses generales y los individuales

El TEDH igualmente se preocupa en sus juicios de asegurarse de la existencia de un justo equilibrio entre los intereses generales y los individuales. Con frecuencia la medida nacional, pese a atender a un legítimo interés público, inflige un sacrificio excesivo a los intereses privados. Es una razón que aboca a la supervisión europea. Un criterio de uso habitual que acaba por integrarse -como todo el margen- en el juicio seguido conforme al principio de proporcionalidad. Si el justo equilibrio de intereses no se ha producido, el Tribunal puede estimar contraria al sistema del Convenio la medida.

Me parece que este criterio se inserta con naturalidad en el subprincipio de proporcionalidad de la medida en sentido estricto, ya que refleja unos imperativos de equidad o justicia del caso, impidiendo innecesarios o desproporcionados excesos. Pero otras veces puede también acantonarse en el previo momento que emana del subprincipio de necesidad de la medida, pues revela que existe otra medida equivalente y menos dañina para los intereses de los afectados. Pero esta distinción conceptual no es un problema, porque el TEDH suele unificar ambos juicios en el test de la necesidad de la medida en una sociedad democrática.

En el Caso Kliafas y otros contra Grecia, de 8 de julio de 2004, se insistió en que el Tribunal debía respetar la manera en que el legislador concibe los imperativos de utilidad pública a efectos de expropiaciones, reconociendo un amplio margen de apreciación, salvo si el juicio se revelara manifiestamente desprovisto de bases razonables. Pero se estimó violado el derecho, puesto que no existía un equilibrio entre el interés general y el individual de los recurrentes. Unos funcionarios y expertos contables que, tras liberalizarse esta profesión y reorganizarse el cuerpo, continuaron

⁵⁹ Yumak y Sadak contra Turquía, de 8 de julio de 2008, § 241.

efectuando su labor, y más tarde se les obligó a rembolsar al Estado los ingresos que habían percibido. Una medida que el TEDH enjuició desproporcionada.

Semejante es el Caso Z.A.N.T.E.-Marathonisi contra Grecia, de 6 de diciembre de 2007. Un islote protegido por su interés ecológico y en él que anidaban unas raras tortugas para reproducirse, que era de propiedad privada, y fue comprado por su interés turístico y para construir un complejo hotelero. Sucesivamente, el Estado fue dictando mayores medidas restrictivas de la propiedad, en su facultad de ius aedificandi, fundadas en los fines medioambientales, pero sin llegar nunca a expropiar el terreno como habría sido justo. Ante esta situación de expropiación indirecta, el TEDH, si bien reconoce un gran margen a los Estados, estima que se ha roto el justo equilibrio entre el interés público en regular el uso de estos bienes de relevancia medioambiental y el interés privado.

IV.i. ¿Qué argumento debe elegirse?

Llegados a este punto: ¿qué argumento debe elegirse para aplicar o no el margen? El TEDH usa habitualmente uno u otro de estos argumentos que he venido reseñando, bien de forma expresa o inmanente a su razonamientos. Pero no los ha sistematizado ni jerarquizado, estableciendo unas preferencias en su uso. Sin embargo, el TEDH realiza una muy formalizada aplicación del principio de proporcionalidad y estos criterios pueden integrarse en ese juicio. No falta quien cree que jerarquizar los criterios hermenéuticos podría verse como un paso hacia un autoritario monoteísmo interpretativo. Pero creo que la cuestión debe contemplarse desde la conveniencia de efectuar unos razonamientos judiciales más previsibles que garanticen una deseables dosis de certeza de las decisiones europeas.

Ocurre algo semejante a lo que acontece con el debate clásico sobre las distintas interpretaciones jurídicas desde Savigny. O con la controversia más moderna sobre los criterios de la interpretación constitucional. En ambas discusiones, es lícito preguntarse qué criterio es de esperar elija el interprete de la disposición. En Derecho Constitucional, se da normalmente, en Europa, una respuesta en función de la estructura de la norma que deba interpretarse. Pero no son tampoco extraños en

Estados Unidos los análisis desde el perfil psicológico del Juez⁶⁰, lo que dista de ser un método jurídico de afrontar el problema y nos lleva a un callejón sin salida. No es igual una norma atributiva de competencia a un ente territorial, algo que demanda una interpretación constitucional estricta dentro de una distribución vertical de poderes, que una norma que garantice una libertad y demande una interpretación ampliadora o favorable. Pero la estructura de las normas convencionales que reconocen derechos es semejante, aunque no sea siempre la misma, pues existen principios junto a reglas más precisas. Entonces cómo se pueden ponderar más de media docena de criterios tan dispares para determinar la existencia un margen de discrecionalidad nacional. Todo parece quedar en manos del arte o pericia del TEDH, señor e intérprete supremo del Convenio. Poco hemos avanzado al desglosar estos criterios, pese a habernos movido en el buen sentido de la marcha.

