

DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES Y CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ABIERTO EN RED

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. JUICIO DE CONVENCIONALIDAD *VERSUS* MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. III. DIÁLOGO VERTICAL DESCENDENTE. LA ARMONIZACIÓN. 1. Recepción material. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. 2. Evolución desde la recepción material. El derecho a un juez imparcial. 3. La insuficiencia del diálogo. Las interceptaciones telefónicas. 4. ¿Un punto de desencuentro? El discurso del odio y la negación del Holocausto. 5. De la divergencia a la convergencia y a la superación del estándar europeo. La protección de nuevos derechos. La no exclusividad del Tribunal Constitucional en el diálogo con el TEDH. El derecho a un ambiente sano. IV. DIÁLOGO JUDICIAL ASCENDENTE. EL CONSENSO. V. DIÁLOGO HORIZONTAL: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS-CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. LA BIDIRECCIONALIDAD. VI. HACIA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ABIERTO EN RED.

Palabras clave

Derechos humanos; Diálogo entre tribunales; Sistema global y abierto de protección de derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resumen

Paulatinamente se está creando un sistema global de protección de derechos humanos bajo la forma de un sistema abierto en red. Las influencias mutuas entre tribunales estatales y supranacionales son evidentes. Los diferentes sistemas de protección aparecen interconectados. El presente trabajo analiza las relaciones verticales intrasistema y horizontales intersistema.

En la construcción de un derecho global de los derechos humanos entran en juego diferentes cuestiones, en ocasiones siguiendo una dinámica antitética: el control de la convencionalidad, el margen de discrecionalidad nacional, el consenso, la voluntad de los tribunales convencionales de convertirse en instrumentos eficaces de protección, la obligatoriedad (...). Todas ellas son tratadas en este estudio.

I. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, los sistemas europeo y americano presentan una particularidad: tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH), contienen no sólo un catálogo de derechos

a garantizar, sino que regulan un recurso de amparo internacional ante una instancia jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respectivamente. Y es que, «los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso», como entiende Cançado Trindade¹.

Ambos sistemas no podían ser ajenos a fenómenos como la globalización o la sociedad de la información. La información fluye y los tribunales, tanto estatales como supranacionales, tienen fácil acceso a las construcciones doctrinales que elaboran otros órganos. Es así que, ante cuestiones que a ellos se les presentan como novedosas, pueden encontrar con cierta facilidad soluciones que ya se han dado en otros órdenes, con lo que paulatinamente se genera una jurisprudencia homogénea ante controversias similares. Este escenario es más fácil que se produzca cuando se comparten valores y pautas culturales similares, como es el caso de Europa y América. De tal modo, se observa una clara interconexión entre ambos sistemas que tiende a la convergencia u homogeneización doctrinal. Ello no obstante, este eurocentrismo en materia de derechos humanos puede ser visto con reticencia por otros sistemas regionales que no comparten similares pautas y valores.

El sistema convencional y el nacional no funcionan como compartimentos estancos, sino que están intercomunicados. La influencia ha sido en mayor medida desde el primero hacia el segundo. Martín-Retortillo ponía de relieve el hecho de que cuando «el Tribunal Constitucional español inicia su andadura se va a mostrar muy receptivo a la jurisprudencia de Estrasburgo»². Es decir, el papel del Tribunal Constitucional era de mero receptor, sujeto pasivo, de la jurisprudencia del TEDH, emisor o sujeto activo. Así, a finales de los años 90 se hablaba de aplicación del CEDH en España³, apertura al derecho internacional

¹ A.A. CANÇADO TRINDADE, *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional, el futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. UNHCR, San José de Costa Rica, 2003, p. 93.

² L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 268-269. Y, en este sentido, ya advertía T. Freixes Sanjuan que «el Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está recibiendo una integración cada vez más importante en las sentencias del Tribunal Constitucional», T. FREIXES SANJUAN, *Libertades informativas e integración europea*, Colex, Madrid, 1996, p. 125.

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol», *Protection des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Estrasburgo, 1988, p. 224; J.A. CARRILLO SALCEDO, «España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español», *Archiv des Völkerrechts*, Artibus, 1994; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988, y L.M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997.

de los derechos humanos⁴ o de recepción de la jurisprudencia del TEDH⁵. Los autores extranjeros parecían ir en la misma dirección⁶.

Si Europa camina hacia la integración en materia de derechos humanos, corresponde al TEDH, tal como advierte Delgado Barrio, «la tarea propia de los vasos comunicantes en el mantenimiento de un nivel común de reconocimiento de los derechos humanos»⁷. Lo mismo puede decirse, en América, de la CIDH. Ambos han llevado a cabo una labor de primer orden de cara a la armonización europea y americana en materia de derechos humanos desencadenando reformas legislativas, prácticas administrativas o construcciones jurisprudenciales que acercan a los distintos ordenamientos estatales.

Sin embargo, tratar de explicar esta relación desde una perspectiva unidireccional es insuficiente. A la hora de construir un sistema europeo o americano de derechos humanos, es menester tener en cuenta dos factores:

- El primero, *intrasistema*. La relación entre el sistema convencional y los estatales no es unidireccional en el sentido de que sólo el TEDH o la CIDH irradian sus construcciones hacia los tribunales estatales, sino que ha pasado a ser bidireccional en el sentido de que las influencias son también en la dirección contraria. El TEDH y la CIDH deberían asumir cualquier construcción jurisprudencial que, creada en el seno de un ordenamiento estatal, sea más garantista que la propia garantía convencional, de tal manera que al hacerla propia la convirtiese en convencional irradiándola al resto de ordenamientos estatales que se verían obligados a asumirla. No olvidemos que la jurisprudencia de estos tribunales ha sido calificada como un estándar común de mínimos susceptible de verse superado por las garantías internas; pese a lo cual, esa jurisprudencia de mínimos no permanece inmutable o estancada en el tiempo, pues de ser así acabaría por convertir los

⁴ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 7-30; A.H. CATALÀ I BAS, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2001; y «La Jurisprudencia del TEDH sobre el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal Constitucional», *Dereito Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Volumen 11, núm 1, 2002, pp. 25-60; I. MARTÍN SÁNCHEZ, *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el convenio europeo de derechos humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Comares, Granada, 2002.

⁶ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1999.

⁷ J. DELGADO BARRIO, «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *Revista de administraciones públicas*, núm. 119, 1989, p. 243.

respectivos tratados convencionales (CEDH y CADH) en algo inerte cuando, por el contrario, es una doctrina que fluye, que se va elevando paulatinamente, convirtiendo ambos textos en instrumentos vivos y eficaces de protección de los derechos humanos. Algunas de estas nuevas construcciones tendrán su origen en los distintos ordenamientos estatales.

Con ello se produciría el triple efecto de elevar el grado de protección del derecho, de no convertir la jurisprudencia del tribunal supranacional en meramente accesoria o residual y de caminar hacia la armonización o integración de los distintos ordenamientos estatales haciendo realidad un derecho europeo, americano y global de derechos humanos⁸. Como señala Oetheimer, «la interconexión entre los dos sistemas jurídicos, desarrolla una dinámica de convergencia»⁹. Cuando se aborda el estudio de esta interconexión, el término *recepción* parece haber quedado obsoleto por insuficiente a la hora de describir sólo una parte de la relación: la influencia de la jurisprudencia del tribunal supranacional sobre los tribunales estatales. Se ha detectado, al menos en Europa, que el canal de comunicación se ha convertido en bidireccional: del TEDH a los tribunales nacionales y de éstos a aquél.

- El segundo fenómeno, *intersistemas*. Se ha detectado, igualmente, que existe una comunicación entre sistemas, especialmente entre el europeo y el americano, enmarcada en una relación horizontal y bidireccional, aunque esa bidireccionalidad no supone que las dos vías contengan una comunicación de similar intensidad, siendo mucho más intensa la que va del TEDH a la CADH¹⁰.

A la hora de analizar este fenómeno, parte de la doctrina española se ha decantado por utilizar la expresión, de origen anglosajón, diálogo entre tribunales (*jurisdictional dialogue*)¹¹. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia 645/2006, de 20 de junio, habla de

⁸ A.H. CATALÀ I BAS, *Libertad de expresión e información... cit.*, pp. 62-63.

⁹ M. OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*, Editions A. Pedone, Paris, 2001, p. 243.

¹⁰ Así lo destacan J. GARCÍA ROCA, H. NOGUEIRA ALCALÁ y R. BUSTOS GISBERT, «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en J. García Roca, P.A. Fernández, P. Santolaya y R. Canosa, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2012, p. 76.

¹¹ A título de ejemplo R. BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63; L. LÓPEZ GUERRA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 139-158; L. JIMENA QUESADA, «Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial», *La eficacia de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Dir. J. Goizueta Vértiz y M. Cienfuegos Mateo), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 111-139; A. SAIZ ARNAIZ, «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», en VV.AA., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-159.

«mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (...)». Así mismo, usa este término el Consejo de Estado en su Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008. Ello no obstante, su uso casi generalizado no ha estado exento de reticencias¹² o críticas¹³. López Guerra define el diálogo como «proceso de influencias y relaciones recíprocas entre tribunales»¹⁴. Esta es una definición muy amplia que comprende aquellos casos en que dicha influencia deriva de una obligación como podría ser la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la del Tribunal Constitucional español derivada del art. 10.2 CE, o como las influencias mutuas que pueden darse entre tribunales sin que exista obligación alguna, lo que en opinión de Vergottini no es más que un recurso a la comparación¹⁵. Bustos restringe el concepto a los casos en los que hay obligación de asumir la construcción jurisprudencial, entendiendo por diálogo «la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho»¹⁶.

En cualquier caso, la cuestión de la obligatoriedad será abordada a lo largo de este trabajo partiendo ya de la premisa de que varía según se trate de una relación vertical descendente, vertical ascendente u horizontal.

II. EL JUICIO DE CONVENCIONALIDAD VS. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

El control de convencionalidad crea el estándar común europeo en materia de derechos fundamentales y ha de ser, como destaca entre otros Sáiz Arnáiz, fruto de una

¹² García Roca, Nogueira Alcalá y Bustos Gisbert, aunque se decantan por estos términos reconocen que a pesar de «haberlo dudado» optaron «por manejar esta expresión por su valor pedagógico y porque ha acabado por imponerse en la práctica» (p. 66). Señalan que «esta indeterminación de la idea de diálogo posee la ventaja —y el inconveniente— de su tremenda flexibilidad para describir nuevos fenómenos» (p. 74): J. GARCÍA ROCA, H. NOGUEIRA ALCALÁ y R. BUSTOS GISBERT, «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, *El diálogo entre...* cit. El propio García Roca llega a afirmar que «si bien no es claro qué quiere decirse con 'diálogo', puede que de esta ambigüedad sea mejor no salir». J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 223.

