

# En el nombre del club europeo de democracias liberales: sobre la identidad, el mandato y la modulación nacional de la jurisprudencia del TEDH

*Armin von Bogdandy*  
*Laura Hering\**

## 1. AGENDA

La protección europea de los derechos humanos y su institución más importante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se enfrentan a una amplia gama de desafíos.<sup>1</sup> De estos, la acumulación de procedimientos puede ser la menor. Más im-

---

\* Traducción de Paula Alejandra González y David Geng. El texto se publicó en alemán en *Jursitenzeitung*, 2020, núm 75, pp. 53-63. Además, se publicó una versión corta como editorial en *Der Staat*, 2019, núm. 58, pp. 1-5. Se basa en una presentación realizada en la Conferencia de expertos de alto nivel sobre el sistema de CEDH, Kokkedal, 31 de octubre - 2 de noviembre de 2018. Nos gustaría agradecer a la ronda del martes, así como a Christina Binder, Raffaella Kunz, Angelika Nußberger, Mateja Steinbrück Platise e Ingo Venzke por sus valiosas críticas.

<sup>1</sup> Para más sobre los desafíos véase p. ej. Council of Europe Steering Committee for Human Rights, 'The Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights' (2015), disponible en <https://rm.coe.int/the-longer-term-future-of-the-system-of-the-european-convention-on-hum/1680695ad4> (última visita 27 octubre 2019); B.Çalı, "Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Wisconsin International Law Journal*, 2018, núm. 35, pp. 237-276, en p. 240 y ss.

portante aún, la legitimidad de algunos jueces es controvertida, gobiernos cada vez más autoritarios están en el poder en varios Estados parte de la Convención y muchas sentencias se encuentran con una resistencia considerable.<sup>2</sup> Además, los tribunales bien establecidos, como el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) y la Corte Constitucional italiana (*Corte Costituzionale*), buscan limitar su autoridad legislativa.<sup>3</sup> En su Declaración de Copenhague de abril de 2018, los Estados parte de la Convención, incluso, estipularon formalmente que la reciente jurisprudencia del TEDH debería ser evaluada.<sup>4</sup> No es demasiado descabellado interpretar este anuncio como una expresión de insatisfacción y como una advertencia.

Dirigir a través de aguas turbulentas requiere una buena orientación. Una estrella fija que ha sido subutilizada hasta ahora es la legitimación democrática de las decisiones del TEDH.<sup>5</sup> Esto lleva a la siguiente pregunta: ¿en nombre de quién decide realmente el TEDH? La idea central de esta contribución es que

---

<sup>2</sup> Sobre los ataques véase: M. R. Madsen, “The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash”, *Law and Contemporary Problems*, 2016, núm. 79, pp. 141-178, en p. 167 y ss.; X. Soley y S. Steininger, “Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context*, 2018, núm. 14, pp. 237-257; M. Breuer (ed.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?*, Berlín, Springer, 2019.

<sup>3</sup> Corte Constitucional Italiana, decisión No. 49 (26 marzo 2015); Corte Constitucional Federal Alemana, BVerfGE 148, 296; véase *infra*, 4.

<sup>4</sup> Declaración de Copenhague, aprobada en la Conferencia de alto nivel del 12/13 abril 2018, <http://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c> (última visita 6 diciembre 2019), párr. 41. Sobre la Declaración véase J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht, “Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2018, pp. 383-390, en p. 383 y ss.; G. Ulfstein/ A. Føllesdal, “Copenhagen – much ado about little?”, *EJIL: Talk!*, 2018, <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/> (última visita 6 diciembre 2019).

<sup>5</sup> Sobre los diversos mecanismos para reforzar la legitimidad véase A. von Bogdandy e I. Venzke, *In whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, en p. 156 y ss.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

la ley y el camino del Tribunal, hasta ahora, pueden condensarse en la fórmula de que el TEDH habla “En nombre del club europeo de democracias liberales”. Al mismo tiempo, el mayor desafío del Tribunal de Estrasburgo es que esta fórmula siga siendo creíble.

La primera parte de este capítulo explica por qué la legitimidad democrática del TEDH es un problema (2.1). Luego justifica la fórmula “En nombre del club europeo de las democracias liberales” como respuesta (2.2). La segunda parte muestra cómo esta fórmula se materializa en el mandato del Tribunal. Durante muchas décadas, este cumplió este mandato apoyando la *revolución de los derechos* en Europa, integrando los tribunales constitucionales en un discurso europeo y contribuyendo a la transformación de los Estados post-autoritarios (3.1). A la luz de las tendencias autoritarias en algunos Estados de la Convención, el mandato ahora está adquiriendo más dimensiones, en particular la defensa de la autoimagen del club, así como el apoyo de la democracia constitucional en esos Estados (3.2). Esto requiere una nueva evaluación del Tribunal (3.2.1.), en particular de su jurisprudencia sobre el estado de emergencia (3.2.2.), los derechos fundamentales (3.2.3.), el abuso de derechos (3.2.4.), y el agotamiento de los recursos internos (3.2.5.). Además, alegamos que, para asegurar su propio futuro, el Tribunal debería desarrollar más su doctrina del margen de apreciación (3.2.6.). Esto, a su vez, exige una modificación de su mandato y modulación de su legislación judicial. El *Bundesverfassungsgericht* alemán y la *Corte Costituzionale* italiana aportan ideas para esta evolución (4.).

## 2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL TEDH

### 2.1. La cuestión

El TEDH no encaja en el papel tradicional de un tribunal internacional que sirve simplemente como un organismo intergubernamental de solución de controversias. Sus decisiones se

refieren regularmente a cuestiones domésticas controvertidas.<sup>6</sup> Además, no solo reclama autoridad sobre la disputa decidida, sino que exige que todos los tribunales nacionales sigan sus decisiones.<sup>7</sup> Por último, pero no menos importante, el TEDH incluso nos recuerda a un tribunal constitucional, ya que controla el que los legisladores nacionales respeten los derechos individuales.<sup>8</sup>

El TEDH no ejerce ningún poder coercitivo; sin embargo, ejerce autoridad pública.<sup>9</sup> Sus decisiones ejercen una presión considerable. Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa la aplicación de las sentencias del TEDH en virtud del artículo 46, párrafo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y el decimocuarto protocolo adicional ha añadido un procedimiento de infracción en virtud del artículo 46, párrafo 4 del CEDH, que se activó recientemente por primera vez.<sup>10</sup> Otros Estados parte de la Convención esperan que un Es-

---

<sup>6</sup> Véase p. ej. TEDH sentencia de 6 de octubre de 2005, *Hirst vs. Reino Unido* (no. 2), 74025/01, sobre los derechos políticos de los convictos; TEDH sentencia de 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger vs. Alemania*, 22028/04, sobre la custodia de los niños.

<sup>7</sup> Comparar TEDH sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda vs. Reino Unido*, 5310/71, párr. 154; TEDH sentencia de 6 de noviembre de 1980, *Guzzardi vs. Italia*, 7367/76, párr. 86; TEDH sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, 25965/04, párr. 197; TEDH sentencia (méritos) de 28 de junio de 2018, *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, 1828/06, párr. 252.

<sup>8</sup> Sobre la función constitucional, véase C. Grabenwarter, “The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights”, en: A. von Bogdandy y P. Sonnevend (eds.), *Constitutional crisis in the European constitutional area*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 257-274.; A. Nußberger, “Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa? ”, *Juristenzeitung*, 2019, núm 74, pp. 421-428; C. Walter, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, núm. 59, pp. 961-983, en p. 962 y ss.

<sup>9</sup> Sobre las funciones múltiples y la autoridad pública de cortes internacionales, véase von Bogdandy y Venzke, *op. cit.*, nota 5, pp. 5-18 y pp. 101-119.

<sup>10</sup> TEDH sentencia de 29 de mayo de 2019, *Mammadov vs. Azerbaiyán*, 15172/13.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

tado perdedor cumpla con las sentencias del Tribunal.<sup>11</sup> Incluso la legislación interna a menudo requiere el cumplimiento del sistema europeo de derechos humanos.<sup>12</sup> Tribunales nacionales, instituciones específicas de derechos humanos<sup>13</sup> y un público a menudo poderoso están listos para verificar este cumplimiento.

Dicha autoridad plantea cuestiones de legitimidad, incluso desde un punto de vista democrático.<sup>14</sup> Este es un flanco particularmente vulnerable del Tribunal, porque se opone regularmente a las instituciones elegidas democráticamente, es decir, con la mayor legitimidad posible, mientras que su propio mandato democrático no es obvio. Si bien muchos tribunales nacionales reclaman legitimidad democrática en las primeras palabras de sus sentencias, que comienzan con “En nombre del pueblo”,<sup>15</sup> el TEDH permanece en silencio.<sup>16</sup>

### 2.2. El club de las democracias liberales

¿Qué fórmula preliminar podría evocar una legitimación democrática similar a la de los tribunales nacionales “En nombre del

---

<sup>11</sup> Mencionado expresamente en la Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 19 y ss.

<sup>12</sup> Sobre la posición de la TEDH en el derecho interno de los Estados miembros, véase H. Keller y A. Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, en p. 31 y ss.

<sup>13</sup> AG Res. 48/134 20 de diciembre 1993, U.N. Doc. A/RES/48/134.

<sup>14</sup> Sobre la importancia de la legitimidad democrática para el poder judicial A. Voßkuhle y G. Sydow, “Die demokratische Legitimation des Richters”, *Juristenzeitung*, 2002, núm. 57, pp. 673-682. Desde un punto de vista crítico A. Torres, “In Nobody’s Name: A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence”, *MPIL Research Paper*, 2017, núm. 2017-03, p. 27, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2924435](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924435) (última visita 31 octubre 2019).

<sup>15</sup> Véase p. ej. § 25 párr. 4 Ley de la Corte Constitucional Federal Alemana; art. 101 párr. 1 de la Constitución de la República de Italia; art. 454 del Código de Procedimiento Civil francés.