Estamos ante una acumulación de criterios que facilitan la aplicación del margen y deben reconducirse al juicio de proporcionalidad. Pero no puede fundarse algo que se pretende sea una doctrina jurídica en tantos criterios que pueden producir resultados contradictorios⁶¹. La técnica del margen sigue albergando, muchas décadas después de ser acuñada, una acusada dependencia del contexto y se resiste a la formulación de reglas generales y abstractas.

La Declaración de Copenhague de 2018 afirmó que “los Estados parte disfrutan de un margen de apreciación en la aplicación e implementación del Convenio, dependiendo de las circunstancias del caso y de los derechos y libertades implicados” (§ 28.b, el subrayado es mío). Es una buena síntesis.

Puede que sea una dependencia excesiva del caso. Por eso, el control en el amparo europeo alberga dosis de incerteza sobre su extensión e intensidad. Acaso no pueda ser de otra manera. Dije hace una década que convendría intentar que la doctrina científica coadyuvara a la jurisprudencia con mayores contribuciones

⁶⁰ Vid. SUNSTEIN, *Constitutional personae*, a la hora de esperar o seleccionar una interpretación constitucional, distingue entre jueces “héroes, soldados, minimalistas o mudos”. La idea es muy brillante, pero la función del Derecho y de cualquier teoría de la interpretación debe ser identificar la estructura de las normas y no revisar el perfil psicológico de los jueces.

⁶¹ También GREER, ob. cit., p. 32, concluye que el margen no es una verdadera doctrina. YUROV, ob.cit., p. 195, afirma que el margen es una herramienta “multiusos”.

analíticas en estos terrenos, que antes o después permitieran adoptar algunas mínimas convenciones que el Tribunal Europeo, por su misma razonabilidad, pudiera asumir⁶². Pero la contribución de la doctrina científica -me temo- tampoco ha sido decisiva.

IV.j. ¿Es una solución la tesis del procedimiento razonable de decisión?

¿Es una solución frente a esta confusión en los criterios para la aplicación del margen la nueva tesis del procedimiento razonable de decisión⁶³? Desde 2005, el TEDH podría haber dado un giro procedimental a la búsqueda de una solución a este impasse, adoptando algunas decisiones en apariencia más respetuosas del margen de apreciación nacional. Impulsa este giro la presión de los Estados a favor de acrecentar su margen de decisión. Se ha construido en varios casos un test de revisión judicial que fusiona el proceso de aprobación de la norma, el grado de participación y deliberación en la toma de la decisión, con su sustancia.

En varios trabajos académicos, la tesis ha producido una fascinación, que no comparto. Pese a que sea verdad que esta técnica permite resolver cómodamente algunos asuntos, pero temo que no sea adecuada en otros más complejos. Estimo que dista de ser una entera alternativa a toda la ambigua construcción del margen que he venido exponiendo. No basta con la revisión del procedimiento y no creo sea un criterio de aplicación que permita excluir a todos los demás.

Esta técnica, de origen anglosajón, aparece en un contexto político de vindicación de la subsidiariedad y del margen por los Estados miembros, que ha promovido sobre todo el Reino Unido, pero también otros países. A partir de la “saga Hirst” desde 2005, la Cumbre de Brighton de 2012, y el Protocolo 15 de 2013 que pretende incluir el margen en el preámbulo en el Convenio y aún no ha entrado en vigor, reconociendo que la primera responsabilidad en la garantía de los derechos

⁶² En el mismo sentido, MOHENEY, “Judicial activism...”, ob.cit., p. 83, “the time has probably come to articulate clearer criteria as to the scope of the margin of appreciation, by drawing together the numerous strands which already exist in the Court’s case law”, “the Court has preferred to proceed by incremental steps on a case-by-case basis, without enunciating wide-sweeping principles”, “there has now accumulated a sufficient body of individual precedents from which general principles could be deduced”.