¹³ G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Madrid, 2010; y «El diálogo entre tribunales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 335-352.

¹⁴ L. LÓPEZ GUERRA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», cit.

¹⁵ G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo...* cit., p. 40.

¹⁶ R. BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 2012, p. 21.

actuación conjunta, lo que contribuye «a racionalizar el empleo del margen de apreciación nacional»¹⁷. Como contrapeso al margen de apreciación nacional que suele traducirse en doctrinas restrictivas a los derechos, encontramos el juicio de convencionalidad que facilita la llegada a soluciones convergentes o compatibles. Sin duda, la existencia de pautas o indicaciones culturales comunes facilita ese punto de encuentro; de ahí que, si observamos la jurisprudencia del TEDH y la del CIDH, las similitudes sean evidentes. Cuanto más riguroso sea el examen de convencionalidad —examen de arriba abajo— menor es el margen de apreciación nacional. Así, y por citar un ejemplo, el TEDH ejerce un control muy estricto cuando entra en juego la libertad de expresión y los derechos de reunión y manifestación de representantes y partidos políticos. En el caso *Partido Comunista unificado de Turquía c. Turquía*, de 30 de enero de 1998, advirtió que en vista del papel esencial que desempeñaban los partidos políticos en el correcto funcionamiento de la democracia,

*«las excepciones establecidas en el art. 11 CEDH deben, cuando son los partidos políticos los afectados, interpretarse de forma estricta; tan sólo razones convincentes y fehacientes pueden justificar las restricciones sobre dichas libertades que el art. 11 garantiza a los partidos. Al determinar si existe una necesidad dentro de lo estipulado en el art. 11.2, los Estados Parte disponen de un limitado margen de apreciación que va de la mano de una rigurosa supervisión europea»*¹⁸.

Este control básicamente supone un análisis de la adecuación de la norma interna a la norma convencional. Tanto el TEDH como la CIDH llevan a cabo dicho control, siendo ésta última la que ha llevado más lejos sus consecuencias. Mientras que la Corte de Costa Rica busca imponer sus criterios, el Tribunal de Estrasburgo pretende simplemente que los ordenamientos internos estén en armonía con el CEDH en un proceso de construcción de un derecho europeo de los derechos humanos¹⁹. Ambas Cortes han aprovechado el recurso de amparo ante ellas interpuesto para llevar a cabo una suerte de control abstracto de las normas internas. Exigen no sólo que la injerencia en un derecho convencional tenga su base en una norma interna, sino que además ésta cumpla determinados requisitos de calidad exigibles en un Estado de Derecho: accesibilidad, previsibilidad, necesidad, proporcionalidad, etc. (...). Con dicho análisis se han convertido no sólo en legisladores negativos, sino también en legisladores positivos al establecer en diversas ocasiones, como en el caso *Huvig y Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990, las garantías mínimas que una norma que regule una injerencia en un derecho ha de contener para que no se repute contraria al texto convencional.

¹⁷ A. SÁIZ ARNÁIZ, «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: las razones para el diálogo», *cit.*, p. 150.

¹⁸ En el mismo sentido, véase STEDH *Partido Demócrata Cristiano Popular c. Moldavia*, de 14 de febrero de 2006.

¹⁹ A.H. CATALÀ I BAS, *Libertad de expresión e información... cit.*, p. 56.

El debate se centra en si los jueces nacionales han de llevar a cabo también dicho control, un debate que lógicamente se ha acentuado tras la aprobación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Nuestra doctrina está dividida. Jimena Quesada²⁰ se decanta por una postura afirmativa mientras que Canosa Usera por la negativa²¹. En nuestro ordenamiento ha habido tímidos intentos de la jurisdicción ordinaria de llevar a cabo esta labor, pero lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional se autoexcluye de proteger los derechos convencionales con el pretexto de que sólo está sujeto a la Constitución y a su propia Ley Orgánica. Destaca Canosa Usera que no deja de resultar paradójico que el Alto Tribunal se niegue a que el CEDH integre su canon de enjuiciamiento, pero se vincule a la interpretación del CEDH hecha por el TEDH²². Ha sucedido en muchos casos, siendo uno de los más llamativos el de la inclusión del derecho a un ambiente sano como parte integrante del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE²³; otro es el relativo a los requisitos que ha de reunir una intervención telefónica para no vulnerar el art. 18.3 CE. De esta manera, el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios han convencionalizado los derechos constitucionales.

La realidad nos muestra cómo, en el orden interno, los tribunales están operando con normalidad un control indirecto de convencionalidad. Lo cierto es que éstos están obligados a no rebajar el estándar convencional y, por lo tanto, aunque de forma implícita, se ven abocados a realizar dicho control. A la hora de fijar el estándar mínimo donde el tribunal convencional ha hablado, los tribunales internos han de callar. En el caso europeo, ese control de convencionalidad se verá favorecido en un futuro cuando entre en vigor el Protocolo núm. 16 que introduce la cuestión prejudicial, lo que elevará las posibilidades del diálogo entre jurisdicción interna y TEDH²⁴. Aunque la decisión de este último no

²⁰ L. JIMENA QUESADA, «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 41 ss.

²¹ R. CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Civitas, Madrid, 2015.

²² *Ibidem*, p. 97.

²³ Sobre este supuesto, con especial énfasis en el impacto y la utilidad (que todavía es calificada críticamente como escasa) del art. 10.2 CE, léase R. CANOSA USERA, «Pretensiones ambientales en amparo constitucional: comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 11-12, 2002-2003, especialmente pp. 13-16.

²⁴ L. LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29: el citado autor, actual juez español en el TEDH, destaca el alcance de esa reforma y, con respecto al Protocolo núm. 16, subraya que persigue promover un diálogo con las autoridades nacionales (a través de la solicitud al TEDH de opiniones consultivas relativas a la interpretación y aplicación del CEDH), con el objeto de facilitar la protección de derechos a nivel nacional.

sea vinculante, ante una respuesta negativa el Estado deberá reaccionar de forma pronta si no quiere verse abocado a una sentencia desfavorable por parte del TEDH. Señala Canosa Usera que en estos casos el TEDH «forzará una interpretación favorable al Convenio para evitar así una declaración de inconventionalidad»²⁵. Si ello fuese así, si el TEDH buscará «forzar» un encaje convencional de la norma en entredicho, se corre el riesgo de crear una jurisprudencia *contra libertate*. Una cosa es que éste busque una interpretación armonizadora y otra que fuerce el texto convencional, pues esto último puede llevar a desnaturalizarlo.

Como se avanzaba, mayor fuerza tiene dicho juicio en el sistema interamericano. En efecto, la Corte Interamericana llega más lejos que el TEDH a la hora de establecer las consecuencias de su decisión. Mientras que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo son meramente declarativas, como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional (en sentencias tales como la 291/1991, de 16 de diciembre) y sólo en contadas ocasiones, con las llamadas sentencias piloto, indica las medidas concretas a adoptar por el Estado demandado para restituir el derecho conculcado (como, por ejemplo, en el caso *S.A.S. c. Francia* de 1 de julio de 2014), la Corte Interamericana, en cambio, suele indicarlas con claridad. Como recuerda Ortiz Torricos, el control de convencionalidad que realiza la Corte de San José de Costa Rica no se limita a las leyes internas de un Estado, sino que incluso puede alcanzar a la propia Constitución de un país, como sucedió en el caso *La última tentación de Cristo c. Chile* de 5 de febrero de 2001, en el que falló que el art. 19, núm. 12, de la Constitución Chilena que establecía la censura previa, violaba el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención Americana, disponiendo que el Estado chileno, «debía modificar su ordenamiento jurídico interno (...) con el fin de suprimir la censura previa». Además, la Corte pone de relieve que las autoridades nacionales tienen la potestad de realizar de oficio el control de convencionalidad²⁶.

III. DIÁLOGO VERTICAL DESCENDENTE. LA ARMONIZACIÓN

Se trata del caso más claro de obligación jurídica. El sistema europeo y el americano presentaban una particularidad: como se dijo, junto a una declaración de derechos, se incluía una instancia jurisdiccional, TEDH y CIDH respectivamente, a los que se atribuía competencia para juzgar casos elevados por los países miembros o por personas en ellos residentes. Sus sentencias adquieren, por tanto, efecto de cosa juzgada y de cosa interpretada. De acuerdo con Lambert, «el concepto de cosa juzgada responde sobre todo

²⁵ R. CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, cit., p. 97.

²⁶ M. ORTIZ TORRICOS, *El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un Derecho Americano y Global de los Derechos Humanos*, Universitat de València, Valencia, 2014, pp. 322-323.

a dos imperativos: de una parte, tiene como efecto poner fin a una controversia entre el individuo y el Estado (...). La cosa juzgada europea asegura la protección del individuo ante un orden estatal, responsable y juez a la vez. De otra parte, permite, sobre todo, que el Estado Parte respete sus obligaciones convencionales y participe en el desarrollo de valores europeos comunes»²⁷. El efecto de cosa juzgada deriva inexcusablemente del vigente art. 46 CEDH y del art. 68 CADH cuando determinan que los Estados Parte se comprometen a atajar o cumplir las sentencias definitivas de los respectivos Tribunales en los litigios en que sean parte.

Vemos, asimismo, que las sentencias tienen efecto de cosa interpretada. En ocasiones, ello ha sido propiciado por disposiciones constitucionales que así lo establecen. A título de ejemplo, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución española y el 13.IV de la Constitución boliviana los derechos en ellas reconocidos se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los respectivos países. En este sentido, en la STEDH *Irlanda c. Reino Unido* de 18 de enero de 1978, el TEDH afirmó que:

«[sus] sentencias sirven no solamente para solucionar el caso en las que son dictadas, sino más ampliamente para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención, y a contribuir al respeto de los Estados a las obligaciones que han asumido en su calidad de Partes Contratantes» (Párrafo 158).

En esa misma línea se pronunció la CIDH en la Opinión Consultiva núm 17/02, en la que al referirse al contenido de dicha opinión se señala que en la misma se *«da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones erga omnes de protección de los derechos de la persona humana»*²⁸.

En el ámbito español, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hablará de *«vía interpretativa impuesta por el art. 10.2 de la Constitución»* y la STC 5/1985, de 23 de enero, por su parte, admite que la referencia a la jurisprudencia del TEDH viene impuesta por el mandato constitucional contenido en el art. 10.2 CE. Delgado Barrio concluye, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que *«puede perfectamente apreciarse cómo el primer itinerario hermenéutico del Tribunal Constitucional es siempre (...) el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo»*²⁹.

El Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 2730-2006-PA/TC, Sentencia de 21 de julio de 2006, fundamento 12, manifestó, por su parte, que las sentencias de la

²⁷ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts...*, cit., p. 71.

²⁸ Voto concurrente del Juez Cañado Trindade, en la OC 17/02, de 28 de agosto de 2002, que se refiere a la condición jurídica y derechos humanos del niño.

²⁹ J. DELGADO BARRIO, «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», cit., p. 247.

CIDH: «*resultan vinculantes para todo el poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado no ha sido parte en el proceso*». Y es que, de acuerdo con García Falconí, se sostiene que las decisiones de este tribunal internacional son vinculantes: «no sólo en su parte decisoria que afecta al país procesado específicamente (cosa juzgada), sino en sus consideraciones o ratio decidendi (cosa interpretada), en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de la normas de la Convención»³⁰.

Ante esta realidad, los diferentes Estados pueden reaccionar de dos formas. La primera, mantener una postura aislacionista consistente en no dejarse influenciar por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales. La doctrina ha puesto como ejemplo de esta actitud al Tribunal Supremo de Estados Unidos³¹. La segunda consiste en permitir que dicha jurisprudencia penetre en el sistema interno. España es un claro ejemplo de ésta. Ahora bien, la asunción de la jurisprudencia convencional no ha sido uniforme debido, por una parte, a que en Europa se busca la armonización, no la uniformidad, y aquélla puede lograrse de distintas maneras, y por otra, a que nuestro ordenamiento no preveía hasta fechas recientes ningún procedimiento para el cumplimiento de las sentencias del TEDH (lo que ha provocado alguna medida reactiva positiva reciente del Tribunal Supremo y una modificación posterior al efecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —art. 954—)³², lo que ha derivado en un casuismo que podríamos sistematizar de la siguiente manera.

³⁰ R. GARCÍA FALCONÍ, «Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, Ed. Cevallos, Quito, 2011, p. 78.

³¹ Aunque hay excepciones, como el caso *Lawrence vs Texas*, en el que el Tribunal Supremo estadounidense hizo referencia a la sentencia del TEDH *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981. Esta sentencia anuló la Ley que criminalizaba la homosexualidad en Texas y, por extensión, las leyes similares en otros trece estados.

³² Esta es la reciente versión del art. 954 redactada por el apartado quince del art. único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales: «1. Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes: a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo. b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto. c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes. d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave. e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal. 2. Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma

1. Recepción material. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Entre los casos en los que la recepción de la jurisprudencia del TEDH ha estado presidida por la normalidad podemos citar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1985, de 23 de enero, a la hora de dilucidar si nuestra Constitución ha introducido una definición de mayor rigor que la del texto europeo, que: «*Por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 de la Convención Europea y de lo que desde la afirmación de este precepto ha señalado el TEDH*» (FJ 5). Ya con anterioridad, se encargó de advertir la STC 24/1981, de 17 de julio: «*Nos encontramos frente a un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico*» (FJ 3).

Dichos criterios son claramente sistematizados ya en la STEDH *Köning c. Alemania* de 28 de julio de 1978: análisis caso por caso teniendo en cuenta la complejidad del mismo, el comportamiento de las partes y la actitud de las autoridades. Desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha utilizado en el análisis de los hechos los criterios marcados por el Tribunal de Estrasburgo. Plenamente clarificadoras son las SSTC 24/1981, de 14 de julio³³ y 36/1984, de 14 de marzo. En esta última dice el Alto Tribunal español:

«La remisión que el art. 10.2 CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada

y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte. 3. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal». Esta nueva redacción, vigente desde el 6 de diciembre de 2015, vino precedida por el Acuerdo del Pleno de la Sala Penal de Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, en el que se determinó: «*En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión de art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido*».

³³ Sentencia dictada pasado un año escaso desde la puesta en marcha del propio Tribunal. En la misma ya hizo referencia a las SSTEDH *Neumeister* de 27 de junio de 1968, *Ringeisen* de 6 de junio de 1971 y *Koning* de 28 de julio de 1978, y señaló como elementos a analizar en cada caso: la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes, y la actitud de las autoridades: «*... el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente «la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales» (Cour Eur. D. H., Affaire Köning, décision du 23 avril 1977, série A, núm. 27, p. 34)*».

por el TEDH al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”. En su Sentencia de 13 de julio de 1983, en el caso *Zimmermann y Steiner*, el mencionado TEDH, recogiendo una doctrina ya establecida en casos anteriores (asuntos *König*, *Guzzardi*, *Buchholz*, *Foti* y otros, *Corigliano*, *Minelli*) señala, como criterios a tener en cuenta, «la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos» (FJ 3).

2. Evolución desde la recepción material. El derecho a un juez imparcial

En la sentencia *Piersack c. Bélgica* de 1 de octubre de 1982 distinguirá el TEDH entre imparcialidad objetiva e imparcialidad subjetiva: «se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto». A esta doctrina hará referencia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 162/1999, de 27 de septiembre:

«El método de apreciación de estas exigencias empleado por el TEDH, cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del TEDH dictadas en los casos *Piersack* (§ 30) y *De Cubber* (§ 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso *Hauschildt*, § 48)» (FJ 5).

Advierte Jiménez Asensio, no obstante, que «a diferencia del alcance que se ha dado por parte de la jurisprudencia del TEDH a las nociones de imparcialidad subjetiva y objetiva, el Tribunal Constitucional español importará tal distinción pero dotando a ambas nociones de un alcance material diferente»³⁴. Así, en la citada sentencia, el Alto Tribunal se encarga de establecer estas diferencias. «Nuestra jurisprudencia, siguiendo un criterio de clasificación diverso del utilizado por el TEDH, ha agrupado bajo el común denominador de afectar a la

³⁴ R. JIMÉNEZ ASSENSIO, *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 196.

«imparcialidad subjetiva» a aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes, mientras las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, hemos dicho, afectan a la «imparcialidad objetiva» (SSTC 145/1988, 11/1989, 136/1992, 372/1993 y 32/1994)» (FJ 5).

De esta manera, como señala Jiménez Asensio, «mientras que en el TEDH la imparcialidad subjetiva se sitúa en el plano de lo que piensa el juez en su fuero interno, conduciendo por lo común a considerar que siempre se presume salvo prueba en contrario, en la doctrina del TC la imparcialidad subjetiva afecta a las sospechas que se manifiestan en las indebidas relaciones del juez con las partes, en cuanto que aquellas pueden manchar su neutralidad en el examen del caso». Por su parte, el TEDH coloca a la imparcialidad objetiva en el plano de valorar si el juez ofrece las garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, mientras que el TC, de otro lado, sitúa esa dimensión objetiva de la imparcialidad «en la relación del juez con el objeto del proceso»³⁵.

A pesar de ello, cabe advertir que el Tribunal Constitucional ha insistido en recordar la doctrina del TEDH creando una confusión innecesaria, pues el recordatorio está realizado en términos que confunden ambos planos. Valga de ejemplo la STC 133/2014, de 22 de julio, en cuyo FJ 3 transcribe de forma literal los párrafos 93 a 98 de la STEDH *Micallef c. Malta*, de 15 de octubre, que, con numerosas referencias a sentencias del propio Tribunal, sistematiza toda su jurisprudencia sobre el tema. El Tribunal empieza por traer a colación su propia concepción sobre imparcialidad objetiva y subjetiva: «El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él»; para, a continuación, enlazar esta doctrina con la del TEDH, de manera que traduce la impresión de una plena coincidencia entre ambas doctrinas.

A tal efecto resulta ilustrativa la STEDH de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef contra Malta*, en la cual el Tribunal Europeo afirma:

«93. La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al art. 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también

³⁵ *Ibidem*, p. 198.

de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad (ver, inter alia, Fey contra Austria, 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27, 28 y 30, y Wettstein contra Suiza, núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII)».

3. La insuficiencia del diálogo. Las interceptaciones telefónicas

La realidad de un diálogo entre TEDH y Tribunal Constitucional y el resto de tribunales españoles no puede llevar a considerarlo como la panacea que remedia todos los males alterando *de facto* nuestro sistema de fuentes. En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no puede suplir la labor del legislador y, por lo tanto, no le es dado completar las normas allí donde éstas guardan silencio. Y, sin embargo, eso es lo que ha sucedido en la práctica en relación con las garantías que ha de reunir una escucha telefónica. La historia viene de antiguo.

El Tribunal de Estrasburgo fijó en las sentencias *Huwig y Kruslin c. Francia* de 24 de abril de 1990, las garantías mínimas que debe contener la legislación que regule este tipo de actuaciones. De esta manera, la norma en cuestión ha de recoger las siguientes: fijar qué delitos justifican las mismas, establecer la duración de la medida, puntualizar las condiciones para levantar acta en la que se recoja las conversaciones interceptadas, prever las garantías que aseguren que las grabaciones se entregarán intactas y completa al juez y a la defensa, determinar los casos y en qué condiciones se borren o destruyan las grabaciones. Poco más de un año después de las sentencias *Kruslin y Huwig* se dictó una ley, la Ley 91-646 de 10 de julio de 1991 relativa al secreto de las correspondencias emitidas por vía de telecomunicaciones, introduciendo las garantías que el TEDH declaró que habían de rodear las escuchas telefónicas. Con posterioridad, el TEDH dictó la sentencia *Lambert c. Francia* de 24 de agosto de 1998, en la que admitió que la ley de 11 de julio de 1991 cumple los requisitos exigidos por el Convenio.

La cuestión era si la regulación española sobre escuchas telefónicas, contenida en el art. 579 LECrim cumplía con estas exigencias. En la conocida sentencia *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998, el Tribunal de Estrasburgo, recogiendo lo dicho en las sentencias *Huwig y Kruslin*, advirtió que la normativa española anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 4/1988 no se adecuaba al Convenio. Quedaba la duda de si la contenida en el art. 579 LECrim, que vio la luz con dicha ley, lo hacía. La doctrina ha sido unánime en advertir que dicha regulación seguía arrastrando muchas deficiencias y que, por lo tanto, no se adecuaba al Convenio³⁶.