<sup>16</sup> Véase la crítica fundamental de R. Bellamy, “The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, 2014, núm. 25, pp. 1019-1042.

pueblo”? ¿En nombre de quién decide el TEDH?<sup>17</sup> Si se hiciera referencia a la Convención, la fórmula se leería: “En nombre del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, como si un tribunal nacional utilizara el nombre de la ley como fórmula inicial; sin embargo, esto ignoraría el hecho de que no es la ley como tal sino la decisión parlamentaria subyacente la que proporciona la fuente real de legitimidad democrática.

Esta idea lleva a las ratificaciones nacionales de la Convención. En consecuencia, se podría considerar —siguiendo el entendimiento clásico del derecho internacional— si el TEDH decide “En nombre de los Estados parte en la controversia”. Esto puede ser apropiado para la Corte Internacional de Justicia; sin embargo, ciertamente no se aplica al Tribunal de Estrasburgo, donde los litigantes, por regla general, no son entre dos Estados, sino entre un Estado y un individuo que, a menudo, es incluso un ciudadano del Estado involucrado. ¿Entonces qué?

La legitimidad democrática del Tribunal de Estrasburgo se basa principalmente en la ratificación de la Convención por todas las partes contratantes. Por consiguiente, decide “En nombre de todas las altas partes contratantes”. El “todas” holístico expresa una característica fundamental: una sentencia del TEDH no solo juzga el caso en disputa, sino que también sirve a un interés común de todos los Estados parte de la Convención, a saber, “los Derechos humanos y el Estado de derecho en Europa”, como se indica en el recital 2 de la Declaración de Copenhague. Así, el CEDH deja atrás el tradicional bilateralismo del derecho internacional, pues sus decisiones persiguen un interés comunitario.

La fórmula “En nombre de todas las altas partes contratantes” puede condensarse aún más. El CEDH no solo supera el tradicional bilateralismo del derecho internacional, sino que también trasciende el agnosticismo tradicional de ese régimen con respecto al sistema político de los Estados. Un Estado parte de la Convención debe ser liberal y democrático.<sup>18</sup> Ciertamente, no

---

<sup>17</sup> Bellamy ya ha tratado de definir la “circunscripción” del TEDH. Véase *idem*.

<sup>18</sup> Véase el Preámbulo y el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa. Para el concepto de democracia en la jurisprudencia del TEDH, véase J. Zand,

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

todos los Estados cumplieron con todos los requisitos cuando se unieron, pero fueron aceptados con la obligación de desarrollar aún más sus estructuras democráticas y de Estado de derecho de conformidad con la Convención.<sup>19</sup>

La exigencia de ser liberal y democrático no es abstracta, sino que toma forma a través de su triple oposición a los sistemas totalitarios de las Potencias del Eje, el comunismo soviético<sup>20</sup> y los regímenes autoritarios, como la Grecia de los obristas.<sup>21</sup> Hoy se basa en la práctica consolidada de los organismos de Estrasburgo. Esto abarca la protección efectiva de una amplia gama de derechos fundamentales, el pluralismo político y una separación funcional de poderes, incluidos los tribunales independientes.<sup>22</sup> Este significado de *liberalismo*, cabe mencionar, no tiene nada que ver con inclinaciones izquierdistas o las ideologías neoliberales, en cambio, contrasta con lo que Victor Orbán proyecta como una “democracia iliberal”.<sup>23</sup>

---

“The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights”, *University of Baltimore Journal of International Law*, 2017, núm. 5, pp. 195-227; G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, en p. 193 y ss.

- <sup>19</sup> Véase por ejemplo con respecto a Rusia: Parliamentary Assembly, Solicitud de Rusia para ser miembro del Consejo de Europa, opinión 193 (1996), núm. 3, disponible en <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML-2HTML-EN.asp?fileid=13932&lang=en> (última visita 31 octubre 2019).
- <sup>20</sup> M. R. Madsen, “From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics”, *Law & Social Inquiry*, 2007, núm. 32, pp. 137-159.
- <sup>21</sup> Sobre el procedimiento de exclusión contra Grecia en 1969 de conformidad con el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, H. A. Richter, *Griechenland 1950–1974. Zwischen Demokratie und Diktatur*, Ruppolding, Rutzen, 2013, en p. 323 y ss.
- <sup>22</sup> Sobre la independencia de los tribunales, TEDH sentencia de 28 de junio de 1984, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, 7819/77, párr. 78.
- <sup>23</sup> Viktor Orbán, discurso en el *29th Bálványos Summer Open University and Student Camp* (Julio 28, 2018), véase <https://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-29th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp>.

El preámbulo de la Convención establece que los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden protegerse mejor “en un régimen político verdaderamente democrático”. Incluso postula una cultura legal correspondiente a toda Europa como “patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del derecho”. Según los *travaux préparatoires*, la Convención se creó no solo para proteger al pueblo de las dictaduras sino también para fortalecer la resistencia contra los intentos progresivos de socavar el estilo de vida democrático, un objetivo significativo, dado el contexto actual.<sup>24</sup> Como resultado, podemos reemplazar la fórmula de las “altas partes contratantes” por los “Estados liberales y democráticos”. El TEDH, argumentamos, decide “En nombre de los Estados democráticos liberales europeos”.

La Convención, además, no solo concierne al aparato del Estado y la organización formal de la autoridad pública; también es un tratado revolucionario porque supera el derecho internacional tradicional en un tercer aspecto. Al equipar a las personas con derechos y crear un mecanismo de denuncia individual, convierte a los agentes privados en actores transnacionales. Adicionalmente, la Convención a menudo se dirige al individuo como ciudadano y sujeto político. Asegurar los derechos democráticos es una de las líneas de jurisprudencia más importantes del Tribunal.<sup>25</sup> Basta considerar sus decisiones sobre la libertad de asociación política, de conformidad con el artículo 11 del CEDH,<sup>26</sup> la libertad de expresión, estipulada en el artículo 10 del CEDH<sup>27</sup> y el derecho a elecciones libres, contemplado en el artículo 3 del primer

---

<sup>24</sup> Véase Consejo Europeo, Collected Edition of the „Travaux préparatoires“ (1979), Vol. 5, 332, Vol. 1, 30.

<sup>25</sup> Véase *op. cit.*, nota 18.

<sup>26</sup> Véase la jurisprudencia sobre la prohibición de los partidos políticos TEDH sentencia de 9 de julio de 2013, *Vona vs. Hungría*, 35943/10, párr. 58; TEDH sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido Libertad y Democracia (Özdep) vs. Turquía*, 23885/94, párr. 37.

<sup>27</sup> Sobre la libertad de expresión, véase TEDH sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside vs. Reino Unido*, 5493/72, párr. 49; también J. A. Frowein, “Meinungsfreiheit und Demokratie“, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2008, núm. 35, pp. 117-121.



## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

Protocolo adicional,<sup>28</sup> así como los artículos 3 y 8 del Estatuto del Consejo de Europa. Esta inclusión de los ciudadanos es un logro importante del sistema de Estrasburgo y debe expresarse en la fórmula introductoria. No es casualidad que los tribunales nacionales no utilicen “en nombre del Estado”, sino “en nombre del pueblo” o “de la República”.

Podemos articular esta dimensión abreviando la fórmula “En nombre de los Estados democráticos liberales europeos” de esta manera: “En nombre de las democracias liberales europeas”. La integración de los *Estados*, mencionando *democracias*, permite a los ciudadanos formar parte de esa expresión. Por otra parte, cabe resaltar el uso gramatical de “*las democracias*” en plural. Ello es significativo porque el Tribunal no habla en nombre de una idea abstracta de un orden político, más bien, la fórmula subraya que la legitimidad democrática del Tribunal deriva de los pueblos democráticamente organizados de los Estados parte de la Convención.

Finalmente, la fórmula debe reflejar el hecho de que la legitimidad democrática del TEDH es un logro común de las democracias europeas. Tiene una dimensión colectiva importante, sobre todo porque los jueces del Tribunal son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.<sup>29</sup> Este término “*club*” en la fórmula expresa, por lo tanto, que las democracias europeas se han reunido bajo el Estatuto del Consejo de Europa y la Convención para perseguir objetivos que no pueden lograr por sí solas. El más importante, es un sistema regional de derechos humanos que salvaguarda sus sistemas constitucionales concurrentes.<sup>30</sup> Con este fin, los Estados de la Convención han es-

---

<sup>28</sup> Véase V. Natale, “Le droit à des élections libres ou la construction d’un véritable ordre démocratique européen”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2006, núm. 68, pp. 939-972.

<sup>29</sup> A. von Bogdandy y C. Krenn, “On the Democratic Legitimacy of Europe’s Judges: A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures”, en M. Bobek (ed.), *Selecting Europe’s Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 162-180.

<sup>30</sup> Cfr. E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en p. 5; S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, en p. 56 y ss.

tablecido instituciones comunes e independientes con autoridad pública, incluido el TEDH, cuyos jueces se eligen conjuntamente en un procedimiento parlamentario. El término “club” está bien establecido a este respecto.<sup>31</sup>

### 3. EL MANDATO DE PROTEGER EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

#### 3.1. El desarrollo del mandato

Si el TEDH habla “En nombre del club europeo de las democracias liberales”, ¿qué debería decir? La respuesta solo puede derivarse parcialmente a través del canon de los métodos legales con los que se debe interpretar la Convención. Estos métodos casi nunca determinan una decisión, especialmente en el caso de normas abiertas como los derechos humanos.<sup>32</sup> Lo que es más significativo es cómo los jueces del TEDH, sus colegas nacionales, otras autoridades nacionales e internacionales y, por último, pero no menos importante, el público democrático, entienden el mandato del TEDH. La comprensión actual del mandato se puede resumir en la atribución de un papel activo, a veces incluso transformador, al TEDH para garantizar que el club sea, en realidad, uno de democracias liberales.