⁶³ Entre otros, GERARDS - BREMS, *Procedural review in European fundamental rights cases*, con distintos estudios.

corresponde a los Estados. También la Declaración de Copenhague de 13 de abril de 2018, que ha reclamado la ratificación del Protocolo 15, ha insistido en la subsidiariedad, así como advertido de la responsabilidad de los Estados en una efectiva implementación del Convenio como primeros garantes.

El test de la procedural reasonable review en el control europeo consiste en analizar la calidad del procedimiento democrático por el cual la decisión ha sido tomada a nivel nacional: the decision making process⁶⁴. Se trata de asegurarse de la existencia de unas suficientes garantías procedimentales en la toma de las decisiones internas tanto en el procedimiento parlamentario de aprobación de la ley como en los procesos judiciales subsiguientes. Debe demostrarse que se han ponderado suficientemente los intereses generales y privados en juego a lo largo del proceso de decisión. Cuantas más razones justificativas se aporten, derivadas de ese procedimiento razonable, más reforzado resulta el margen de apreciación nacional, y más limitado debe ser el posterior escrutinio europeo.

El test del procedimiento democrático de decisión tiene una doble dimensión formal y sustancial⁶⁵. Se analiza el proceso de toma de la decisión, ponderando la existencia de un debate parlamentario suficiente, y otras técnicas de deliberación y participación ligadas a la calidad y a la forma de la ley, como pueden ser la audiencia de expertos, o la participación en fase prelegislativa de diversos comités o consejos mediante informes técnicos o de impacto medio ambiental, presupuestario o de género, o la audiencia a entidades de la sociedad civil. Una consideración conjunta de

⁶⁴ BREMS sostiene que un buen proceso puede ser valorado por su propio valor o por “razones instrumentales” ligadas a la lógica de la subsidiariedad en su vertiente positiva y negativa (p. 18) y que el Protocolo 15 refuerza. Se refiere asimismo a una “process efficacy rationale” (p. 19) que lleva a la Corte a “proceduralise substantive rights”. Pero acaba por reconocer en sus conclusiones que sustituir un escrutinio sustantivo por otro meramente procedimental es difícil de aceptar (Vid. “The logics of procedural type review by the ECtHR” en GERARDS - BREMS, ob. cit., pp. 17-39).

⁶⁵ Janeke GERARDS distingue entre imponer obligaciones positivas de procedimiento, como ocurre con los artículos 2 y 3 CEDH, y confiar en la calidad del procedimiento nacional de decisión ya sea legislativo, judicial o administrativo (p. 129), pero concluye que en apenas decisiones del TEDH los argumentos de procedimiento son decisivos en vez de complementarios de los sustantivos. La Corte sigue un “pick and choose” o un “bric-a-brac approach” (p. 159): una selección de pequeños argumentos que se acumulan en miscelánea (“Procedural review by the ECtHR”, en GERARDS - BREMS, ob. cit., p. 127-160)

estos ingredientes permite concluir que las opciones políticas del legislador no han sido precipitadas (recordemos que toda mayoría tiene interés poderosos o pasiones momentáneas según nos advertía Hamilton) y han respetado el pluralismo democrático, ponderado los intereses en conflicto⁶⁶. Se refuerza entonces la presunción de constitucionalidad y convencionalidad de la ley en virtud de la calidad de la ley y del procedimiento seguido. Pero existe una segunda vertiente sustantiva del test que obliga a asegurarse de que el resultado final no sea arbitrario. Esta dualidad, formal y sustantiva, hace que algunos autores hablen de semiprocedural judicial review.

Adelantaré que no me parece estemos ante el descubrimiento del Mediterráneo como algunos estudiosos del sistema del Convenio parecen creer. La tesis no es ni nueva ni exclusiva de la jurisdicción del TEDH sino que tiene una vieja génesis anglosajona hace nada menos que cuatro décadas y ha sido usada por otros tribunales como la Corte Suprema del EEUU, el Tribunal Constitucional Alemán o el Tribunal de Justicia de la Unión, o los tribunales de Sudáfrica e Israel⁶⁷.