³⁶ J.A. MARTÍN PALLÍN, «Escuchas telefónicas», en el *Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 1999, p. 369, J.M.^a ASENCIO MELLADO, «Los derechos contemplados en el art. 8 del convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales de fecha de 4 de noviembre de 1950»,

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 1991, advirtió de las carencias de la nueva regulación. Estos temores se vieron confirmados por la STEDH *Prado Bugallo c. España* de 18 de febrero de 2003, en la que el Tribunal de Estrasburgo, aun reconociendo el avance que suponía la normativa vigente entonces sobre la anterior en cuanto a las garantías que han de rodear este tipo de medidas, concluye que no reúne todas las exigidas por el Convenio. Por lo tanto, esta sentencia venía a decir que, en ese momento, la interceptación de las comunicaciones en España no tenía una verdadera base legal y suponía una violación del art. 8 CEDH. Hay que tener en cuenta un dato de enorme importancia, por lo que después se verá: en el momento de los hechos, los tribunales españoles todavía no habían asumido la jurisprudencia contenida en las sentencias *Huvig y Kruslin*, de tal manera que el Tribunal de Estrasburgo examinó única y exclusivamente el art. 579 LECrim sin el ropaje que podía ofrecerle tal circunstancia.

El Tribunal Constitucional, en la STC 49/1996, de 20 de marzo de 1996 y, especialmente, en la STC 49/1999, de 5 de abril³⁷ asumió la jurisprudencia del TEDH, que fue acogida asimismo por la jurisdicción ordinaria³⁸. En la propia STC 49/1999, el Alto Tribunal advertía en estos términos que sólo una reforma legislativa podía cubrir las omisiones de la regulación actual: «*la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental*» (FJ 5).

Ciertamente, en nuestro ordenamiento la carencia de una ley no puede ser suplida por la jurisprudencia, ya que los tribunales pueden interpretar la norma, pero no decir lo que ésta no dice; y, si el art. 579 LECrim no recogía las garantías que el TEDH exige desde las sentencias *Hugig y Kruslin*, por más que los tribunales las asuman, el precepto sigue teniendo esas carencias. Advierte en tal dirección la STC 49/1999 que la reserva de ley cumple una doble misión: de una parte, impedir que se produzcan injerencias fuera de los casos legalmente establecidos; de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En la citada STC 49/1999 se mandaba un mensaje al legislador advirtiéndole que la existencia de una norma que regule la materia no es, *per se*, suficiente si la misma no reúne una serie de requisitos que coinciden con los exigidos por el TEDH y de esta manera

en *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, p. 146. C. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 212.

³⁷ Al respecto, véase A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Intervenciones telefónicas: comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 1995, pp. 1758 ss.

³⁸ Véase al respecto STS de 21 de febrero de 1991 y ATS de 18 de junio de 1992.

señala que esa reserva de ley «no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley» (FJ 4). Por lo tanto, este requisito no se cubre con la mera existencia de una norma legal que habilite la injerencia, sino que es necesario que la normativa que la regule cumpla determinados requisitos de calidad, especialmente con relación a las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental. En otras palabras, el legislador ha de hacer el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica³⁹, por lo que la ley, «de singular precisión», ha de reunir como mínimo, todas las garantías que exige el CEDH.

Ello no obstante, para el TEDH la jurisprudencia tiene otro significado. Concretamente, para el TEDH, el art. 579 LECrim más la jurisprudencia integradora de las garantías establecidas por el propio TEDH, cumple con las exigencias derivadas del CEDH y ello porque si bien la ley no recoge todas las garantías que enumera en las sentencias *Kruslin* y *Huvig*, sí lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que forma un cuerpo compacto y de fácil accesibilidad. Y ello es suficiente a efectos del Convenio, pues para el Tribunal de Estrasburgo, el término ley no sólo hace referencia a la norma escrita, sino también a la jurisprudencia que lo interpreta, construcción que si bien está pensada para los países anglosajones la aplica sin mayor problema a los países continentales⁴⁰; así se desprende de las SSTEDH *Huvig* y *Kruslin* de 24 de abril de 1990⁴¹.

Lo anterior se ha visto confirmado con la STEDH *Abdulkadir Coban c. España*, de 26 de septiembre de 2006, en la que, esta vez sí, el Tribunal de Estrasburgo, a la hora de examinar si la medida estaba prevista por la ley, incluye en dicho análisis no sólo al art. 579 LECrim, sino a la jurisprudencia de los tribunales españoles que asume lo dicho en las sentencias *Huvig* y *Kruslin*. El resultado no podía ser otro que concluir que esta situación es conforme al Convenio. Pero, por mucho que la Corte de Estrasburgo afirme que no se vulnera el Convenio, la deficiencia sigue existiendo.

Poco después de la sentencia *Prado Bugallo*, el Tribunal Constitucional dictó su Sentencia 184/2003, de 23 de octubre⁴², en la que puso de manifiesto que el art. 579 LECrim

³⁹ Véase FJ 4.

⁴⁰ A.H. CATALÀ I BAS, «La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de derechos Humanos», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2002, pp. 64-65.

⁴¹ Punto sobre el que muestran su discrepancia R. KOERING-JOULIN, «De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt *Kruslin* et de ses suites)», *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, 27.º cahier, pp. 118 ss., y en el mismo sentido J.F. FLAUS, «Écoutes téléphoniques: le point de vue de Strasbourg», *Revue française de droit administratif*, 7 (1), 1991, p. 93. Afirma este último autor que el papel de la jurisprudencia en los países de derecho escrito «se sitúa en la interpretación que hace de los textos en vigor. Ello significa *a priori* que la jurisprudencia aclara incluso de manera completa el texto escrito pero no lo reemplaza».

⁴² Al respecto, véase S. GARCÍA COUSO, «Escuchas telefónicas: la sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2, 2003, pp. 131 ss.

no es inconstitucional, sino incompleto. El propio Tribunal reconocía en el FJ 7 que nos encontramos ante «un precepto con un núcleo o contenido constitucionalmente válido, pero insuficiente», deficiencia que, como se advierte en dicho fundamento, sólo el legislador puede remediar pidiendo, una vez más, que tal omisión se supla lo antes posible: «esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible».

Terminaba el Tribunal arrogándose un cometido que no le corresponde, que es el de suplir la ley y lo hacía consciente de ello y ante la falta de respuesta del legislador. Así, señalaba que «aunque hemos declarado en numerosas ocasiones que no es tarea de este Tribunal definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, siquiera sea provisionalmente, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, sí le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas».

El propio Tribunal de Estrasburgo, en el citado caso *Abdulkadir Coban* asume la existencia de esta carencia haciéndose eco de las reiteradas peticiones del Tribunal Constitucional al legislador español para que aborde una reforma de la normativa vigente. Así señala que: «es deseable una modificación legislativa incorporando a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como ha señalado constantemente el propio Tribunal Constitucional».

Como pone de manifiesto Bustos Gisbert, el diálogo fructífero debería conducir a una codificación, fase que aunque no necesaria, añade seguridad y coherencia⁴³. El legislador estaba empecinado en no llevarla a cabo por razones que se nos escapan —no puede ni alegar ignorancia ni que el problema ya está resuelto—, pero lo cierto es que el diálogo entre tribunales no puede suplir su inactividad, «no sustituye el proceso democrático de legitimación de decisiones. Como mucho, confiere una legitimación que podríamos caracterizar como incompleta»⁴⁴.

Con este tipo de actuaciones, se termina provocando el efecto problemático de convertir al TEDH en legislador positivo, ya no sólo cuando denuncia las carencias de la normativa interna a la hora de analizar la calidad de la ley, sino cuando suple a la ley propiamente dicha. Producido el diálogo judicial en cuestión sin la posterior modificación legislativa, el TEDH considera zanjado el problema, aunque se haya cerrado en falso a nivel interno, pues la carencia o insuficiencia de la norma sigue existiendo, con lo cual la sentencia del TEDH provoca el efecto pernicioso de paralizar o ralentizar reformas internas que mejorarían la calidad de la norma estatal. Si, como afirma García Roca, los tribunales constitucionales deben actuar «como mediadores, pues junto a los legisladores nacionales están obligados a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos

⁴³ R. DE BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales...», cit., p. 69.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 53.

humanos a las demás autoridades domésticas»⁴⁵, nuestro legislador estaba incumpliendo de forma pertinaz tal obligación dejando que se perpetuara una situación que sabía (los propios TEDH y TC así se lo habían dicho) no dejaba de ser irregular y anómala.

Situación que, por fin, el legislador ha tenido a bien remediar mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que modifica el art. 579 e introduce una regulación exhaustiva de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en los arts. 588 *ter.a.* y siguientes, regulación cuyo análisis excede del objeto de este trabajo, pero que parece cumplir con las exigencias del Tribunal de Estrasburgo. El legislador español *sólo* ha tardado quince años en responder a la súplica que le hizo el Tribunal Constitucional en su sentencia 49/1999 antes citada y no deja de causar cierto sonrojo leer en el Preámbulo de la Ley que «*Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal*».

4. ¿Un punto de desencuentro? El discurso del odio y la negación del Holocausto

De forma reiterada, señala el Tribunal de Estrasburgo que puede defenderse cualquier idea siempre que se haga por medios democráticos y en sí misma no sea incompatible con la democracia. Para dicho Tribunal, la democracia es el único sistema compatible con el Convenio. De esta manera quedarían vedadas aquellas ideologías que pretendan acabar con la democracia, tales como el nazismo o el fascismo o aquellas que no se adecuen a los valores democráticos como el racismo o el antisemitismo⁴⁶. En cambio, la confusión se produce en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, afirmará de forma rotunda que «*es evidente que al resguardo de la libertad de expresión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan*» (FJ 2), lo cual había venido precedido por lo afirmado en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, en donde consideró amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto judío (FJ 7) pese al otorgamiento del amparo por vulneración del derecho al

⁴⁵ J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre...», *cit.*, p. 64.

⁴⁶ Entre otras, véanse SSTEDH *Partido Socialista de Turquía c. Turquía*, de 25 de mayo de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, de 30 de julio de 2001, *Ibrahim Aksoy c. Turquía*, de 10 de octubre de 2000, o *Lehideux e Isornie c. Francia*, de 26 de septiembre de 1998.

honor a Violeta Friedman, mientras que la posterior sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional la negación del genocidio, no así la justificación de éste.

El Tribunal Supremo, por su parte, señaló en su sentencia de 27 de marzo de 2003, que nuestro sistema político responde a un régimen de libertad política prácticamente ilimitada —absolutamente ilimitada en las ideas, no así en los actos a través de los que se pretenda su consecución—, adquiriendo sentido que nuestra Constitución haya optado por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere «*combativamente tolerante, a favor de todos los postulados políticos*». Esta afirmación, no obstante, es matizada por el propio Tribunal Constitucional en la misma sentencia 214/1991, de 11 de noviembre y en otras como la 176/1995, de 11 de diciembre, en la que taxativamente señala que:

«Ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1. CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobas (...), no existen derechos ilimitados y ello es contrario, no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (...) tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que (...) la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1. de la Constitución española) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1. de la Constitución española)» (FJ 8).