---

<sup>31</sup> El consejo europeo se describe a sí mismo como “un club de democracias”, véase Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Official Report of Debates* (1995), 45. *Cfr.* también J. A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, España, Tecnos, 2003, en p. 14; F. Weber, “Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei – Zum Notstand sowie zur Möglichkeit der Wiedereinführung der Todesstrafe”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2016, núm. 22, pp. 921-928; A. Gioia, “The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict”, en O. Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 201-249, en p. 202.

<sup>32</sup> H. Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, Alemania, De Gruyter, 1929, pp. 30-88, en p. 31; C. Möllers, “Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?”, en A. Geis/ F. Nullmeier/ C. Daase (eds.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik*, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 398-418, en p. 403 y ss.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

De ninguna manera se puede dar por sentado, sino que es un logro sobresaliente y sorprendente, el hecho de que el TEDH tiene hoy el mandato de apoyar y desarrollar *el club europeo de democracias liberales*.<sup>33</sup> Esto se hace evidente en retrospectiva. El TEDH se entendió inicialmente como una respuesta al “comunismo al estilo soviético”.<sup>34</sup> Como esos estados no estaban bajo la jurisdicción del TEDH, el Tribunal tenía poco que hacer. Su primer presidente dudó de si era relevante en absoluto.<sup>35</sup> Según Jochen Frowein, la CEDH estaba en un “sueño de la bella durmiente”.<sup>36</sup>

Poco a poco, el TEDH asumió un papel en el apoyo a lo que se describe en los Estados Unidos como *la revolución de los derechos*: la expansión sustancial de los derechos individuales.<sup>37</sup> Cuando la protección de los derechos individuales se convirtió en un tema importante en las sociedades occidentales, muchos Estados de la Convención no tenían una buena base para ello. A menudo carecían de un catálogo moderno de derechos y tenían pocas instituciones aptas para la adjudicación constitucional. Esta brecha proporcionó una oportunidad para que el Tribunal y la antigua Comisión de Derechos Humanos intervinieran y comenzaran a apoyar *la revolución de los derechos* en una variedad de países, asumiendo así una tarea comparable a la de un tribunal constitu-

---

<sup>33</sup> Sobre el desarrollo, véase E. Bates, “The Birth of the European Convention on Human Rights”, en J. Christoffersen/ M. R. Madsen (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 17-42.

<sup>34</sup> C. Grabenwarter y K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6a. ed., Múnich, C. H. Beck, 2016, § 1 párr. 1; R. Grote, “Entstehungs- und Rezeptionsgeschichte der EMRK”, en O. Dörr/ R. Grote/ T. Marauhn (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, t. 1, pp. 1-51, en p. 7, párr. 10.

<sup>35</sup> H. Rolin, “Has the European Court of Human Rights a Future”, *Howard Law Journal*, 1965, núm. 11, pp. 442-451.

<sup>36</sup> J. A. Frowein, “European Integration through Fundamental Rights”, *Michigan Journal of Law Reform*, 1984, núm. 18, pp. 5-27, en p. 8.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 7: ‘legal revolution’. Respecto a EE. UU, véase C. R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

## ARMIN VON BOGDANDY Y LAURA HERING

---

cional a este respecto.<sup>38</sup> Los instrumentos legales utilizados para cumplir con esta tarea incluyeron la interpretación dinámica o evolutiva del CEDH,<sup>39</sup> y la autoridad de sus decisiones más allá del caso en cuestión.<sup>40</sup> Una vez que se había aventurado en este camino, el Tribunal obtuvo el apoyo de una gran cantidad de actores y, por lo tanto, adquirió un papel clave para la democracia liberal en Europa.<sup>41</sup> Hoy se le identifica con este mandato, como lo confirma la Declaración de Copenhague.<sup>42</sup>

El mandato es algo diferente para ciertos estados como Alemania o Italia, que tienen un tribunal constitucional orgulloso y en funcionamiento. Estos tribunales han desarrollado de forma independiente la protección de los derechos individuales que se aplica, en gran medida, en paralelo al sistema de Estrasburgo. En consecuencia, el papel del TEDH con respecto a estos estados consiste en integrar sus tribunales en el contexto europeo.<sup>43</sup> Gracias a las decisiones de Estrasburgo, la protección alemana e

---

<sup>38</sup> Véase Austria: C. Grabenwarter, “Österreich”, en A. von Bogdandy/ P. Cruz Villalón/ P. M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Karlsruhe, C.F. Müller, 2008, t. 2, § 20 párr. 64 y ss.; para los Países Bajos véase R. A. Wessel/ W. E. van de Griendt, “Niederlande”, en *ibidem*, § 19 párr. 52 y ss.

<sup>39</sup> J. A. Frowein, “Die evolutive Auslegung der EMRK”, en T. Marauhn (ed.), *Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 1-13; R. Bernhardt, “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights”, *German Yearbook of International Law*, 1999, núm 42, pp. 11-25.

<sup>40</sup> Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párrs. 3, 8, 14, 26 y ss.; O. M. Arnardóttir, “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 2017, núm. 28, pp. 819-843.

<sup>41</sup> Cfr. A. Mowbray, “ECtHR and Democracy”, *Public Law*, 1999, pp. 703-725; sobre la transformación del sistema del TEDH, véase F. G. Roca, “La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2018, núm. 28, p. 1.

<sup>42</sup> Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 2.

<sup>43</sup> Sobre la integración, véase L. Helfer, “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *European Journal of International Law*, 2008, núm. 19, pp. 125-159.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

italiana de los derechos fundamentales, está integrada en un sistema de derechos humanos extendido por toda Europa que tiene un vocabulario y una doctrina comunes, e incluso los primeros signos de una cultura legal común.<sup>44</sup> Esto ciertamente crea un tipo específico de conflicto, ya que requiere de un control visible por parte del Tribunal de Estrasburgo sobre los orgullosos tribunales constitucionales de estos Estados, en un área que considerarán el núcleo de su mandato.<sup>45</sup> Hasta ahora, sin embargo, dichos conflictos han sido manejados con éxito. Los términos clave aquí son *diálogo* y *responsabilidad conjunta*.<sup>46</sup>

El tercer aspecto de este mandato para promover la democracia liberal surgió después de la caída del Muro de Berlín, cuando el Tribunal de Estrasburgo comenzó a acompañar a los países de Europa Central y Oriental en su transformación.<sup>47</sup> Surgieron nuevas líneas de jurisprudencia que restringieron la autonomía nacional mucho más intensamente que antes. Uno podría señalar, por ejemplo, las decisiones sobre la estructura de los sistemas judiciales nacionales, las sentencias sobre “justicia transicional” o las sentencias piloto que abordaban los déficits estructurales.<sup>48</sup> Todo esto aumentó significativamente la amplitud y profundidad de la

---

<sup>44</sup> P. Häberle, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1991, pp. 261-274.

<sup>45</sup> Frente a este conflicto, véase D. Paris, “Allies and Counterbalances – Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, núm. 77, pp. 623-649.

<sup>46</sup> Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párrs. 6 y ss., 33, 36 y ss.

<sup>47</sup> M. Hofmann, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit?*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2009, pp. 86 y ss., 182 y ss., 248 y ss., 315 y ss., 395 y ss.; I. Motoc e I. Ziemele (eds.), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 529.

<sup>48</sup> El primer procedimiento piloto se refería al llamado caso Bug River de Polonia: TEDH sentencia de 22 de junio de 2004, *Broniowski vs. Polonia*, 31443/96. Véase también TEDH sentencia de 28 de septiembre de 2005, *Broniowski vs. Polonia* (solución amistosa), 31443/96. Sobre la emergencia, véase W. Sadurski, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, 2009, núm. 9, pp. 397-453.

importancia e influencia de Estrasburgo. Sin embargo, la mayoría de los observadores, como la Declaración de Copenhague, consideran esta jurisprudencia como parte del mandato del Tribunal.<sup>49</sup>

### 3.2. El mandato en tiempos de crisis

La jurisprudencia de la Corte ha respaldado con éxito la *revolución de los derechos* en las democracias europeas, la integración europea de los tribunales constitucionales nacionales y la transformación de los países de Europa Central y Oriental. Como resultado de este éxito, el TEDH ahora puede tomar decisiones creíbles “En nombre del club europeo de las democracias liberales”. Sin embargo, su éxito es incierto y el club se encuentra en una encrucijada. El tribunal debe elegir entre dos caminos, de los cuales ambos conducen a terrenos difíciles.

En algunos países, la situación de los derechos humanos se ha deteriorado drásticamente.<sup>50</sup> Hoy en día, la desviación es tan fuerte que llega a cuestionar las credenciales de algunos estados como democracias liberales. Estos estados amenazan la identidad del club. Por supuesto, casi todos los clubes tienen miembros difíciles, incluso mal adaptados, sin que esto ponga en peligro su identidad. En cierto punto, sin embargo, dichos miembros comienzan a dar forma a su identidad común debido a su número, visibilidad, peso, estrategia o influencia en cómo se ve el club desde afuera. En otras palabras, se está volviendo cuestionable si el Tribunal de Estrasburgo puede continuar adjudicando “En nombre del club europeo de las democracias liberales”.

En estas encrucijadas, el club puede, por un lado, elegir defender su identidad como un club de democracias liberales. Eso afectaría su identidad, ya que su cultura previa de consenso difícilmente puede mantenerse. Por otro lado, podría aceptar que

---

<sup>49</sup> Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párrs. 14, 17; *cfr.* también El Comité de Ministros, “Resolución (2004) 3 sobre las sentencias que revelan un problema estructural subyacente”, (12 mayo 2004), disponible en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190) (última visita 1 noviembre 2019).

<sup>50</sup> Véase en este contexto Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 16.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

esos miembros problemáticos co-determinan su identidad.<sup>51</sup> En este caso, el club probablemente no se disolvería, pero se encontraría en el camino hacia una identidad muy diferente. Por supuesto, las instituciones de Estrasburgo podrían seguir siendo útiles. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia son ciertamente valiosos, por ejemplo. Pero no son instituciones de un club de democracias liberales.