Los expertos en justicia constitucional conocen bien la obra de John Hart Ely “Democracy and distrust. A theory of judicial review”, editada en 1980, y el debate que produjo hace unos años⁶⁸. Ely creía falsa la dicotomía según la cual la justicia

⁶⁶ Se sostiene: “... deciding whether a fair balance has been struck between competing interests” (la STEDH Shindler § 117).

⁶⁷ Cfr. BAR-SIMAN-TOV, *Semiprocedural judicial review*, “Legisprudence”, año 2012, n° 271, p. 270-3000. Angelica NUSBERGER recuerda la opinión disidente del Juez FRANKFURTER en *Shaughness v. Mezei* de 1953, quien sustentaba que prefería ser juzgado bajo la ley soviética con un buen procedimiento, que por el Derecho sustantivo americano aplicado con las prácticas soviéticas. NUSBERGER sostiene que no necesariamente el control del procedimiento es menos intenso que el control sustantivo (p. 162) y permite aceptar las opciones de una sociedad democrática; si bien igualmente reconoce los peligros de un mero control procedimental v.gr. para proteger los derechos de las minorías; las violaciones de procedimiento deben ser auxiliares de las sustantivas (“Procedural review by the EctHR” en GERARDS - BREMS, ob. cit., p 161-176).

⁶⁸ Cfr. ELY, *Democracy and distrust*. Una aproximación muy crítica, filosófica antes que de teoría de la constitución o de Derecho Constitucional general, que tuvo que ver con la experiencia de la Corte Warren. Pronto, unos de sus reseñadores, Michael BOUDIN ya sostuvo. “I do not expect substantive due process to wither away, as Professor Ely hopes...”, p. 1258 (*Book review*, “Virginia Law Review”, año 1981, n° 67, p. 1251-1259). Acertó.

constitucional bien debía limitarse a preservar el pensamiento y la literalidad de las palabras de los que escribieron una constitución, -la tesis originalista estadounidense con escasísimo eco en Europa-, bien debía revisar los valores asumidos por el legislador. En ese dilema, adoptaba una tercera posición, distanciada de la posibilidad de conceder una segunda opción a los jueces para revisar las decisiones sustantivas del legislador, y centrada en la participación democrática y la representación de las minorías en el proceso de tomas de decisiones. El procedimiento -afirmaba- puede tener un mayor valor que la sustancia.

No obstante, transcurrido ya mucho tiempo, conviene recordar que el impacto de la tesis de Ely en la teoría de la justicia constitucional europea no ha sido decisivo. En sentido contrario, los jueces constitucionales inevitablemente infieren juicios morales y aportan racionalidad en sus ponderaciones junto a la simple potestas e imperium de las leyes. Toda jurisdicción constitucional tiene una pretensión iluminista y se mueve entre racionalidad y política, sin abandonar la argumentación jurídica, según nos enseñó Gustavo Zagrebelsky⁶⁹. Tiene por oficio conciliar la decisión de la mayoría y los derechos de las minorías. Una tensión con el legislador cuya solución puede crear tensiones, pero que pueden amortiguarse.

La doctrina no es pues nueva realmente. Tampoco es muy convincente. Alejandro Saiz Arnaiz, juez sustituto del TEDH, ha singularizado algunos de los casos en los que se maneja este criterio⁷⁰. Una lectura de esta jurisprudencia, buscando los argumentos, revela a mi entender el uso de las siguientes pautas.

⁶⁹ Vid. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 371: “Le funzioni della corte costituzionale hanno a base una matrice indubitabilmente di tipo illuministico”, “una funzione di giustizia costituzionale quale strumento di una benefica dialettica... fra razionalità e politica...”. También otro juez constitucional ZANON, *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, en “Annuaire International de Justice Constitutionnelle”, año 1989, Vol. V, p. 177-189, p. 189: “Les juges constitutionnelles, comme le disait Rudolf Smend... doivent chercher leur légitimité dans leur œuvre même, dans le consensus que leurs décisions sont capables de susciter, dans les enseignements que les motivations et les raisonnements suivis dans un arrêt sage et apprécié peuvent nous donner”. Desde esta misma perspectiva, GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, “La Reforma del Tribunal Constitucional”, PÉREZ TREMPES (coord.), *Actas del V Congreso ACE*, p. 17-120.