El caso es que la Ley Orgánica de Partidos Políticos (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio) advierte que las únicas ideas prohibidas son las que están tipificadas como delito en el Código Penal. Si acudimos a dicho texto, vemos que en la reforma del 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) los arts. 510 y siguientes tipifican, entre otras acciones el fomento, la promoción la incitación, la publicación, la distribución o la venta de escritos que promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad. Con el Código Penal en la mano, no pueden defenderse todos los postulados políticos, ni todas las ideas quedan resguardadas bajo la égida de la libertad de expresión.

Así pues, con esta reforma, nuestro sistema no es combativamente tolerante con todos los postulados políticos, pues ello sería una insensatez. Sería una idiotez política permitir el racismo, la discriminación, la xenofobia o el antisemitismo. La democracia ha de defenderse de aquellos que pretendan acabar con ella o de aquellos que pretendan aterrorizar a una parte de la población, en especial, las minorías o los sectores más desfavorecidos o desprotegidos. Vemos, por tanto, que media una gran armonía entre ordenamiento convencional y ordenamiento interno. La duda es si quedaría amparada por la libertad

de expresión la difusión de ideologías o proyectos encaminados, sin incitar al odio o a la discriminación, a acabar con el sistema democrático. La respuesta nos la da otra pregunta: ¿es posible defender el nazismo, el fascismo, el apartheid sin concitar dichos sentimientos o sin provocar una lesión de derechos fundamentales o una vulneración del orden político o de la paz social? Creemos que no.

Claro ejemplo de desencuentro entre Tribunal de Estrasburgo y Tribunal Constitucional es la postura que ambos mantienen en torno a la negación del Holocausto⁴⁷. La STC 235/2007, de 7 de noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en su día por la Audiencia Provincial de Barcelona en torno al art. 607.2 CP, que tipificaba como delito las tesis negadoras o justificadoras de los genocidios o de los regímenes genocidas. Este precepto venía a cubrir un vacío en nuestro ordenamiento que había convertido a España en el mayor difusor de literatura nazi de Europa. Con este precepto, España se alineaba con el resto de democracias occidentales en su lucha contra el nazismo, desgraciadamente, siempre resurrecto. Naciones Unidas lo había dejado claro en su Resolución 60/7, «sobre el recuerdo del Holocausto»: la Asamblea General rechazaba «toda negación, ya sea parcial o total, del Holocausto como hecho histórico». En su resolución 61/255 insistirá de nuevo en el rechazo a «cualquier acción tendente a negar el Holocausto pues al ignorar terribles eventos como éste aumenta el riesgo de que se repitan», condenando «sin ninguna reserva cualquier negación del Holocausto» y exhortando a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a «rechazar cualquier negación del Holocausto como evento histórico, total o parcialmente, y cualquier actividad destinada a este propósito».

El art. 607.2 describía dos conductas: la negación y la justificación del genocidio o de regímenes genocidas. Si bien el Alto Tribunal español consideró constitucional penalizar la justificación, pues en ella iba implícito un elemento subjetivo, cual es la incitación a la violencia contra determinados grupos o el menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio, no llegó a la misma conclusión con la negación. Para el Tribunal Constitucional:

«La mera negación del delito, (...), resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente (...) puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo.»

Pese a lo anterior, se ha considerado que la negativa a condenar los atentados terroristas, el silencio, suponía un apoyo implícito a ETA. Afirma Bustos Gisbert, partiendo

⁴⁷ Vid. sobre la cuestión A.H. CATALÀ I BAS, ALEXANDRE H. et alii «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 335/2007, de 7 de noviembre», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm. 10, 2.º semestre 2007, pp. 181 ss.

de la opinión de que la nuestra no es una democracia militante, que la negación pura y simple de los genocidios que no implique discurso del odio o un insulto evidente a las víctimas, estaría tutelada por la libertad de expresión⁴⁸. Entonces, la negativa pura y simple a condenar los atentados terroristas, ¿puede no implicar un discurso del odio o un insulto evidente a las víctimas del terrorismo? La cuestión la resuelve, a mi modo de entender, correctamente el TEDH al distinguir entre derechos incontrovertibles y controvertibles de la Historia, dejando claro que el Holocausto judío pertenece al primer grupo. La negación de los campos de exterminio, de las cámaras de gas, de la muerte de seis millones de judíos no puede ser inane ni puede articularse de forma que habilite para no considerarla un discurso del odio o un insulto a las víctimas. No hay mayor insulto que la negación de unos hechos. Quien niega el Holocausto o la esclavitud o la violencia de género, no lo hace de manera neutral. Es tan, o incluso más reprochable que quien lo justifica. Ante el odio, la xenofobia y el racismo, la tolerancia ha de ser, según dicen políticos, asociaciones, ONGs, etc., cero.

Pero aceptemos por un momento hipotéticamente la argumentación del Tribunal Constitucional. Claramente hay una divergencia en el diálogo entre éste y el TEDH que el legislador español debería reparar. Exige el Alto Tribunal español que haya un elemento intencional de incitación al odio o de insulto a las víctimas para que la tipificación como delito de la negación el genocidio se adecúe a la Constitución. Nada más fácil que introducirlo en el art. 607 del Código Penal, al modo en que aparece en la *Acción Común de 15 de julio de 1996* en la que el Consejo de la UE invita a reprimir la negación pública de los crímenes que incluya un comportamiento despreciativo o degradante respecto de un grupo de personas definido en base al color, la raza, la región, el origen nacional o étnico, o la *Decisión Marco del Consejo 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008*, que establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para perseguir la apología, la negación o la minimización grosera de los delitos contenidos en el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg «*cuando pretendan instigar a la violencia o al odio*»; de esta manera, lo único que quedaría impune es la plena ignorancia.

En suma, ante la imposibilidad de dos soluciones compatibles como base del diálogo, entre ambos tribunales sólo es posible la convergencia a través de una actuación del legislador. La sentencia del Tribunal Constitucional es de 2007. Ha habido que esperar a la reforma de Código Penal de 2015⁴⁹ para que se introduzca ese elemento finalista. Eso

⁴⁸ R. DE BUSTOS GISBERT, «Libertad de expresión y discurso negacionista», en *Libertad de expresión y discursos del odio* (Dir. M. Revenga Sánchez), *Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2015, pp. 123-147.

⁴⁹ Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo.

sí, en un artículo, el 510.c), excesivamente largo, farragoso, reiterativo y un tanto incongruente, en cuanto reintroduce la negación, introduce la trivialidad y el enaltecimiento y hace desaparecer la justificación. De esta manera se penaliza a quienes *«públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio (...) o enaltezcan a sus autores (...) cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos»*.

La introducción de la trivialización y del enaltecimiento pueden responder a las conductas que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de diciembre (caso *Cómic antisemita SS=Hitler*) y 214/1991, de 11 de noviembre (caso *Violeta Friedman*). No tiene mucho sentido la desaparición de la justificación, común en las normas de derecho comparado⁵⁰. Olvida la pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen dichas prácticas y, por último, entre las finalidades, desgaja el insulto o la humillación de las víctimas para recogerla en la letra a) del punto 2 de dicho precepto:

«quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior (...) o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados(...)»; redacción que tiene en mente el caso *Librería Europa* (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

De entrada puede parecer que, al permitir la difusión de este tipo de ideas, el estándar nacional es más elevado que el convencional, pero esta conclusión es apresurada e ilusoria. Señala Tenorio Sánchez que «un estándar más elevado en la protección de un derecho conlleva uno más bajo en la protección de otro»⁵¹. Efectivamente en estos casos, y como se desprende de sentencias del Tribunal Constitucional español como las de los casos *Violeta Friedman* o *cómic racista Makoki* citados, o del TEDH como la del caso *Jersild c. Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994, se vulneran derechos de las personas objeto de esos mensajes como la integridad psíquica o el honor, además de que la difusión de éstos atacan el orden público y las propias bases de una sociedad democrática.

⁵⁰ Curiosamente, la justificación sí aparece en el punto 2.b del mismo precepto para tipificar unas conductas que son similares a las del punto 1.c), salvo en la referencia al genocidio que ahora no se cita. En el punto 1.c) se castiga a los que públicamente lleven a cabo alguna de las conductas descritas (negar, trivializar, enaltecer el genocidio, el racismo, el antisemitismo, etc.) y en el 2.II se castiga a los que enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos contra persona o grupo por razones racistas, antisemitas, ideológicas, etc.

⁵¹ P. TENORIO SÁNCHEZ, «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, p. 33.

5. De la divergencia a la convergencia y a la superación del estándar europeo. La protección de nuevos derechos. La no exclusividad del Tribunal Constitucional en el diálogo con el TEDH. El derecho a un ambiente sano

En ocasiones, el diálogo no se produce entre el TEDH y las cortes supremas de los Estados Parte, sino entre el primero y los tribunales ordinarios. Ello es lógico si pensamos que la jurisdicción ordinaria conoce antes y de más casos que los tribunales constitucionales. Ello no obstante, puede suceder que en su momento el Tribunal Constitucional, llegando igualmente a soluciones convergentes, matice dicha doctrina. Este es el caso de la conexión entre el derecho a un medio ambiente sano y los derechos a la integridad, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Por lo pronto, cabe advertir que el CEDH no garantiza el primero de estos derechos, y nuestra Constitución lo reconoce como principio rector en el art. 45 CE; y con relación a los segundos el CEDH habla de la vida, prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH), y de respeto a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8 CEDH), no plenamente coincidentes con los derechos amparados en los arts. 15 y 18 CE.

Esta conexión la estableció el TEDH en el caso *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990, pero la consolidó en el caso *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994: «*ni que decir tiene que atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar*»⁵². El Tribunal Constitucional, que había negado tal conexión en el Auto de inadmisión del caso *López Ostra* de 26 de febrero de 1990 (días después de la STEDH *Powell y Rayner c. Reino Unido*) inicia un giro en su jurisprudencia con la STC 199/1996, de 3 de diciembre:

«La importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el art. 8 del Convenio de Roma (sentencias del TEDH Powell y Rainer c. Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, y López Ostra c. España, de diciembre de 1994)» (FJ 2).

Ello no obstante, un defecto formal, no haber sido invocada la vulneración de los derechos fundamentales en el momento procesal oportuno, impidió al Tribunal entrar en el fondo del asunto.