Si uno entiende el mandato del TEDH en términos de contribuir a la democracia liberal en Europa, entonces debería elegir el primer camino. La jurisprudencia más reciente de la Corte, en consecuencia, debe evaluarse a la luz de esto.

### 3.2.1. *La autoridad del Tribunal en tiempos de crisis*

Antes de analizar líneas individuales de jurisprudencia, es necesario aclarar un punto preliminar. Cada tribunal debe adquirir autoridad, porque solo la autoridad puede ayudarlo a cumplir su mandato.<sup>52</sup> Si un estado perdedor cumple con sus sentencias es un indicador importante para la autoridad del TEDH.<sup>53</sup> Esto significa que el Estado perdedor no solo paga la compensación otorgada, sino que también rectifica la infracción establecida e incluso adapta su situación legal interna para cumplir con el fallo. Este proceso a menudo se describe como “implementación” o “cumplimiento”.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> S. Stewart, “Der Europarat und Russland. Glaubwürdigkeit verlangt konsequente Entscheidungen”, *Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP-Aktuell)*, mayo 2019, núm. 29, p. 1-4, <https://www.swp-berlin.org/publikation/der-europarat-und-russland/> (última visita 1 noviembre 2019).

<sup>52</sup> Sobre este reto Alter/Helfer/Madsen, en *idem* (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018, en p. 24.

<sup>53</sup> Véase M. Polzin, “Der verrechtlichte Ausnahmezustand – Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2018, núm. 78, pp. 635-669, en p. 650.

<sup>54</sup> A. von Staden, *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights: Rational choice within normative constraints*, Pensilvania, University of Pennsylvania Press, 2018.

A este respecto, el TEDH tiene que lidiar con dificultades considerables.<sup>55</sup> La gran importancia que otorga al cumplimiento de las sentencias, en particular la implementación de medidas generales, puede llevarlo fácilmente a ser tímido hacia los gobiernos cuyos autorretratos se basan en su oposición a Europa. Si se vinculara la autoridad judicial con este indicador, en primer lugar, la colocaría en manos de dichos gobiernos y desanimaría a la Corte a intervenir en lo que probablemente sea el mayor desafío para el orden público europeo. Esto no tendría sentido. Por lo tanto, evaluar la operación de la Corte requiere un enfoque diferente.

Esta afirmación no cuestiona que la implementación de las decisiones de la Corte es legalmente obligatoria. Por lo tanto, es de acoger que la Declaración de Copenhague no deje dudas al respecto.<sup>56</sup> Pero, si bien el cumplimiento y la implementación siguen siendo el criterio más importante para evaluar el estado perdedor, los criterios más allá del cumplimiento y la implementación se vuelven importantes para evaluar a la Corte. En particular, uno debe mirar el *impacto* de su jurisprudencia.<sup>57</sup>

El enfoque en el *impacto* dirige nuestra atención a la pregunta de si la jurisprudencia de Estrasburgo le permite al club mantener su identidad como una de democracias liberales de manera creíble. También cuestiona si la jurisprudencia apoya a las fuerzas domésticas que están comprometidas con la democracia liberal en estados difíciles. Un ejemplo impresionante de esto es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

---

<sup>55</sup> Véase p. ej. Comité de Ministros, Informe anual 2018, Supervisión de la ejecución de sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019), p. 71 y ss., disponible en <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da> (última visita 1 diciembre 2019).

<sup>56</sup> Ver en este contexto Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 19 y ss.

<sup>57</sup> Este enfoque fue especialmente desarrollado con respecto al sistema interamericano, Ó. Parra Vera, "The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment", en A. von Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 357-376.



## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

Aunque lucha con problemas aún mayores de cumplimiento,<sup>58</sup> su jurisprudencia ha provocado que los derechos humanos desempeñen un papel real en contextos a menudo dramáticos de violencia, exclusión y desigualdad. Hoy, los discursos políticos y las principales disputas en América Latina se llevan a cabo en el lenguaje de los derechos humanos. De allí es de donde la Corte IDH extrae su autoridad, y donde ha encontrado su mandato.<sup>59</sup> También se debe recordar el Acta Final de Helsinki, que desde 1975 ha apoyado a los movimientos de derechos humanos de Europa Central y Oriental en su exitosa lucha por la libertad.

Hoy en día, el Tribunal de Estrasburgo puede ayudar a las fuerzas nacionales a través de decisiones relevantes. Esto sigue siendo prometedor, sobre todo porque ninguno de esos estados se ha vuelto totalitario: quedan jueces independientes, grupos de oposición y fuerzas de la sociedad civil.<sup>60</sup> Por lo tanto, el criterio más significativo para evaluar un tribunal de derechos humanos en tal constelación no es el cumplimiento de un gobierno, sino su capacidad de posicionar los derechos humanos como argumentos poderosos en los procedimientos institucionales y debates públicos.<sup>61</sup> La jurisprudencia supranacional puede así promover la autocuración nacional a través de procesos domésticos.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> S. I. Anzola/B. E. Sánchez/R. Uruña, “Después Del Fallo: El Cumplimiento De Las Decisiones Del Sistema Inter-Americano De Derechos Humanos: Una Propuesta De Metodología”, *Justicia Global*, 2015, núm. 11, pp. 1-76.

<sup>59</sup> Véase A. von Bogdandy, “The Transformative Mandate of the Inter-American System” [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3463059](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463059); para una comparación del sistema europeo e interamericano de protección de los derechos humanos, véase J. Vasel, *Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess*, Berlín, Duncker und Humblot, 2017.

<sup>60</sup> Sobre la influencia del TEDH en los acontecimientos en los Estados de Europa del Este, véase las referencias en la nota 47.

<sup>61</sup> Véase A. Huneeus, “Constitutional Lawyers, and the Inter-American Court’s Varied Authority”, *Law and Contemporary Problems*, 2016, núm. 79, pp. 179-207.

<sup>62</sup> Respecto a Hungría: P. Sonnevend, “Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis: Lessons from the Hungarian Case”, en von Bogdandy *et al.*, *Transformative Constitutionalism*, *op. cit.*, nota 57, p. 123 y p. 140 y ss.

Si el Tribunal de Estrasburgo puede hacerlo o no, proporciona un criterio para evaluar su jurisprudencia. Esto se aplica en particular a la jurisprudencia más reciente sobre el estado de emergencia (3.2.2.), el núcleo duro de los derechos fundamentales (3.2.3.), el abuso de derechos (3.2.4.) y el agotamiento de los recursos internos (3.2.5.).

### 3.2.2. Límites del estado de emergencia

El TEDH ha dibujado líneas rojas en su reciente jurisprudencia sobre el estado de emergencia. El artículo 15 del CEDH permite a los Estados de la Convención suspender ciertos derechos de la Convención en situaciones extremas.<sup>63</sup> En los últimos años, este artículo ha adquirido una importancia considerable debido a las declaraciones de excepción de Ucrania,<sup>64</sup> Francia<sup>65</sup> y Turquía.<sup>66</sup>

El Tribunal es ciertamente cauteloso en esta delicada área y permite a los Estados de la Convención un amplio margen de apreciación al evaluar una situación peligrosa y clasificarla como

---

<sup>63</sup> Sobre esto, véase C. Ashauer, “Die Menschenrechte im Notstand”, *Archiv des Völkerrechts* 2007, núm. 45, pp. 400-431.

<sup>64</sup> Consejo de Europa, excepción de Ucrania del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa del 10 de junio de 2015, [https://www.coe.int/en/web/portal/news-2015/-/asset\\_publisher/9k8wkRrYhB8C/content/ukraine-derogation-from-european-convention-on-human-rights](https://www.coe.int/en/web/portal/news-2015/-/asset_publisher/9k8wkRrYhB8C/content/ukraine-derogation-from-european-convention-on-human-rights) (última visita 6 diciembre 2019).

<sup>65</sup> Consejo de Europa, Francia informa al Secretario General del Artículo 15 Excepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa de 25 de noviembre de 2015, [https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news/-/asset\\_publisher/EYlBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights](https://www.coe.int/en/web/secretary-general/news/-/asset_publisher/EYlBJNjXtA5U/content/france-informs-secretary-general-of-article-15-derogation-of-the-european-convention-on-human-rights) (última visita 6 diciembre 2019).

<sup>66</sup> Consejo de Europa, el Secretario General recibe una notificación de Turquía sobre su intención de suspender temporalmente parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comunicado de prensa de 21 de julio de 2016, [https://www.coe.int/en/web/portal/news-2016/-/asset\\_publisher/StEVosr24HJ2/content/secretary-general-receives-notification-from-turkey-of-its-intention-to-temporarily-suspend-the-european-convention-on-human-rights](https://www.coe.int/en/web/portal/news-2016/-/asset_publisher/StEVosr24HJ2/content/secretary-general-receives-notification-from-turkey-of-its-intention-to-temporarily-suspend-the-european-convention-on-human-rights) (última visita 6 diciembre 2019).

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

una emergencia.<sup>67</sup> Sin embargo, ha comenzado a endurecer los requisitos,<sup>68</sup> en respuesta a las críticas.<sup>69</sup> Los Estados de la Convención continúan teniendo un amplio margen de apreciación en la evaluación de estas exigencias, pero el Tribunal ahora realiza una prueba de proporcionalidad cada vez más detallada.<sup>70</sup> Esta prueba toma en cuenta la importancia del derecho derogado de la Convención, la situación general que rodea al estado de emergencia y su duración.<sup>71</sup> En varias ocasiones, el TEDH ha encontrado que el Estado demandado incumplió los requisitos del artículo 15 CEDH, como en *Aksoy v. Turquía*,<sup>72</sup> *A. y otros v. Reino Unido*,<sup>73</sup> *Altan v. Turquía*,<sup>74</sup> y *Alpay v. Turquía*.<sup>75</sup>

El estado actual de emergencia en Turquía plantea grandes desafíos para el TEDH.<sup>76</sup> Por un lado, es cuando Estrasburgo es más necesario para defender la protección de los derechos humanos. Por otro lado, el TEDH corre el riesgo de que no se observen

---

<sup>67</sup> Sobre la primera aplicación, véase *Irlanda vs. Reino Unido*, *op. cit.*, nota 7, párr. 207. Véase también H. Krieger, *Notstand*, en Dörr/ Grote/ Marauhn, *op. cit.*, nota 34, p. 417, párr. 12.