⁷⁰ Cfr. SAIZ ARNAIZ, *TEDH y procesos políticos nacionales*, “Teoría y Realidad Constitucional”, año 2018, nº 42, p. Sin ánimo de exhaustividad y por orden cronológico menciona: Hirst (nº 2) contra el Reino

Debe primero indagarse si el Parlamento ha sopesado los intereses contrapuestos, y ha sostenido un verdadero debate sobre la restricción v.gr. si ha revisado la vieja justificación de la restricción del derecho al voto de los presos a la luz de la política criminal moderna, o simplemente la ha confirmado de forma implícita (Caso Hirst nº 2, § 79). Pero las medidas de exclusión del sufragio deben ser razonables más que simplemente venir justificadas en un amplio margen de decisión (Voto concurrente del Juez Caflish en el Caso Hirst nº 2, § 2 y 3). La falta de bases racionales es suficiente razón para encontrar una violación del Convenio. Llevar la discusión a la proporcionalidad ha llevado al Tribunal a evaluar el debate parlamentario lo que produce un enfrentamiento entre dos legitimidades, “un terreno difícil y resbaladizo” (Voto concurrente de los Jueces Tulkens y Zagrebelsky en el Caso Hirst nº 2). Una interpretación dinámica y evolutiva debe estar basada en las condiciones cambiantes de las sociedades de los Estados miembros, “incluyendo un emergente consenso en cuanto a los estándares europeos que deben ser alcanzados”, algo que no existía en este caso (Voto disidente del Juez Wildhaber y otros en el Caso Hirst nº 2).

La Corte acepta que el Parlamento podía haber regulado la situación de manera diferente, sin embargo, la perspectiva del artículo 8 CEDH no es resolver que diferentes regulaciones podían haber sido adoptadas, sino asegurarse de si, al ponderar los intereses contrapuestos, el Parlamento se excedió del margen que ese artículo permite (Caso Evans, § 91). Cabe pues una diferente regulación de los intereses contrapuestos v.gr. entre dos individuos titulares del derecho a la vida privada, el padre biológico y donante de esperma para la fecundación in vitro que quiere revocar su consentimiento, y la otra persona que se embarca en ese tratamiento. Si la cuestión no suscita un consenso europeo, debe reconocerse un amplio margen nacional dada la complejidad de las cuestiones morales en juego.

Unido, de 6 de octubre de 2005. Maurice contra Francia, también de 6 de octubre de 2005. Evans contra el Reino Unido, de 10 de abril de 2007. Alajos Kiss contra Hungría, de 20 de mayo de 2010. Lindheim y otros contra Noruega, de 12 de junio de 2012. Animal Defenders International contra el Reino Unido, de 22 de abril de 2013. National Union of Rail, Maritime and Transporters Workers, contra el Reino Unido de 8 de abril de 2014. Es significativo el elevado número de estos casos donde es demandado el Reino Unido.

Respecto del derecho al sufragio activo, debe reconocerse ciertamente un amplio margen a los parlamentos nacionales a la hora de dilucidar que restricciones pueden justificarse, en particular para decidir qué procedimiento “should be tailored to assessing the fitness of mentally disabled persons”. Pero puede que no exista evidencia alguna de que el Parlamento haya sopesado los intereses en conflicto. Con mayor razón, cuando afecta a un grupo vulnerable de la sociedad que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado, y el margen de apreciación nacional se empequeñece (Caso Alajos Kiss, § 41-42).

El margen de apreciación nacional debe ser amplio en caso relacionados con políticas sociales o económicas como ocurre con la vivienda. Pero debe ser más estrecho cuando el Parlamento no ha analizado y sopesado cuidadosamente los intereses contrapuestos o evaluado la proporcionalidad de las reglas generales (Caso Lindheim, § 85).