Será el TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la sentencia 235/1997, de 7 de marzo, el que afirmará que «*atendida la gran similitud de contenido entre el repetido art. 8 del CEDH y el art. 18.1 y 18.2 de la Constitución española hay que construir, desarrollar y trabar el núcleo intimidad-protección del domicilio frente*

⁵² En el mismo sentido, STEDH *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998.

a determinadas intromisiones sonoras, para, finalmente, concluir que la degradación del medio ambiente a través del excesivo ruido supone la violación de los derechos fundamentales protegidos en el art. 18». Realiza el Tribunal Superior una matización posterior más que dudosa al afirmar que esta postura en definitiva encuentra también su apoyo en la STC 22/1984, de 17 de febrero, cuando afirmó que «a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay de emanación de la persona y de la esfera de ella», dudosa porque —como se acaba de apuntar— en el posterior Auto de inadmisión de 26 de febrero de 1990 del citado caso *López Ostra* negó tal conexión. Termina el Tribunal Superior por reconocer la vulneración del art. 18 CE e imponer una sanción al Ayuntamiento de Valencia por su inactividad.

Llegamos así a la citada STC 199/1996, de 3 de diciembre, en la que el Alto Tribunal había apuntado un matiz con respecto al TSJCV, al afirmar que la doctrina del caso *López Ostra* es de aplicación, conforme proclama el art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales «en el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos». Apunta, por tanto, el Constitucional que nos encontramos ante derechos distintos aunque próximos, lo que propicia soluciones, si no uniformes, sí compatibles.

Y esa es la postura adoptada por el Tribunal Constitucional, pues tras recordar su jurisprudencia sobre los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar, concluye que la exposición prolongada a unos altos niveles de ruidos vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, resistiéndose a reconocer que este tipo de intromisiones supongan un ataque al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Diversamente, el Tribunal Constitucional va más allá que el TEDH al reconocer, a diferencia de éste, que esas situaciones son susceptibles de vulnerar la salud e infringir el derecho a la integridad física y moral garantizada en el art. 15 CE.

La cuestión es si, con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria garantizan derechos no reconocidos como tales en la Constitución. En este sentido se manifiesta Aragón Reyes, en su voto particular, en el que mantiene que la Constitución no protege la vida privada, sino su núcleo: la intimidad, y que la protección de la salud es un principio rector, por lo que la asunción de la jurisprudencia del TEDH ampliaría la lista de derechos o, al menos, desfiguraría los declarados. Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que mientras la Constitución, en su art. 18.1, garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, el CEDH garantiza el respeto a la vida privada y familiar en su art. 8, reconoce sin embargo el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 171/1990, de 12 de octubre, en relación con la intimidad y el honor, que son «realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico».

Como apunta un tanto irónicamente Badinter, «los estudios de la doctrina se muestran tan respetuosos con el secreto de la vida privada que se cuidan muy mucho de pro-

fundizar en su contenido»⁵³. A similar conclusión llega Martínez Sospedra al señalar que «nuestra jurisprudencia constitucional viene eludiendo cuidadosamente el establecer, si no una definición, sí al menos una doctrina general, clara y razonablemente precisa acerca de qué debe entenderse como tal. En ello el TC no es una excepción (...) no otra cosa hace el TEDH»⁵⁴. Efectivamente, en el caso *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, el TEDH declara que «no aprecia ni posible ni necesario definir de manera exhaustiva qué hay que entender por vida privada» (párrafo 29).

Ambos tribunales proceden *ad casum*, tal como expresamente reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 231/1988, de 2 de diciembre: «Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimiento se trata». Resolver caso por caso conlleva, como destaca dicho autor, «una progresiva indefinición de estos derechos cuyos contornos están marcados por la penumbra»⁵⁵. Volviendo a lo dicho por Aragón Reyes, si tenemos en cuenta que los derechos no son estáticos sino dinámicos, comprobamos que evolucionan y adquieren nuevos matices o facetas como consecuencia de la propia evolución de la sociedad. Si ello es así, ¿por qué en una sociedad industrializada en la que el medio ambiente sano adquiere una importancia trascendental, la calidad de vida no puede formar parte del derecho a la intimidad si así lo concluye el Tribunal Constitucional?

Unido a ello, cabe advertir que al incorporar a la intimidad esta nueva faceta han de asumirse, por parte del Estado, obligaciones positivas de hacer y se reconoce la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung*). Es cierto que con ello, además, se protege, indirectamente, otros derechos, en principio no reconocidos ni por la Constitución ni por el CEDH: cuando una decisión de una autoridad estatal con relación a un derecho no recogido en la Constitución o en el CEDH repercute en alguno de los que sí aparecen, se puede juzgar dicha actuación desde esta segunda perspectiva, protegiendo «de rebote» el derecho no garantizado expresamente en dichos textos.

IV. EL DIÁLOGO VERTICAL ASCENDENTE. EL CONSENSO

De acuerdo con De Vergottini, el diálogo no busca la uniformidad, sino soluciones compatibles; tiende, por tanto, a la homogeneización⁵⁶. O como dice De Bustos: «no se trata de asegurar una interpretación totalmente coincidente sino un conjunto

⁵³ Citado por F. HERRERO TEJEDOR, *La Intimidad como Derecho Fundamental*, Colex, Madrid, 1998, p. 27.

⁵⁴ M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Sobre la intimidad, vida privada y privacidad. El art. 8 CE in principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», VV.AA., *Sobre la intimidad*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Moncada, 1999, p. 12.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ G. DE VERGOTTNI, *Más allá del diálogo...*, cit., p. 55.

de interpretaciones mutuamente compatibles»⁵⁷. En esa búsqueda de la convergencia interactúan dos fuerzas contrapuestas: el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad que responden, uno al principio de soberanía y, el otro, a la apertura al Derecho internacional.

La base del diálogo convergente se encuentra en el consenso: al TEDH le es más fácil llegar a una solución que pueda ser novedosa en su jurisprudencia y que eleve el estándar europeo si detecta que sobre la cuestión controvertida hay una opinión mayoritaria en el seno de los Estados Parte y del Convenio. Por el contrario, cuando no llega a esa conclusión, suele escudarse en el margen de apreciación nacional rehuyendo entablar un verdadero diálogo que suele acabar por avalar o favorecer construcciones estatales restrictivas de los derechos.

La consecuencia de ello nos la describe el propio De Vergottini: «en muchos casos ha sido el propio TEDH el que ha limitado sustancialmente su propia capacidad de imponer estándares universales de tutela de los derechos por medio de la aplicación generosa de la doctrina del margen de apreciación»⁵⁸. Así, por ejemplo, en el caso *Muller c. Suiza*, de 24 de marzo de 1988, ante la decisión inquisitorial de las autoridades suizas de clausurar una exposición, incautar las obras, multar al artista y amenazar con quemar unas pinturas, el TEDH se escudó en la inexistencia de un concepto europeo de moral para afirmar que las autoridades nacionales estaban en mejor disposición que él para saber qué concepto de moral regía en esa sociedad y así dar por buenas las duras restricciones a la libertad de expresión del artista sancionado.

En ocasiones, puede observarse claramente en la jurisprudencia del TEDH el tránsito de un escenario al otro. Este es el caso de los derechos de los transexuales. En la sentencia *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, tras concluir que la negativa de las autoridades nacionales a introducir modificaciones en los distintos registros a fin de adecuarlos a la nueva situación no vulneraba el art. 8 del CEDH, el TEDH advirtió que los distintos Estados han de adoptar las medidas adecuadas a fin de dar respuesta a las exigencias del colectivo: «*por lo tanto, es necesario, de momento, dejar al Estado demandado la tarea de determinar hasta qué punto puede dar respuesta a las exigencias de los transexuales. El Tribunal es consciente de la gravedad de estos últimos (...). El Convenio ha de interpretarse y aplicarse siempre a la luz de las condiciones actuales. Por ende, la necesidad de medidas jurídicas apropiadas ha de dar lugar a un examen constante a la vista de la evolución de la ciencia y de la sociedad*». En cambio, en la sentencia *B. c. Francia*, de 25 de marzo de 1992, el TEDH reconoció que dicha evolución ya

⁵⁷ R. DE BUSTOS GIBERT, «XV proposiciones...», *cit.*, p. 22.

⁵⁸ G. DE VERGOTTINI, *Mas allá...*, *cit.*, p. 151.

se había producido en el seno de la ciencia y de la sociedad, lo que le llevó a concluir que la imposibilidad de llevar a cabo dichas modificaciones suponía una vulneración del art. 8 CEDH. Aun así, el Tribunal reconoció que la evolución en este campo aún no había concluido, quedando muchas dudas o cuestiones por despejar. Por último, en la STEDH *Christina Godwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, concluyó que la negativa a que un transexual operado pudiera contraer matrimonio vulneraba el art. 8 CEDH.

Si la evolución de la doctrina del TEDH se hace depender sólo del consenso, se asegura una aceptación generalizada de la misma y que entre a formar parte del acervo europeo. El problema que se suscita es en qué momento decide el Tribunal de Estrasburgo que existe tal consenso; éste no puede apreciarse sólo en términos cuantitativos, del número de países que compartan la solución por él aplicada, sino también cualitativos. La incorporación de nuevos países, especialmente del antiguo bloque comunista, resquebraja un tanto la idea de que existen unas pautas culturales comunes evidentes entre los países miembros, por no hablar de Turquía, que ha dado un giro más o menos evidente hacia el islamismo añadiéndole un tinte teocrático un tanto preocupante a su régimen democrático, ya de por sí bastante frágil. Estos países tienen un peso cualitativo muy importante y es difícil concluir la existencia de un consenso europeo si no se cuenta con su participación. Así, por ejemplo, es muy dudoso que la legislación rusa muy restrictiva con los homosexuales pueda superar los requisitos de calidad que exige el TEDH. Llegado el momento, ¿se atreverá el TEDH a realizar un riguroso control de convencionalidad, o rehuirá el enfrentamiento escudándose en el margen de apreciación nacional y en una supuesta falta de consenso europeo sobre la cuestión?

Por consiguiente, considerar el consenso como único motor de la doctrina estrasburguesa puede convertirla en conservadora y meramente residual, perdiendo frescura y novedad, al entrar en juego *a posteriori* la jurisprudencia de los tribunales internos muchas veces más avanzada. En ese caso, adquiriría más trascendencia la línea ascendente del diálogo (tribunales estatales-TEDH) que la descendente (TEDH-tribunales estatales) dejando de ser referencia para muchos países ese estándar mínimo europeo que sólo se aplicaría a los países más rezagados en la protección de los derechos humanos.