<sup>68</sup> Véase también Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 821 y ss.

<sup>69</sup> Véase p. ej. E. Chrysler, "Brannigan and McBride v. UK: A New Direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?", *Revue Belge de Droit International*, 1994, núm. 27, pp. 603-631, en p. 628 y ss.; O. Gross y F. Ní Aoláin, "From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 2001, núm. 23, pp. 625-649, p. 637 y ss.

<sup>70</sup> Para esta evaluación véase Polzin, *op. cit.*, nota 53, p. 643 y ss.

<sup>71</sup> TEDH sentencia de 25 de mayo de 1993, *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, 14553/89, párr. 43; TEDH sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy vs. Turquía*, 21987/93, párr. 68.

<sup>72</sup> *Aksoy vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 71.

<sup>73</sup> TEDH sentencia de 19 de febrero de 2009, *A y otros vs. Reino Unido*, 3455/05.

<sup>74</sup> TEDH sentencia de 20 de marzo de 2018, *Mehmet Hasan Altan vs. Turquía*, 13237/17.

<sup>75</sup> TEDH sentencia de 20 de marzo de 2018, *Sahin Alpay vs. Turquía*, 16538/17.

<sup>76</sup> Véase Weber, *op. cit.*, nota 31, p. 925 y ss.

sus sentencias o se denuncie la Convención si se basa en un enfoque más progresivo del artículo 15 CEDH e impone restricciones radicales a la discreción de los Estados de la Convención. También corre el riesgo de exponerse a la acusación de hacer política en lugar de realizar una interpretación legal.<sup>77</sup>

El TEDH ha abordado este dilema de la siguiente manera: por un lado, ha ejercido moderación. No hizo ningún comentario general sobre el artículo 15 del CEDH, lo cual fue posible porque el Tribunal Constitucional turco ya había emitido las sentencias correspondientes. Particularmente en los casos de *Altan* y *Alpay*, el Tribunal siguió siendo muy superficial.<sup>78</sup> Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo trazó líneas rojas al definir los límites de la restricción gubernamental a la libertad de expresión: en los casos de *Altan* y *Alpay*, el TEDH examinó por primera vez el artículo 10 del CEDH en el marco de un estado de emergencia. Es cierto que no se ocupó expresamente de los requisitos de las exigencias de la situación en virtud del artículo 15 del CEDH. Sin embargo, las explicaciones apuntan a una interpretación limitada de las restricciones, bajo la cual el derecho a la libertad de expresión de conformidad con el artículo 10 del CEDH solo puede restringirse en casos absolutamente excepcionales.<sup>79</sup>

Además, el TEDH reconoce que las medidas tomadas en un estado de emergencia podrían no solo servir para abordar una amenaza, sino también apuntar a debilitar las estructuras democráticas o incluso abolirlas por completo.<sup>80</sup> El Tribunal subraya la importancia de la libertad de expresión para una democracia en funcionamiento y señala en un *obiter dictum* que un estado de emergencia no debe servir como pretexto para restringir la libertad de debate político. Las medidas de emergencia deben per-

---

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> *Altan vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 74, párrs. 140 y 213; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 75, párrs. 119 y 183. No obstante, *A y otros vs. Reino Unido*, *op. cit.*, nota 73, el razonamiento comprendía los párrs. 182-190.

<sup>79</sup> *Altan vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 74, párrs. 206-207; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 75, párrs. 177-178. Véase también Polzin, *op. cit.*, nota 53, p. 667.

<sup>80</sup> Polzin, *op. cit.*, nota 53, p. 654.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

manecer comprometidas con la protección de la democracia.<sup>81</sup> Además, no otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación si se les acusa de violar derechos no derogables mediante asesinatos, torturas o tratos inhumanos.

### 3.2.3. *El núcleo duro de los derechos fundamentales*

La jurisprudencia sobre la libertad de expresión también refleja la jurisprudencia sobre el núcleo duro de los derechos fundamentales del TEDH, que define las líneas esenciales de las democracias liberales. El tribunal trata el núcleo duro de los derechos fundamentales de manera diferente desde un punto de vista doctrinal. Si bien su mandato de apoyar la *revolución de los derechos* en Europa ha llevado a una amplia comprensión de la mayoría de los derechos de la Convención, los costos de este enfoque, combinados con una prueba de proporcionalidad de contexto abierto, son bien conocidos y han sido contrarrestados por el concepto de núcleo duro de los derechos fundamentales.<sup>82</sup>

En consecuencia, los derechos de la Convención consisten en varios elementos, algunos de los cuales son más importantes y, por lo tanto, más dignos de protección que otros.<sup>83</sup> Esta diferencia se puede encontrar no solo en la jurisprudencia del TEDH sino también en la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>84</sup> y en varias constituciones nacionales. Cuando se trata del núcleo duro de los derechos fundamentales, el Tribunal dibuja líneas rojas al prescindir del estilo de argumentación de equilibrio habitual y, en cambio, adopta un razonamiento más categórico.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> *Altan vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 74, párr. 210; *Alpay vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 75, p. 180.

<sup>82</sup> Cfr. J. von Bernstorff, “Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen”, *Der Staat*, 2011, núm. 50, pp. 165-190.

<sup>83</sup> I. Leijten, *Core socio-economic rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, en pp. 2 y 11.

<sup>84</sup> Carta Europea de Derechos Fundamentales, artículo 52, párr. 1.

<sup>85</sup> von Bernstorff, *op. cit.*, nota 82, p. 172 y ss.

La protección de los derechos fundamentales es particularmente evidente en las prohibiciones de la tortura (artículo 3 del CEDH) y la esclavitud (artículo 4 del CEDH), donde el TEDH prescinde por completo del equilibrio.<sup>86</sup> La prohibición de las matanzas estatales (artículo 2, párrafo 2 del CEDH) también es interpretado a la luz de la protección de los derechos fundamentales, permitiendo solo excepciones limitadas que no pueden ser parte de las evaluaciones de proporcionalidad.<sup>87</sup>

Las formas categóricas de argumentación se vuelven más difíciles en el caso de los derechos humanos que están sujetos a excepciones ampliamente definidas, como los artículos 8 a 11 del CEDH. Pero es precisamente aquí donde la doctrina del núcleo duro de los derechos fundamentales resulta útil. Las expresiones de opinión que critican al gobierno solo se pueden restringir si constituyen una incitación a la violencia.<sup>88</sup> El debate político está altamente protegido por su papel clave en una sociedad democrática.<sup>89</sup> La jurisprudencia orientada al núcleo duro de los derechos fundamentales del TEDH constituye, por lo tanto, un elemento adicional en las líneas rojas que fundamentan el club europeo de las democracias liberales.

### 3.2.4. *El abuso de los derechos*

Otro instrumento para proteger lo que es esencial para el club y responder a las crisis en el Estado de derecho democrático es la

---

<sup>86</sup> Véase, TEDH sentencia de 30 de junio de 2008, *Gäfgen vs. Alemania*, 22978/05, párr. 69.

<sup>87</sup> TEDH sentencia de 27 de septiembre de 1995, *McCann y otros vs. Reino Unido*, 18984/91, párr. 150.

<sup>88</sup> Véase p. ej. TEDH sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Zana vs. Turquía*, 18954/91; TEDH sentencia de 8 de julio de 1999, *Sürek y Özdemir vs. Turquía*, 23927/94 y 24277/94.

<sup>89</sup> Según la jurisprudencia del TEDH, la libertad de debate político está en el centro de las sociedades democráticas, según lo previsto por el TEDH, TEDH sentencia de 8 de julio de 1986, *Lingens vs. Austria*, 9815/82, párr. 42; véase S. Hinghofer-Szalkay, “Extreme Meinungen und Meinungsäußerungsfreiheit: Die Schranke des Artikel 17 EMRK”, *Journal für Rechtspolitik*, 2012, núm. 20, pp. 106-114.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

prohibición del abuso de los derechos. El artículo 18 del CEDH estipula que las restricciones “no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”.

Durante mucho tiempo, esta disposición pareció ser irrelevante,<sup>90</sup> y los requisitos para presentar pruebas sobre los motivos de las autoridades estatales eran estrictos;<sup>91</sup> sin embargo, esto cambió en 2004, cuando el TEDH concluyó, por primera vez, que el artículo 18 en relación con el 5 del CEDH había sido violado.<sup>92</sup> Más casos se presentaron, principalmente en relación con países de Europa del Este y el Cáucaso. Las decisiones a menudo se referían a medidas sintomáticas de tendencias autoritarias. Así, los casos *Merabishvili*, *Tymoshenko* y *Lutsenko* se referían al encarcelamiento de destacados políticos de la oposición. Mientras que en *Jafarov* y *Mammadov vs. Azerbaiyán*, los disidentes políticos fueron silenciados a través de medidas de derecho penal.<sup>93</sup>

No obstante, al principio, el Tribunal hizo hincapié en que todavía existía la presunción de que estos Estados parte de la Convención estaban actuando de buena fe, es decir, que en una primera aproximación estaban cumpliendo con el tratado.<sup>94</sup> En términos procesales, esto significaba que el solicitante no solo

---

<sup>90</sup> J. A. Frowein, “Artikel 18”, en J. A. Frowein/ W. Peukert (eds.), *EMRK-Kommentar*, 3ª. ed., Kehl am Rhein, Engel, 2009, párr. 2; H. Keller y C. Heri, “Selective criminal proceedings and article 18 ECHR: The European Court of Human Rights’ untapped potential to protect democracy”, *Human Rights Law Journal*, 2016, núm. 36, pp. 1-10 en p. 2 y ss.