Es muy útil para nuestros fines, pues revela la inseguridad de este juicio -que sólo en apariencia es seguro y estable- el Caso Animal Defenders International contra el Reino Unido de 2013. Se confirma la prohibición de pagar anuncios de publicidad “política” por una ONG protectora de animales en aplicación de las normas electorales. Se recuerda que el margen para efectuar restricciones a la libertad de expresión es en principio pequeño, y depende de una serie de factores, entre ellos, el tipo de expresión que se protege, y es aún más pequeño para cuestiones de interés público, lo que incluye la protección de los animales por una ONG que actúa como un “public watchdog”. Es preciso resolver si las razones ofrecidas para justificar la prohibición eran suficientes y suponían una medida necesaria, pero sin llegar a asumir el papel de las autoridades nacionales. Cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida que se ofrezcan, menos importante debe ser su impacto en el caso particular. El Gobierno británico adujo la necesidad de proteger el procedimiento electoral como parte de un orden democrático, y las campañas electorales son un espacio donde es preciso una regulación legal del debate público que asegure la libertad y el pluralismo, impidiendo que algunos grupos obtengan ventajas de la publicidad que paguen. La cuestión era saber si se había ido más allá de ese objetivo y traspasado el margen. Mas no habiendo un consenso europeo sobre la regulación de la publicidad política pagada debe reconocerse un amplio margen. Finalmente, se

resalta que el Tribunal Supremo y la Cámara de los Lores aportaron numerosos ejemplos de cómo la proporcionalidad de la medida había sido examinada no respecto de este caso concreto, pero sí de la legislación.

Sin embargo, el voto particular del Juez Bratza discrepa de la idea de que el contenido del mensaje político condicione la libertad y aminore el margen, y sostiene que el Parlamento británico se excedió del margen que tenía. Una crítica que revela la constante inseguridad sobre la amplitud del margen.

Otra opinión disidente de los jueces Ziemele, Sajó y otros sostiene que se violó el Convenio por una prohibición general de propaganda política en los medios, entendida de manera tan amplia. Se sostiene con agudeza:

“re-asserting the absolute sovereignty of Parliament in the best pre-Convention traditions of Bagehot and Dicey. The doctrine of the margin of appreciation, which was developed to facilitate the proportionality analysis, should not be used for such purpose” (§ 10).

Igualmente, la opinión disidente de la juez Tulkens a la que se adhieren Spielmann y otro Magistrado, donde se argumenta que ciertamente la calidad del procedimiento parlamentario y de la revisión judicial efectuada a nivel nacional es importante, pero también debe serlo su aplicación en el caso. Una prohibición tan amplia y una idea tan amplia de propaganda política resultan excesivas. La sensatez del voto me parece evidente.

En síntesis, mucho me temo que la solidez, seguridad y predictibilidad del test del procedimiento razonable no soporta muy bien su examen en un caso difícil como es *Animal Defenders* según revela la contradicción entre las opiniones de los distintos Magistrados. Es muy dura la crítica que invoca que esta tesis es heredera del obsoleto dogma, ya exclusivamente inglés, de la soberanía del Parlamento, hoy abandonado en defensa de la soberanía de la Constitución.

Una cosa es introducir argumentos sobre la calidad y las garantías del procedimiento en el juicio de convencionalidad y la aplicación del margen, algo que puede ser útil, y otra muy distinta que quepa contentarse con revisar los vicios formales sin necesidad de revisar las opciones del legislador que traspasen el Convenio. En este sentido debe recordarse la teoría de los vicios de inconstitucionalidad: materiales, formales o de procedimiento, y de incompetencia. La

calidad del procedimiento, su carácter dialogado y participativo, no absorbe toda la problemática del margen. Debería además resolverse si la primera fase del juicio encierra una revisión judicial sustantiva y la segunda se refiere al proceso legislativo, o debe operarse justamente al revés como parece más lógico y revisar la forma antes de la sustancia.

No advierto, en definitiva, una construcción muy precisa de este test en la jurisprudencia de Estrasburgo ni claras respuestas a éstas y otras preguntas. Sí me parece razonable la exigencia jurisprudencial de un procedimiento adecuado a la decisión (*narrowly tailored*).

Finalmente, me parece imprescindible hacer una reflexión teórica sobre democracia y derechos fundamentales para asegurarnos de la validez del criterio. Traeré a colación el conocido estudio de Gustavo Zagrebelsky sobre la crucifixión de Cristo, quien dialogaba con el clásico libro de Hans Kelsen “Esencia y valor de la democracia” de 1920 y su entendimiento procedimental de la misma⁷¹. El maestro italiano recuerda el martirio de Cristo -como antes hizo Kelsen- como ejemplo de relativismo democrático y consideración procedimental de la democracia, desprovista de valores y dogmas. En esencia, Pilatos le pregunta a Jesús, ¿quién eres?, y éste le contesta, soy la Verdad, y cómo Pilatos no está muy seguro de conocer la Verdad, le pregunta entonces al pueblo, ¿a quién preferís a Barrabás o a Jesús? Desde esta perspectiva, el asesinato del hijo de Dios fue la absurda conclusión de un procedimiento perfectamente democrático.