De ahí que, en nuestra opinión, el consenso deba completarse con otra de las ideas centrales que rigen la actuación del TEDH: convertir el Convenio en un instrumento vivo y eficaz de protección de los derechos, de tal suerte que sus disposiciones «se comprendan y apliquen de una manera práctica y efectiva» como el propio Tribunal advierte, entre otras en la ya lejana sentencia *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978; o, como pone de relieve Carrillo Salcedo, «en un permanente esfuerzo de perfeccionamiento y profundización que demanda el propio Convenio como instru-

mento vivo y dinámico»⁵⁹. Este puede ser el caso de la jurisprudencia en torno a las escuchas telefónicas consagradas en las sentencias *Huvig y Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990, o en la sentencia *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, que rompe los límites *ratione materiae, ratione temporis y ratione loci*.

La falta de consenso, como se ha puesto de manifiesto, deja más amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales para imponer injerencias a los derechos al reducirse el control de convencionalidad. El TEDH, al renunciar a aplicar de forma rigurosa dicho control, da por buenas las restricciones internas al derecho en cuestión. De ahí podría deducirse que el Tribunal bendice la injerencia que, de esta manera, pasa a formar parte del estándar convencional de protección. A esta interpretación se opone Ángel Rodríguez, para quien no puede afirmarse que «lo permitido por la Convención para un Estado miembro deba tomarse como canon interpretativo de lo que la Convención obliga a los demás»⁶⁰. Para este autor, cuando los tribunales nacionales actúan de este modo «se genera un riesgo de juego de espejos, una especie de doble reenvío de la decisión tomada, que, sin duda, supone serias deficiencias para un diálogo adecuado entre ambas jurisdicciones», por lo que el margen de apreciación sólo indica lo que el TEDH «está dispuesto a permitir a los Estados miembros no lo que impone como canon interpretativo».

Efectivamente, es posible que la restricción que permita a un Estado en aplicación de la doctrina del margen de apreciación, no la acepte a otro, pues las circunstancias pueden variar entre los diferentes Estados, pero sí que es cierto que el TEDH parte de una premisa que aplica, de entrada, a todos los casos: que no va a ser tan estricto en su control de convencionalidad, por lo que la realidad nos llevará a que el Tribunal permita, al final, un gran elenco de restricciones al derecho en cuestión y los Estados se sientan legitimados para introducir todas o algunas de ellas en su ordenamiento interno con la excusa de que el TEDH permite más de las que ellos aplican.

Si los Estados utilizan esta añagaza, el TEDH deberá reaccionar de forma pronta y contundente y extremar el control de convencionalidad; de lo contrario, puede encontrarse con el efecto no deseado de una armonización a la baja; es decir, un consenso europeo a favor de la restricción. Es un peligro real que el consenso pueda jugar a la baja. Esto lo ilustra el conocido caso *Melloni*, de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El Tribunal

⁵⁹ J.A. CARRILLO SALCEDO, «Protección de Derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia una superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, núm. 2, 1991, p. 431.

⁶⁰ A. RODRÍGUEZ, «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional», *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, p. 98.

Constitucional español elevó una cuestión prejudicial al TJUE en la que planteaba la posibilidad de no aplicar la Decisión Marco sobre la orden de detención europea, en la medida en que el sistema español era más garantista que el europeo, a lo que el TJUE respondió de forma negativa indicando que

«a este efecto dicha Decisión Marco lleva a cabo una armonización de las condiciones de ejecución de una orden de detención europea en caso de condena en rebeldía, que refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del derecho de la Unión, a los derechos procesales de los que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea»⁶¹.

Este pretendido consenso a la baja en dicha materia y en el ámbito de la Unión podría ser utilizado por un Estado demandado ante el TEDH, el cual, o bien se deja arrastrar por esa pendiente suicida para el Convenio, pues quedaría herido de muerte al dejar de ser un instrumento vivo y eficaz de protección de los derechos humanos; o bien reacciona en el sentido indicado de que dicha construcción restrictiva no forma parte del acervo convencional, con lo que se podría producir un desencuentro entre las dos realidades europeas debiendo prevalecer, a la larga, la convencional sobre la comunitaria.

Esta posibilidad se hace más patente en el caso de las llamadas limitaciones implícitas cuando el derecho no aparece limitado por una lista expresa de fines legítimos, como sucede con los arts. 8 a 11 del Convenio. Este es el caso del derecho a unas elecciones libres reconocido en el art. 3 del Protocolo núm. 1, de lo que deriva que los Estados podrían libremente basarse en un fin que no aparezca en dichas listas para justificar una restricción. En este caso concreto, el Tribunal no aplica los criterios tradicionales de «*necesidad social imperiosa*» que son utilizados en el marco de los arts. 8 a 11, sino que se basa en dos criterios: constatar, por un lado, si ha habido arbitrariedad o falta de proporcionalidad y, por otro, si la restricción ha vulnerado la libre expresión del pueblo.

Además, el TEDH señala, en el supuesto el art. 3 del Protocolo núm. 1, la necesidad de apreciar la legislación electoral a la luz de la evolución política del país en cuestión, lo que implica un grado de inseguridad alto, pues las restricciones inaceptables en un sistema pueden justificarse en el contexto de otro. Esta referencia al contexto también se aplica para los arts. 8 a 10. Así, con relación a la disolución de partidos políticos, el TEDH concluyó, en el caso *Herri Batasuna*, de 30 de julio de

⁶¹ Sobre este caso véase, entre otros: M. REVENGA SÁNCHEZ, «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 2012, pp. 139-150.; y P. TENORIO SÁNCHEZ, «Diálogo entre Tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *cit.*, especialmente pp. 26 ss.

2009, que en un contexto de violencia terrorista de más de treinta años, la negativa a condenar los atentados suponía un apoyo implícito a los terroristas no amparado ni por la libertad ideológica ni por la libertad de expresión.

El problema radica en qué instrumentos posee el Tribunal para conocer dicho contexto. La realidad es que pocos, y con mayor dificultad a la luz del gran número de Estados Parte del Convenio. Esta jurisprudencia refuerza el margen de apreciación nacional y ha de ser utilizada con mucho cuidado por el Tribunal de Estrasburgo; de ahí que el propio Tribunal haya advertido que, dejar un amplio margen de apreciación nacional no supone, en ningún caso, que renuncie al control de convencionalidad.

Queda una última cuestión por tratar aunque sea de forma breve. ¿Existe una verdadera obligación jurídica del TEDH de asumir la doctrina de los tribunales estatales una vez constatada por el TEDH la existencia de un consenso sobre la cuestión controvertida? Indudablemente, si el TEDH quiere seguir siendo ese instrumento vivo y eficaz de protección de los derechos humanos, no puede dejar de aplicar la solución consensuada, so peligro de morir por falta de uso; pero el salto para convertir dicha obligación existencial, de pura supervivencia casi podría afirmarse, en jurídica se nos muestra más que problemática. Rozakis se resiste a ello y califica al TEDH de «*juex comparatista por excelencia*»⁶². En este sentido, puede citarse el caso *Etxebarria Barrena c. España*, de 30 de junio de 2009, en el que el TEDH llevó a cabo un análisis de derecho comparado en relación con los plazos para recurrir la denegación de la inscripción de candidaturas en un procedimiento electoral. O el caso *Ponomaryovi c. Bulgaria*, de 21 de junio de 2011, en relación con la gratuidad de la enseñanza no obligatoria, en el que no sólo hace una recopilación del derecho comparado de la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa sino que, tras constatar que en la mayoría de países dicha educación es gratuita, expresamente recoge y hace uso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en un claro ejemplo de relación ascendente. En el mismo sentido, De Vergottini se resiste a reconocer que exista una relación jurídica y más bien reconoce que se trata del recurso al método comparatista.

V. EL DIÁLOGO HORIZONTAL: TEDH-CIDH. LA BIDIRECCIONALIDAD

Señalábamos al principio de este trabajo que existía una intercomunicación entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos. La doctrina ha detectado una recíproca influencia entre ambos siendo, eso sí, más intensa la influencia del TEDH sobre la CIDH, aunque el primero ha mirado a la segunda en aquellas ocasiones en las que se

⁶² C. ROZAKIS, «Il giudice europeo come comparatista», en Markesinis, Basil, y Fedtke, *Giudici e diritto straniero, la prattica del diritto comparado*, II Mulino, Bologna, 2009, p. 460.

enfrentaba a situaciones en las que se reconocía más bisoño, mientras la Corte Interamericana por el devenir histórico del continente acumulaba mayor experiencia a la hora de tratar dichos temas —desapariciones forzosas, tribunales militares, (...)—.

Nos encontramos ante dos sistemas autónomos, pero interconectados, a modo de vasos comunicantes en donde cada uno se enriquece de las construcciones doctrinales del otro. Parte de la doctrina mantiene que existe una obligación de crear y mantener dicha interrelación o diálogo. Sin duda, existe una conexión empática y epistemológica, tal como destacan, entre otros, García Roca, Nogueira Alcalá y Bustos Gisbert⁶³. Conexión facilitada por la existencia de un fondo cultural común y por el convencimiento mutuo de convertirse en instrumentos vivos y eficaces de protección de derechos humanos y en precursores de un derecho global de los derechos humanos; pero de ahí no nace una obligación jurídica de acudir necesariamente a la doctrina del otro para resolver la controversia propia.

Mantienen dichos autores que existe un «diálogo obligado» entre ambas Cortes como consecuencia de que los Estados Parte de ambos sistemas regionales de protección de los derechos humanos «son a su vez signatarios de diversos instrumentos internacionales de protección de derechos de ámbito universal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, produciéndose una suerte de incorporación *per saltum* del contenido de tales textos internacionales a su propia actividad»⁶⁴. Los propios autores afirman a continuación que, derivado de ello, «deviene un diálogo obligatorio, claro está no en su sentido normativo, pues norma expresa alguna exige que las soluciones de ambas Cortes deben ser confluyentes o simplemente compatibles sino en un sentido epistemológico»⁶⁵, con lo que retomamos el punto de partida. Modestamente, entendemos que esa incorporación *per saltum* es insuficiente por sí sola para convertir esa relación en obligación jurídica, pues entonces también debería existir con los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales de otros sistemas regionales cuyos Estados miembros hubiesen firmado los mismos tratados, tal como los pertenecientes al sistema regional africano.