<sup>91</sup> Sobre la jurisprudencia anterior a *Merabishvili* (Gran Sala) véase D. Harris *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 68, p. 844.

<sup>92</sup> TEDH sentencia de 19 de mayo de 2004, *Gusinskiy vs. Rusia*, 70276/01.

<sup>93</sup> TEDH sentencia de 28 de noviembre de 2017, *Merabishvili vs. Georgia*, 72508/13; TEDH sentencia de 30 de abril de 2013, *Tymoshenko vs. Ucrania*, 49872/11; TEDH sentencia de 3 de julio de 2012, *Lutsenko vs. Ucrania*, 6492/11; TEDH sentencia de 17 de marzo de 2016, *Jafarov vs. Azerbaiyán*, 69981/1; TEDH sentencia de 22 de mayo de 2014, *Mammadov vs. Azerbaiyán*, 15172/13; véase también TEDH sentencia de 13 de noviembre de 2007, *Cebotari vs. Moldavia*; ampliamente Keller y Heri *op. cit.*, nota 90, p. 3 y ss.

<sup>94</sup> *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párr. 137; *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 106; TEDH sentencia de 31 de mayo de 2011, *Khodorkowski vs. Rusia*, 5829/04, párr. 255.

tenía que soportar toda la carga de presentar pruebas, sino que el Tribunal también impuso requisitos estrictos,<sup>95</sup> no permitiendo ni la prueba *prima facie*<sup>96</sup> ni la revocación de la carga de presentar pruebas.<sup>97</sup> En vista de las críticas considerables,<sup>98</sup> el Tribunal se volvió más liberal, y en los casos *Lutsenko*, *Tymoshenko* y *Mammadov*, adoptó un enfoque más contextual y ya no exigió pruebas directas de un motivo estatal correspondiente.<sup>99</sup> En el caso *Jafarov*, se tuvo en cuenta la situación general de los activistas de derechos humanos. Así, la evidencia de problemas sistémicos en Azerbaiyán facilitó, así, la determinación de una violación concreta del artículo 18 del CEDH.<sup>100</sup>

La decisión de la Sala en el caso *Mammadov* también desencadenó el primer procedimiento en virtud del artículo 46, párrafo 4 del CEDH. En una decisión reciente que se emitió por unanimidad, la Gran Sala del TEDH, de acuerdo con el Consejo de Ministros, declara que Azerbaiyán no ha cumplimentado la sentencia y por lo tanto violó sus obligaciones contempladas en la Convención.<sup>101</sup> El Tribunal admite que su primer fallo en el caso *Mammadov* fue declarativo y silencioso sobre la cuestión de las medidas individuales adecuadas; sin embargo, la ausencia de una declaración explícita relevante para su ejecución no fue decisiva para la cuestión de si Azerbaiyán había incumplido sus obligaciones en virtud del artículo 46, párrafo 1, del CEDH. En cualquier caso, las medidas tomadas por el acusado deben ser “compatibles con las conclusiones y el espíritu de la sentencia

---

<sup>95</sup> *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 107; *Khodorkowski vs. Rusia*, *op. cit.*, nota 94, párr. 256; *Cebotari vs. Moldavia*, *op. cit.*, nota 93, párr. 52 y ss.

<sup>96</sup> P. ej. TEDH sentencia de 18 de septiembre de 2009, *Varnava y otros vs. Turquía*, 16064/90, párrs. 182-184.

<sup>97</sup> *Khodorkowski vs. Rusia*, *op. cit.*, nota 94, párr. 256.

<sup>98</sup> F. Tan, “The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, *Goettingen Journal of International Law*, 2018, núm. 9, pp. 109-141, p. 127 y ss.; Keller y Heri, *op. cit.*, nota 90, p. 8.

<sup>99</sup> *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párr. 137; *Tymoshenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párr. 294; *Lutsenko vs. Ucrania*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 104 y ss.

<sup>100</sup> *Jafarov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 104, 159-163.

<sup>101</sup> *Mammadov vs. Azerbaiyán*, *op. cit.*, nota 10.



## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

del Tribunal”.<sup>102</sup> Con esta decisión, este envía una señal contundente: incluso si un fallo no dice nada sobre los recursos individuales, esto no proporciona defensa para el Estado demandado. Una *restitutio in integrum* en forma de liberación de la custodia no puede rechazarse si se ha dictado una condena con base en el artículo 18 del CEDH y un Estado parte de la Convención ha actuado de mala fe;<sup>103</sup> sin embargo, la sentencia fue objeto de críticas, pues se alegó que el valor agregado de los procedimientos era mínimo, mientras que los riesgos para la legitimidad del Tribunal eran considerables.<sup>104</sup>

El Tribunal dio un paso más en su sentencia en el caso *Merabishvili*,<sup>105</sup> en el que la Gran Sala rompe por completo con los requisitos más estrictos sobre la prueba en virtud del artículo 18 del CEDH, sosteniendo que el “enfoque habitual de la prueba en lugar de reglas especiales puede y debe aplicarse”,<sup>106</sup> por tanto, la carga de la prueba ya no es responsabilidad exclusiva de una parte y el Tribunal puede investigar *ex officio*.<sup>107</sup> Este estándar reducido aumenta la relevancia práctica del artículo 18 del CEDH,<sup>108</sup> que además se vio fortalecida porque el Tribunal hizo hincapié en el carácter autónomo de la norma. Aunque dicho artículo solo se vuelve operativo junto con otras disposiciones de la Convención, ahora tiene un significado autónomo en la medida en que prohíbe a los Estados parte de la Convención restringir los

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, párr. 186 (traducción propia).

<sup>103</sup> B. Çalı, “No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* by the European Court of Human Rights”, *Verfassungsblog*, 2019, disponible en <https://verfassungsblog.de/no-going-nuclear-in-strasbourg/> (última visita 3 diciembre 2019).

<sup>104</sup> F. de Londras y K. Dzehtsiarou, “Mission Impossible? Addressing Non-Execution through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, núm. 66, pp. 467-490, pp. 486 y ss.

<sup>105</sup> *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93. Véase Çalı, *Coping with Crisis*, *op. cit.*, nota 1, p. 267 y ss.; Tan, *op. cit.*, nota 98, p. 133 y ss.

<sup>106</sup> *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93, párr. 310 (traducción propia).

<sup>107</sup> *Ibidem*, párr. 311.

<sup>108</sup> Véase también Tan, *op. cit.*, nota 98, p. 135.

derechos en ella contenidos para fines contrarios a la misma.<sup>109</sup> Aquí, el criterio del “propósito predominante” de una medida introducida en el caso *Merabishvili* parece ser problemático.<sup>110</sup> Parece como si el Tribunal tolerara propósitos abusivos mientras prevalezca el propósito legítimo de la restricción de derechos.<sup>111</sup>

Presentar su caso, seguirá siendo un desafío para los reclamantes en virtud del artículo 18 CEDH,<sup>112</sup> por ejemplo, en el caso *Navalnny y Ofitserov*,<sup>113</sup> el TEDH estableció un nuevo requisito con respecto a la aplicación del artículo 18 CEDH: al examinar la violación del artículo 6 del mismo, reconoció que había un vínculo obvio entre las actividades públicas del autor y la decisión del comité de investigación de presentar cargos en su contra;<sup>114</sup> sin embargo, rechazó la queja como inadmisibles, argumentando que el artículo 18 del CEDH no puede afirmarse junto con el artículo 6 y el artículo 7 el mismo instrumento.<sup>115</sup> Este desarrollo de la jurisprudencia fue correctamente recibido con desaprobación.<sup>116</sup>

### 3.2.5. El agotamiento de los recursos internos

Es obvio que las líneas rojas deben dibujarse lo antes posible para que tengan efecto, pero el TEDH también debe respetar su sub-

---

<sup>109</sup> *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 287-288.

<sup>110</sup> *Ibidem*, párr. 353.

<sup>111</sup> Para las críticas a este respecto, ver la opinión conjunta de los jueces Yudkivska, Tsotsoria y Vehabović sobre *Merabishvili vs. Georgia*, *op. cit.*, nota 93, párrs. 1, 19, 37; también opinión concurrente del juez Serghides en el mismo asunto párrs. 3, 34; opinión conjunta concurrente de los jueces Sajó, Tsotsoria y Pinto De Albuquerque sobre TEDH sentencia de 21 de junio de 2016, *Tchankotadze vs. Georgia*, 15256/05, párr. 1.

<sup>112</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase Keller y Heri *op. cit.*, nota 90, p. 6.

<sup>113</sup> TEDH sentencia de 23 de febrero de 2016, *Navalnny y Ofitserov vs. Rusia*, 46632/13.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>115</sup> *Ibidem*, párr. 129.

<sup>116</sup> *Ibidem*, opiniones separadas de los jueces Nicolaou, Keller y Dedov; Keller y Heri *op. cit.*, nota 90, p. 6.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

sidiariedad. Según el artículo 35, párrafo 1, del CEDH, el TEDH solo puede tratar un asunto después de que se hayan agotado todos los recursos internos. El dilema correspondiente se puede ver claramente en las reacciones del Tribunal a las represiones turcas que comenzaron en 2016. Después de recibir numerosas quejas contra medidas represivas en el contexto del intento de golpe de Estado, el Tribunal inicialmente decretó tales quejas como inadmisibles en los casos *Mercan*,<sup>117</sup> *Catal*,<sup>118</sup> *Zihni*<sup>119</sup> y *Köksal*.<sup>120</sup> Los demandantes, argumentó el Tribunal, no habían agotado los recursos internos<sup>121</sup> porque las decisiones del Tribunal Constitucional turco aún estaban pendientes. Esto también ha llevado a la crítica.<sup>122</sup>

De acuerdo con su jurisprudencia, el Tribunal puede decidir si el recurso legal a ser presentado es inútil o ineficaz,<sup>123</sup> por tanto, la cuestión dependía de si los tribunales turcos, incluido el Tribunal Constitucional, habían seguido siendo instituciones en funcionamiento. En los casos *Altan*<sup>124</sup> y *Alpay*,<sup>125</sup> el TEDH, de acuerdo con el Tribunal Constitucional turco, determinó que la detención de dos periodistas violaba sus derechos en virtud de los artículos 5 párrafos 1 y 10 del CEDH. En estas circunstancias, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la postura del TEDH parece plausible, especialmente porque su cooperación con los tribunales nacionales es clave para cumplir su mandato.