La mayoría puede estar equivocada y violar el contenido esencial de un derecho fundamental de un individuo o de un grupo. Esa es precisamente la razón de ser de la función garantista del TEDH, que debe practicar un control externo y distanciado de los hechos, y la grandeza de unos derechos fundamentales, de rango constitucional o convencional, que vinculan a las leyes.

Un procedimiento formalmente democrático puede conducir a un resultado inadecuado y a la directa lesión de derechos fundamentales indisponibles por el legislador. Existen numerosos ejemplos, porque los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes son técnicas, por definición, contramayoritarias. La

⁷¹ Vid. ZAGREBELSKY, *La crucifixión y la democracia*, el original en italiano es del año antes. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, el original en alemán se publicó en 1920.

teoría del procedimiento razonable puede no advertir suficientemente esta faceta. No basta con la calidad de la ley y del procedimiento para excluir el control de convencionalidad, aunque sea un dato más a tener en cuenta. Pensemos en cualquiera de los casos donde la opinión pública de un país está contaminada y directamente decidida a permitir la violación de un derecho de una minoría: verdaderas situaciones de linchamiento o “clamor popular”.

La Historia abunda en buenos ejemplos. El Voltaire del “Tratado sobre la tolerancia” en 1763, recordaba el juicio de un comerciante, Jean Calas, en Toulouse, por el asesinato de su hijo, que se había hecho católico y probablemente se suicidó. El juicio de instancia se celebró en un contexto fuertemente contaminado por las guerras de religión entre protestantes y católicos que hacían casi imposible la existencia de un juez imparcial⁷². En París un juicio vale más que al fanatismo de las provincias, diría Voltaire. Ofrecer un segundo control distanciado tras el nacional es precisamente la razón de ser de un control externo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

V. Conclusiones

El TEDH ofrece una garantía internacional de los derechos fundamentales que es subsidiaria de las protecciones nacionales. Es razonable pues que los Estados mantengan un margen de discrecionalidad en la valoración de los derechos que les permita mantener políticas propias y vertebrar el principio democrático. Es también sabio y prudente que un tribunal internacional, juzgador en un espacio convencional tan amplio, respete cierta deferencia a las decisiones internas si no son irrazonables o desproporcionadas o se alejan del consenso europeo y los estándares convencionales. Pero ese margen de apreciación nacional debe ser por definición limitado y no puede reconocerse en algunos derechos. El problema es que la construcción jurisprudencial de ese margen -su delimitación- es débil y acude a varios criterios y tiene generalmente una acusada dependencia del contexto: de la circunstancias del caso o de una comunidad. Una variante de la justicia del pretor.

⁷² VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Crítica, Barcelona, 1976. Más recientemente Voltaire, *Cartas filosóficas, tratado sobre la tolerancia, cuentos*, con prólogo de SAVATER y un buen estudio introductorio de DOMÍNGUEZ sobre la actualidad de este clásico.

Esta situación genera inseguridad jurídica y resoluciones europeas no siempre predecibles.

La tesis del procedimiento razonable decisión atiende a la calidad del un procedimiento -legislativo o judicial- bien ajustado a la medida de la naturaleza de la decisión que debe tomarse y que pondere adecuadamente los intereses en juego. El uso de esta herramienta puede servir en ciertos casos. Pero, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad, los vicios de procedimiento no agotan todos los vicios enjuiciables en el control de convencionalidad. No es una alternativa global. No podemos sustituir el margen por el monopolio de cultivo de la revisión del procedimiento, puesto que no sería una garantía suficiente para los derechos fundamentales de los europeos.

Bibliografía

ALKEMA, Evert A., "The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court", en MAHONEY, Paul – MATSCHER, Franz – PETZOLD, Herbert – WILDHABER, Luzius (eds.): *Protecting Human Rights. The european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Colonia/Berlín/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2002.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai, *Semiprocedural judicial review*, “Legisprudence”, año 2012, nº 271.

BJORGE, Erik, *Domestic applications of the ECHR: Courts as faithful trustees*, Oxford Scholarship online, 2015.

BOUDIN, Michael, *Book review*, “Virginia Law Review”, año 1981, nº 67.