En definitiva, existe una comunicación horizontal y bidireccional entre ambos sistemas basada en las razones esgrimidas, un *tertium genus* que va más allá del recurso al método comparativo pero que no llega a convertirse en una obligación jurídica. Es una necesidad vital, existencial de los propios tribunales para mantener su esencia y no

⁶³ J. GARCÍA ROCA, H. NOGUEIRA ALCALÁ, Y R. BUSTOS GISBERT, en J. García Roca, P.A. Fernández, P. Santolaya, R. Canosa, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2012, p. 93 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 96.

desnaturalizarse; un compromiso ineludible no sólo ante los Estados miembros, sino de forma esencial, ante los ciudadanos de cumplir eficazmente la función para la que fueron creados; incluso es una cuestión de economía jurídica; ante un litigio novedoso, la solución más sencilla es acudir a otro tribunal con el que se comparten bases culturales y objetivos comunes y buscar qué solución le ha dado a una situación similar.

La doctrina se ha ocupado de esa relación bidireccional, de tal suerte que puede observarse la influencia de la jurisprudencia del TEDH sobre la Corte Interamericana en cuestiones tales como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez imparcial o la libertad de expresión y, en la otra dirección, en cuestiones como las desapariciones forzosas o los tribunales militares. Cabe destacar aquí el trabajo de Ortiz Torricos citado, en el que llega más allá del análisis y estudia cómo la jurisprudencia del TEDH influye en la Corte Interamericana y, merced a ello, aquélla se irradia a los diferentes tribunales constitucionales americanos. Así, por ejemplo, la doctrina del primero sobre el derecho a un proceso sobre dilaciones indebidas ha sido asumida por la Corte Interamericana en sentencias tales como *Genie Lacayo c. Nicaragua*, de 29 de enero de 1997, o *Suárez Rosero c. Ecuador*, de 12 de noviembre de 1997, y de allí ha irradiado a tribunales nacionales como la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1154-04, el Tribunal Constitucional de Perú, sentencia Exp. 05350-2009-PHC/TC, de 10 de agosto de 2010, o el Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia 101/2004⁶⁶.

VI. HACIA UN SISTEMA DE PROTECCIÓN GLOBAL DE DERECHOS HUMANOS ABIERTO EN RED

De lo dicho hasta aquí no cabe concluir que el diálogo entre ambos sistemas se convierta en un circuito cerrado, sino que ha de contribuir a la creación de un sistema universal o global de protección de derechos humanos en el que los diferentes subsistemas estén interconectados. Lograr crear ese sistema global abierto a influencias múltiples choca con varias dificultades, la más importante de las cuales es la falta de un sustrato cultural común.

Es cierto que países fuera de los sistemas europeo y americano pueden ser permeables a su doctrina. Como ilustración, el Tribunal Constitucional sudafricano, en la sentencia *The State vs Williams and Others* (de fecha 9 de junio de 1995, sobre inconstitucionalidad de la imposición judicial del castigo corporal), citará jurisprudencia del TEDH. Tribunales sudafricanos, canadienses o australianos suelen citar sentencias de tribunales europeos, especialmente ingleses; desde el momento en que la jurisprudencia de los tribunales ingleses está impregnada de la del TEDH, ésta se irradia fuera del sistema. Ahora bien,

⁶⁶ M. ORTIZ TORRICOS, *El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hacia un Derecho Americano y Global de los Derechos Humanos*, cit., pp. 372 ss, así como pp. 381 ss.

se han citado tres países con fuertes vínculos culturales con Europa que permiten esa permeabilidad a dicha doctrina. Es difícil que ello se dé cuando falta esa base cultural común y el país, además, no es democrático⁶⁷.

Los sistemas europeo y americano han hecho un gran esfuerzo por convertirse en instrumentos eficaces de protección de los derechos humanos y a ello ha contribuido, como se ha visto, ese diálogo intersistémico. Ello no obstante, no deberían despreciarse otras fuentes, como las provenientes de Naciones Unidas o de otros sistemas regionales como el africano. Un ejemplo de convergencia global es el relativo a la jurisprudencia sobre los jueces militares y su adecuación al derecho a un juez natural. La Corte interamericana, a partir del caso *Loayza Tamayo C. Perú*, de 17 de septiembre de 1997, es de la opinión de que la jurisdicción militar no es la natural para juzgar a civiles que carecen de funciones militares.

En donde se aclara con mayor precisión el alcance restrictivo de la jurisdicción penal militar y sus límites es en la sentencia de 16 de agosto de 2000, en el caso *Durand y Ligarte c. Perú*, en la que se indicó que «en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares (...) sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar». En esa medida se excluye la posibilidad de que la jurisdicción militar juzgue a civiles; además, se descarta la posibilidad de que los miembros militares sean juzgados por la jurisdicción militar por delitos comunes —para eso está la jurisdicción ordinaria—. Igualmente, en el caso *Cantoral Benavides c. Perú*, de 18 de agosto de 2000, la Corte de San José de Costa Rica expresó que los tribunales militares creados por diversas leyes con el objetivo de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas sólo tienen competencia para aquellos asuntos en que los militares hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones. Ese alcance de la jurisdicción militar ha sido ratificado posteriormente por la Corte interamericana en la sentencia de 5 de julio de 2004, en el caso *19 comerciantes c. Colombia*.

Acogiendo dicha jurisprudencia, el TEDH ha llegado a una solución, si no idéntica, sí convergente, que en la práctica produce similares resultados. Así, en el caso *Ergin c. Turquía*, de 5 de mayo de 2006, mantiene que: «no puede sostenerse que el Convenio excluya absolutamente la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que impliquen a civiles. Sin embargo, tal caso deberá ser objeto de un examen especialmente riguroso». El TEDH es consciente de los peligros que entraña que civiles sean juzgados por tribunales militares,

⁶⁷ Sobre la cuestión, véase R. BRITO MELGAREJO, RODRIGO, «El uso de sentencias extranjeras en los tribunales constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, abril 2010.

por lo que advierte que sólo en casos muy excepcionales puede un tribunal militar juzgar a un civil sin vulnerar el art. 6 del CEDH, de tal manera que

«la jurisdicción militar no puede extenderse a los civiles salvo que existan razones imperiosas que justifiquen tal situación partiendo de una base legal, clara y previsible. La existencia de tales razones habrá que ser demostrada en cada caso concreto. La atribución de ciertas categorías de delitos a la jurisdicción militar hechas in abstracto por la legislación ordinaria no sería suficiente».

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Estrasburgo se abrió a otro sistema, el de Naciones Unidas; con tal orientación, hace referencias al informe sobre la cuestión de la administración de justicia por los militares que, en el seno de la ONU, se sometió a la Comisión de Derechos Humanos, que lo debatió en su 62.^a sesión en 2006 (Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/9 de 16 de junio de 2005), en cuyo Principio núm. 5 se afirma que *«los tribunales militares (...) no son competentes para juzgar a civiles. En todo caso, el Estado deberá garantizar que los civiles acusados de un delito de cualquier naturaleza sean juzgados por tribunales civiles»*. No hay una asunción completa de la jurisprudencia de la CIDH por parte del TEDH, pero sí una toma en consideración que ha llevado a soluciones homogéneas. El Tribunal de Estrasburgo no ha llegado a la conclusión de la Corte Interamericana de impedir a los tribunales militares juzgar a civiles, pero somete esa posibilidad a una serie de exigencias que la hacen en la realidad inviable. El nivel de protección de la CIDH, el estándar americano, es más elevado que el europeo, pero en la práctica las exigencias del TEDH hacen que esa diferencia disminuya.

Naciones Unidas llega a la misma conclusión que la Corte interamericana y ambos son coincidentes con la mantenida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, desde la Decisión *Constitutional Rights Project and others v. Nigeria* de noviembre 1999⁶⁸. En opinión de la Comisión, la jurisdicción no podrá ser desplazada desde los tribunales ordinarios a los tribunales especiales. Junto a ello advierte que la adscripción del personal militar al poder ejecutivo del Estado y la falta de preparación jurídica de los individuos que componían el tribunal militar suponían una clara vulneración del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.

Por lo tanto, es posible avanzar hacia un sistema universal de protección de derechos humanos a partir de un diálogo abierto entre sistemas. El mayor inconveniente, ya lo hemos dicho, es la falta de un sustrato cultural común universal que hará que en determinadas cuestiones —libertad ideológica, libertad religiosa, moral (...)— se marquen importantes diferencias doctrinales, incluso insalvables, entre los distintos sistemas, escudándose en la existencia de amplios márgenes de apreciación regional o estatal. Recordaba

⁶⁸ Sexta sesión ordinaria (noviembre de 2009), 13.^a Informe Anual de Actividades.

Wachsmann que la concepción de derechos humanos que ha de prevalecer universalmente es la europea, pues es laica y despojada de cualquier influencia religiosa⁶⁹.

A nadie escapa que en estos momentos convulsos ello no es factible. Estamos asistiendo en muchas partes del mundo a una *contra ola* antidemocrática de dimensiones muy preocupantes.

TITLE

DIALOGUE BETWEEN COURTS AND THE CREATION OF AN OPEN NETWORK SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. CONTROL OF CONVENTIONALITY VERSUS NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION. III. DESCENDING VERTICAL DIALOGUE. THE HARMONIZATION. 1. Material reception. The right to a process without undue delay. 2. Evolution from material reception. The right to an impartial judge. 3. The insufficiency of the dialogue. The telephone interceptions. 4. A point of disagreement? The discourse of hatred and denial of the Holocaust. 5. From divergence to convergence and to overcoming the European standard. The protection of new rights. The non-exclusivity of the Constitutional Court in the dialogue with the ECtHR. The right to a healthy environment. IV. ASCENDING JUDICIAL DIALOGUE. THE CONSENSUS. V. HORIZONTAL DIALOGUE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS-INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. THE BIDIRECTIONALITY. VI. TOWARDS AN OPEN NETWORK SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS.

KEY WORDS

Human Rights; Dialogue between Courts; Global and Open System for the Protection of Human Rights; European Court of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights.

ABSTRACT

A global system for the protection of human rights is gradually emerging under the form of an open network system. The mutual influences between state and supranational courts are obvious. Different protection systems appear interconnected. This paper analyzes the intra-system vertical relations as well as the inter-system horizontal ones. In the construction of a global law on human rights, different issues are at stake, sometimes following an antithetical dynamics: control of conventionality, national margin of appreciation, consensus, will of conventional courts to become effective instruments of protection, mandatory character... All of them are tackled in this study.

Fecha de recepción: 10/03/2016

Fecha de aceptación: 07/04/2016

⁶⁹ P. WACHSMAN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 3.ª edición, 1999, p. 50.