---

<sup>117</sup> TEDH sentencia de 8 de noviembre de 2016, *Mercan vs. Turquía*, 56511/16.

<sup>118</sup> TEDH sentencia de 7 de marzo de 2017, *Catal vs. Turquía*, 2873/17.

<sup>119</sup> TEDH sentencia de 29 de noviembre de 2016, *Zihni vs. Turquía*, 59061/16.

<sup>120</sup> TEDH sentencia de 6 de junio de 2017, *Köksal vs. Turquía*, 70478/16.

<sup>121</sup> Diferente en TEDH sentencia de 31 de julio de 2012, *Er y otros vs. Turquía*, 23016/04, párr. 45 y ss.

<sup>122</sup> J. A. Frowein, "Straßburg muss handeln", *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, 3 Marzo 2017.

<sup>123</sup> Sobre el agotamiento de los recursos internos ver especialmente TEDH sentencia de 25 de marzo de 2014, *Vučković y otros vs. Serbia*, 17153/11, párr. 69 y ss.

<sup>124</sup> *Altan vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 74.

<sup>125</sup> *Alpay vs. Turquía*, *op. cit.*, nota 75.

### 3.2.6. El margen de apreciación

Un club solo puede ser fuerte y vibrante si sus miembros actúan en su espíritu. En consecuencia, los procedimientos y doctrinas que vinculan a los tribunales supranacionales con los tribunales nacionales son clave. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede recurrir al procedimiento prejudicial desarrollado desde *van Gend en Loos*, mientras que la Corte IDH se beneficia del control de convencionalidad introducido en *Almonacid Arellano*.<sup>126</sup> Durante mucho tiempo, el TEDH careció de una herramienta comparable; sin embargo, la doctrina del margen de apreciación ofrece algo al respecto.<sup>127</sup> Podría reajustar el mandato del Tribunal y fundamentar su reclamo de pronunciar la ley “En nombre del club europeo de democracias liberales”.

La idea central es que el TEDH ejercerá moderación si la decisión nacional en cuestión considera adecuadamente la jurisprudencia relevante de Estrasburgo. Esto se basa en la doctrina del margen de apreciación,<sup>128</sup> según la cual los Estados parte de la

---

<sup>126</sup> Véase J. H. H. Weiler, “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, 1991, núm. 100, pp. 2403-2483, pp. 2420 y ss.; E. Ferrer MacGregor, “The Conventionality Control as a Core Mechanism of the *Ius Constitutionale Commune*”, en A. von Bogdandy *et al.*, *Transformative Constitutionalism...*, *op. cit.*, nota 57, p. 321.

<sup>127</sup> También existe el procedimiento de opinión consultiva en virtud del 16º Protocolo Adicional, que, sin embargo, solo ha sido ratificado por 13 Estados (hasta el 19/9/2019).

<sup>128</sup> Véase TEDH sentencia de 13 de junio de 1979 (opinión concurrente del juez Fitzmaurice), *Marckx vs. Bélgica*, 6833/74, párr. 27 y ss.; TEDH sentencia de 22 de abril de 2013, *Defensores Internacionales de Animales vs. Reino Unido*, 48876/08, párrs. 102, 123; TEDH sentencia de 19 de febrero de 2013, *X y otros vs. Austria*, 19010/07, párr. 102; para una perspectiva académica R. Bernhardt, “Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum”, en: R. Bernhardt (ed.), *Festschrift für Hermann Mosler*, Berlín, Springer, 1983, pp. 75-88, en p. 81 y ss.; J. Frowein, “Die Europäische Menschenrechtskonvention in der neueren Praxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1980, pp. 231-237, en p. 237; D. Spielmann, “Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine; Waiver of Subsidiarity of European Review?”, *Cambridge Yearbook of European*

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

Convención tienen discreción con respecto a la interpretación y aplicación de una norma de la Convención en muchas, aunque de ninguna manera todas las constelaciones de casos. La doctrina se justifica por la subsidiariedad del sistema de la Convención,<sup>129</sup> la mayor legitimidad democrática de las legislaturas de los Estados parte de la Convención<sup>130</sup> y la mayor proximidad de las autoridades nacionales al tema.<sup>131</sup>

La doctrina del margen de apreciación fue de gran interés para los ministros de justicia en la conferencia celebrada en Copenhague. En el primer borrador público de la Declaración de Copenhague de febrero de 2018, el énfasis en la subsidiariedad del TEDH se leía como una crítica sistémica a su jurisprudencia.<sup>132</sup> El tono áspero probablemente desagradó a muchos y obviamente condujo a discusiones fundamentales. Esto se refleja en la Declaración de Copenhague que, finalmente, fue adoptada en abril de 2018 y subraya que un fortalecimiento del principio de subsidiariedad no tiene la intención de restringir la protección europea de los derechos humanos;<sup>133</sup> sin embargo, enfatiza: “Donde se ha llevado a cabo un ejercicio de equilibrio a nivel nacional de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, este *generalmente* ha indicado que no sustituirá su propia evaluación por la de los tribunales nacionales, a menos que existan *razones sólidas* para

---

*Legal Studies*, 2012, núm. 14, pp. 381-418; C. Binder, “The Concept of the Margin of Appreciation”, *Journal für Rechtspolitik*, 2015, núm. 23, pp. 56-66; J. Asche, *Die Margin of Appreciation*, Berlín, Springer, 2018.

<sup>129</sup> M. Villiger, “The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights”, en M. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Leiden, Brill, 2007, pp. 623-637, en p. 632.

<sup>130</sup> TEDH sentencia de 1 de julio de 2014, *S.A.S. vs. Francia*, 43835/11, párr. 129; Asche, *op. cit.*, nota 128, p. 44.

<sup>131</sup> *Handyside vs. Reino Unido*, *op. cit.*, nota 27, párr. 48; TEDH sentencia de 23 de junio de 1994, *Jacobowski vs. Alemania*, 15088/89, párr. 26 y ss.

<sup>132</sup> Véase borrador de la Declaración de Copenhague (5 febrero 2018), párr. 22, [https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft\\_copenhagen\\_declaration\\_05.02.18.pdf](https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf) (última visita 5 diciembre 2019).

<sup>133</sup> Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 26 y ss.

hacerlo”.<sup>134</sup> Esto enfatiza cómo la doctrina del margen de apreciación exige la responsabilidad de las instituciones nacionales, pero al mismo tiempo conserva la responsabilidad última del TEDH.<sup>135</sup>

Al igual que el procedimiento prejudicial en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el control de convencionalidad de la CIDH, el margen de apreciación puede conducir a una cooperación más intensa entre el TEDH y los tribunales nacionales, fortaleciendo así la protección europea de los derechos humanos. En esencia, ofrece a los tribunales nacionales un incentivo para reconocer la jurisprudencia del TEDH como precedentes autorizados para sus decisiones. Dicha doctrina integra profundamente la jurisprudencia del TEDH en los sistemas jurídicos nacionales y, por tanto, aumenta su eficacia. Al hacerlo, fortalece el club de las democracias europeas y contrarresta las críticas de un TEDH excesivamente invasivo. Por supuesto, disminuye el papel de este Tribunal como fuerza impulsora principal en el desarrollo de los derechos humanos; sin embargo, tal corrección de su mandato parece apropiada porque la protección judicial dinámica de los derechos individuales, una rareza en la década de 1970, se ha convertido en algo habitual en la mayoría de los sistemas legales europeos.<sup>136</sup>

Esta doctrina también es prometedora, en vista de la alienación de algunos Estados parte de la Convención, de la jurisprudencia del TEDH. Estos Estados a menudo se refieren a los valores de identidad nacional, diversidad y democracia nacionales. La doctrina del margen de apreciación podría tener en cuenta estos valores y al mismo tiempo proteger lo que es esencial.

---

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 28c (traducción propia; énfasis añadido por los autores).

<sup>135</sup> Véase *ibidem*, párr. 10.

<sup>136</sup> Véase contribuciones de A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber, C. Behrendt, A. Farahat, K. Tuori, O. Jouanjan, R. Bifulco/ D. Paris, L. Besse-link, C. Grabenwarter, P. Tuleja, M. L. Amaral/ R. A. Pereira, G. Biagini, J. L. Requejo Pagés, L. Sólyom, J. Murkens, P. Quint, en A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Karlsruhe, C.F. Müller, 2016, t. 6.

#### 4. ¿EL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* Y LA *CORTE COSTITUZIONALE* FRUSTRAN EL CUMPLIMIENTO DE ESTE MANDATO?

Pero ¿qué decisiones del TEDH tienen efectos autoritarios frente a los tribunales nacionales?<sup>137</sup> Hay muchas gradaciones posibles.<sup>138</sup> Un controvertido debate dentro de la red de tribunales constitucionales europeos ha evolucionado sobre este tema clave.