CALLEWAERT, Johan, “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, en MAHONEY, Paul – MATSCHER, Franz – PETZOLD, Herbert – WILDHABER, Luzius (eds.): *Protecting Human Rights. The european perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Colonia/Berlín/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000.

DE GOUTTES, Régis, *La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, “Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme”, año 1995, nº 24.

DE SHUTTER, Olivier – TULKENS, François, “Rights in conflict: the ECtHR as a pragmatic institution”, en BREMS, Eva, *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp, Intersentia, 2008.

DÍAZ CREGO, María, *Los derechos fundamentales como límite al proceso de integración europea (un estudio del caso español)*, Madrid, Reus, 2009.

ELY, John H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard U. P., 1980.

GALETTA, Diana-Urania, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, año 1999, nº 3-4.

GARCÍA ROCA, Javier, *La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 2002, nº 65.

GARCÍA ROCA, Javier, “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España” en PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.), *Actas del V Congreso ACE*, Tirant lo Blanch, 2007.

GERARDS, Janeke, *Margin of national appreciation and incrementalism in the case law of the ECtHR*, “Human Rights Law Review”, 18:3.

GERARDS, Janeke - BREMS, Eva, *Procedural review in European fundamental rights cases*, Cambridge U.P., 2017.

GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the ECHR*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2000.

GRIMM, Dieter, “¿Does Europe needs a Constitution”, en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997

GROSS, Oren - NÍ AOLÁIN, Fionnuala, *From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of article 15 of the ECHR*, “Human Rights Quarterly”, nº 23, 2001.

HÄBERLE, Peter, *¿Existe un espacio público europeo?*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo” 1998.

HABERMAS, Jürgen, “La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada”, en *¡Ay, Europa! Pequeños escritos políticos*, Valladolid, Trotta, 2009.

-, “Reply to Grimm”, en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1974.

KLATT, Mathias – MEISTER, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford scholarship online, 2012.

LESTER OF HERNE HILL, “The European Convention on Human Rights in the new architecture of Europe: general report”, en *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 1995.

LETSAS, George, *Two concepts of the margin of appreciation*, “Oxford Journal of Legal Studies”, año 2006, vol. 26, nº 4.

MACDONALD, Ronald St John, “The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Il Diritto Internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in honore di Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987.

MAHORNEY, Paul, *Marvellous richness of diversity or individual cultural relativism*, “Human Rights Law Journal”, año 1998, vol. 19, nº 1.

-, *Judicial activism and self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, “Human Rights Law Journal”, año 1990, vol. 11, nº 1-2.

MCGOLDRIC, Dominic, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee*, “International and Comparative Law Quarterly”, año 2016, vol. 65.

POPELIER, Patricia - VAN DE HEYNING, Catherine, *Subsidiarity post Brighton: procedural rationality as answer*, "Leiden Journal of International Law", año 2017, vol. 30, issue 1.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *TEDH y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación*, "Teoría y Realidad Constitucional", año 2018, nº 42.

SCHOEKKENBROEK, Jeroen, *The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights*.

SPANO, Robert, *Universality as diversity of human rights. Strasbourg in the age of diversity*, "Human Rights Review", año 2014, 14, nº 3.

SUNSTEIN, Cass R., *Constitutional personae*, Oxford U.P., 2015.

TULKEN, François – DONNAY, Luc, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature*, "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", año 2006, nº1.

VASEL, Johann Justel, *El 'margin of appreciation' como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo*, "Revista de Derecho Constitucional Europeo", año 2009, nº 11.

VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Barcelona, Crítica, Barcelona, 1976.

-, *Cartas filosóficas, tratado sobre la tolerancia, cuentos*, Madrid, Gredos, 2010.

WALDOCK, Humprey, *The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Journal", año 1980, nº 1, 1980.

WEILER, Joseph H., "¿Does Europe needs a Constitution? Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht decision", en GOWAN, Peter y ANDERSON, Perry (ed.), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997.

-, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

WICKS, Elisabeth, *The evolution of a Constitution. Eight key moments in British constitutional history*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

YOUROV, Howard Ch., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996

Deferencia internacional,
vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión

ZANON, Nicolò, *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, “Annuaire International de Justice Constitutionnelle”, año 1989, Vol. V, 1989.