El TEDH siempre ha afirmado que sus decisiones tienen autoridad más allá del caso concreto.<sup>139</sup> Los Estados parte de la Convención reconocen expresamente tal relevancia en la Declaración de Copenhague;<sup>140</sup> sin embargo, el Tribunal ha adoptado recientemente una posición particularmente categórica: “El Tribunal enfatizaría que todas sus sentencias tienen el mismo valor legal. Su naturaleza vinculante y su autoridad interpretativa no pueden, por lo tanto, depender de la formación por la cual fueron dictados”.<sup>141</sup> No distingue entre una decisión de un juez único, un comité de tres jueces, una sala de siete jueces o la Gran Sala de diecisiete jueces, ni entre un nuevo desarrollo y una doctrina que se ha consolidado por varias decisiones en diferentes formaciones. Cabe mencionar, además, que la legislación de la Unión Europea respalda esta postura del TEDH;<sup>142</sup> sin embargo, el *Bun-*

---

<sup>137</sup> Sobre el fenómeno general ver la contribución en A. von Bogdandy e I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking*, Berlín, Springer, 2012.

<sup>138</sup> M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en pp. 218 y 219. Para una visión general sobre el funcionamiento de los precedentes, véase M. Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2017, en p. 11 y ss.

<sup>139</sup> *Irlanda vs. Reino Unido*, *op. cit.*, nota 7, párr. 154.

<sup>140</sup> Véase Declaración de Copenhague, *op. cit.*, nota 4, párr. 26.

<sup>141</sup> *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, *op. cit.*, nota 7, párr. 252 (traducción propia).

<sup>142</sup> Véase el considerando 32 del Reglamento Dublín III (Reglamento No. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por nacional de un tercer país o apátrida, DO L 180/31 de 29 de junio de 2013).

*desverfassungsgericht* alemán y la *Corte Costituzionale* italiana tienen una visión mucho más diferenciada.

#### 4.1. La modulación interna de la autoridad del TEDH

Según ambos tribunales, la autoridad legislativa de Estrasburgo está sujeta a una serie de requisitos previos y límites. La decisión del *Bundesverfassungsgericht* sobre la prohibición de huelga de los funcionarios públicos es histórica en este asunto.<sup>143</sup> Según la decisión, la ley alemana solo puede interpretarse de conformidad con la Convención “si los tribunales alemanes tienen libertad para interpretar y equilibrar dentro del alcance de los métodos reconocidos de interpretación de leyes”.<sup>144</sup> Los tribunales alemanes no pueden “alineal esquemáticamente”<sup>145</sup> conceptos constitucionales individuales, sino que deben integrar la CEDH “con el mayor cuidado posible en el sistema jurídico nacional existente y doctrinalmente diferenciado”<sup>146</sup> por medio de un “proceso activo (de reconocimiento)”.<sup>147</sup> Los casos en los que la República Federal de Alemania no era parte, deben considerarse de manera sensible al contexto.<sup>148</sup> Además, no todas las decisiones de Es-

---

<sup>143</sup> Sobre este juicio, véase p. ej. J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht, “Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (April 2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2018, pp. 383-390, en p. 385 y ss.; M. Jacobs y M. Payandeh, “Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunsierung durch verfassungsgerichtliche Petrifizierung”, *Juristenzeitung*, 2019, núm. 74, pp. 19-26.

<sup>144</sup> Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.*, nota 3, párr. 133 (traducción propia).

<sup>145</sup> *Ibidem*, párr. 131 (traducción propia).

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 135 con referencia a las decisiones BVerfGE 111, 307, 327 y BVerfGE 128, 326, 371 (traducción propia).

<sup>147</sup> *Ibidem*, párr. 131 (traducción propia).

<sup>148</sup> *Ibidem*, párr. 132; A.-B. Kaiser, “Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2017, núm. 142(3), pp. 417-441, en p. 432 y ss.



## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

trasburgo tienen autoridad para los tribunales alemanes. Por el contrario, tienen que “identificar declaraciones sobre los *valores principales* consagrados en la Convención y abordarlas”, pero no más.<sup>149</sup> Esto está muy alejado de la autoridad precedente que el *Bundesverfassungsgericht* asigna a sus propias decisiones.<sup>150</sup>

Se pueden encontrar límites similares en la jurisprudencia más reciente de la *Corte Costituzionale*. En 2015, decidió que los tribunales ordinarios solo tendrían que observar la jurisprudencia de Estrasburgo si Italia hubiera sido parte en la demanda o si la jurisprudencia estaba “consolidada” o consistía en sentencias piloto, ya que, generalmente, solo estas son vinculantes.<sup>151</sup> La interpretación conforme a la Constitución debe tener prioridad sobre las interpretaciones conforme a la Convención, y no hay obligación de iniciar un procedimiento de revisión judicial ante el Tribunal Constitucional.

Por esta jurisprudencia, la *Corte Costituzionale* ha sido objeto de muchas críticas por parte de los académicos<sup>152</sup> y del propio TEDH.<sup>153</sup> Si los tribunales italianos ahora deciden qué es la “ley consolidada”, esto podría tener efectos negativos en el cumplimiento italiano de la CEDH e incluso sobre la seguridad jurídica internacional.<sup>154</sup> Si todos los tribunales, y no solo la *Corte Costituzionale*, pueden pronunciarse sobre la autoridad de

---

<sup>149</sup> Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.*, nota 3, párr. 132 (traducción propia; énfasis añadido por los autores).

<sup>150</sup> Extensivamente Payandeh, *op. cit.*, nota 138, p. 373 y ss.

<sup>151</sup> Decision No. 49 de 26 marzo 2015, párr. 7. Sobre esta decisión véase D. Paris y K. Oellers-Frahm, “Zwei weitere völkerrechts„unfreundliche“ Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50). Zur Frage der Maßgeblichkeit der Rechtsprechung des EGMR”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2016, pp. 245-252, en p. 247 y ss.; F. Viganò, “La Consulta e la tela di Penelope”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, núm. 49, pp. 333-343.

<sup>152</sup> M. Bignami, “Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, núm. 49, pp. 288-302.

<sup>153</sup> *G.I.E.M. S.R.L. y otros vs. Italia*, *op. cit.*, nota 7, párr. 252; véase también la opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 57 y ss.

<sup>154</sup> Paris y Oellers-Frahm, *op. cit.*, nota 151, p. 249.

la jurisprudencia de Estrasburgo, los tribunales ordinarios podrían estar sobrecargados,<sup>155</sup> ya que los jueces de los tribunales inferiores apenas poseen el conocimiento suficiente sobre la jurisprudencia del TEDH. Finalmente, el Tribunal Constitucional amenaza con retirarse del diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales.

El *Bundesverfassungsgericht* no hace tal distinción. Hasta ahora, se ha ocupado de las decisiones relevantes de Estrasburgo, independientemente de si fueron emitidas por la Gran Sala o solo por una Sala;<sup>156</sup> sin embargo, su jurisprudencia, que solo obliga a los tribunales alemanes a pronunciarse sobre los *valores principales* de la Convención, lleva a una modulación similar de la autoridad de la jurisprudencia de Estrasburgo.

## 4.2. Legitimidad a través de control

A primera vista, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* y del *Bundesverfassungsgericht* no parece ser muy favorable a la Convención. No se puede negar que representa un riesgo considerable para el cumplimiento de la CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>157</sup> Después de todo, las críticas y el rechazo de sus sentencias pueden dañar la autoridad del TEDH; sin embargo, al mismo tiempo, también brinda la oportunidad de compartir la carga de la legitimidad.

El TEDH tiene el mandato democrático de no solo resolver una disputa para las partes, sino también de promover la democracia liberal “En nombre del club europeo de las democracias

---

<sup>155</sup> D. Tega, “La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: ‘il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU’”, *Quaderni Costituzionali*, 2015, pp. 400-405, en p. 404.

<sup>156</sup> P. ej. Corte Constitucional Federal Alemana, *op. cit.*, nota 3, párr. 163 y ss.

<sup>157</sup> Véase, por ejemplo, el reciclaje problemático de decisiones críticas del TEDH de Alemania e Italia por parte del Tribunal Constitucional ruso (Decisión de 14 de julio de 2015, N ° 21-P), con respecto a esta decisión: M. Hartwig, „Vom Dialog zum Disput? Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention - Der Fall der Russländischen Föderation“, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2017, pp. 1-23, p. 8 y ss.

## En el nombre del club europeo de democracias liberales...

---

liberales”; sin embargo, la legitimidad democrática de sus decisiones es a menudo débil, especialmente cuando el Tribunal utiliza normas abiertas de derechos humanos para juzgar cuestiones domésticas controvertidas o complejas en términos generales. La apertura de los sistemas legales nacionales, impone una enorme carga en términos de legitimidad democrática no solo a las disposiciones abstractas del CEDH sino también a los juicios del TEDH.

En este contexto, el debilitamiento de la autoridad del TEDH a través del *backlash* de la jurisprudencia nacional resulta ser un posible activo legítimo que respalda el cumplimiento de su mandato. Si los tribunales nacionales no están estrictamente vinculados a los precedentes de Estrasburgo, contribuyen con su propia legitimidad democrática cuando se refieren a las decisiones del TEDH.<sup>158</sup> Además, un diálogo genuino con el TEDH, que todas las partes consideran indispensable, solo puede desarrollarse si los tribunales nacionales pueden ejercer control sobre la jurisprudencia que eligen respetar. Al recibir y discutir las decisiones de Estrasburgo, los tribunales nacionales ayudan a la legitimidad del TEDH.

Por supuesto, este mecanismo solo funciona si todas las instituciones involucradas son conscientes de su responsabilidad compartida por el sistema europeo de derechos humanos y se entienden a sí mismos como buenos miembros del club. En su diálogo con el TEDH, todos los tribunales de los Estados parte de la Convención deben continuar manifestando su apoyo, basado en sus principios, al sistema de la Convención. Esto no significa que siempre deben dar su consentimiento incondicional a la legislación de Estrasburgo, pero sí deben actuar como miembros leales del club de las democracias europeas, en cuyo nombre el TEDH está cumpliendo un mandato muy difícil.

---

<sup>158</sup> Sobre la función legitimadora de los más altos tribunales nacionales, véase A. von Bogdandy/ C. Grabenwarter/ P. Huber, „Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum“, en von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, op. cit., nota 136, § 95, párrs. 15 y 17.