

**LA MAYOR PROTECCIÓN INTERNA
DE LOS DERECHOS
DE LA CONVENCION EUROPEA
DE DERECHOS HUMANOS
Y EL IMPACTO DEL MARGEN
DE APRECIACION NACIONAL**

ÁNGEL RODRÍGUEZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL «IMPACTO INTERNO» DE LA CEDH Y EL ESTÁNDAR NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS. 3. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. 4. LA APLICACIÓN INTERNA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL PROBLEMA DEL JUEGO DE ESPEJOS. 5. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 3.09.2014
Fecha aceptación: 5.06.2015

LA MAYOR PROTECCIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y EL IMPACTO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

ÁNGEL RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es describir, desde un punto de vista crítico, las circunstancias en las que la aplicación por los tribunales nacionales españoles de la doctrina del margen de apreciación nacional elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) puede implicar una quiebra de unos de los principios básicos de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, «la Convención»¹ o CEDH), el principio de que en ella se establecen sólo estándares mínimos de protección de los derechos que contempla y que los Estados parte de la CEDH pueden, en todo caso, dispensarles una protección mayor.

Es pacífico que cuando el art. 10.2 de la Constitución Española (CE), la principal vía de aplicación interna de la CEDH en nuestro país, se refiere a «las

¹ La palabra «Convention», empleada en las dos versiones auténticas de la CEDH (en inglés y en francés) se ha traducido en la versión oficial española por «Convenio». No obstante, empleamos en el texto el término «Convención», de uso menos frecuente en la doctrina y la jurisprudencia en lengua castellana.

normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce»² incluye las propias normas constitucionales, por lo que, en la práctica, la Convención actúa en nuestro país como canon obligado de interpretación de la propia Constitución en esta materia³. También lo es que la interpretación «de conformidad» a la que obliga el art. 10.2 CE no implica una absoluta correspondencia entre lo establecido por la CE y la CEDH, ya que, como se ha dicho, esta última sólo establece un estándar mínimo común, permitiendo a sus Estados signatarios dispensar, si así lo desean, una mayor protección a los derechos protegidos por la Convención⁴.

La Convención contiene una disposición específica, el art. 53 CEDH, reconociendo la posibilidad de esa mayor protección⁵. La jurisprudencia del TEDH, por su parte, ha afirmado en numerosas ocasiones el carácter de estándar mínimo de la protección dispensada por la CEDH⁶. También la doctrina ha sido unánime en afirmar, desde los primeros años de su vigencia, que el sistema de la Convención no debe impedir que se apliquen en su lugar las normas internas de los Estados miembros que otorguen a un determinado derecho un estándar de protección más intenso que el que se deduce de la propia CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo⁷. La misión de ésta sería, pues, contribuir a una armoni-

² El tenor literal del art. 10.2 CE es el siguiente: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

³ Ver Ángel RODRÍGUEZ (2001) y la bibliografía allí citada.

⁴ Es por esta razón, entre otras, por la que se ha llegado a sugerir que lo correcto es entender la interpretación «de conformidad» con la CEDH a la que se refiere el art. 10.2 CE como interpretación «compatible» con la misma, ya que cada Estado es libre de decidir cómo iguala (o supera) el estándar mínimo que establece la Convención; en este sentido, Argelia QUERALT (2009), pág. 246. En palabras de Luis LÓPEZ GUERRA (2013), el efecto de cosa interpretada que se atribuye a la jurisprudencia de Estrasburgo «no implica siempre una aplicación mecánica» de su doctrina (pág. 140).

⁵ Según el art. 53 CEDH, «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos Derechos Humanos y Libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

⁶ Así, por ejemplo, en lo que hace a su relación con las garantías internas españolas, en la STEDH *Vera Fernández-Huidobro contra España* (74181/01), de 6 de enero de 2010, §112.

⁷ Todos los análisis de la Convención, desde sus primeros comentarios, han mantenido invariablemente la tesis de la CEDH como norma establecedora sólo de mínimos. Así, por ejemplo, podía leerse en Ralph BEDDARD (1967): «It should not be forgotten that even if the provisions [de la CEDH] are couched in “precise statutory language”, they contain no more than absolute minimal rights» (págs. 206-7).

zación europea en materia de Derechos Humanos estableciendo los mínimos indisponibles para los Estados⁸.

La propia doctrina española, en fin, lo ha venido reconociendo del mismo modo desde la ratificación por España de la CEDH⁹, si bien fue también desde el primer momento consciente de que estándar mínimo no quería decir, necesariamente, estándar reducido o bajo: que la Convención establezca sólo un estándar mínimo no impide que ese mínimo no haya sido frecuentemente —de ahí su potencial integrador— suficiente para condenar un Estado miembro, produciendo en consecuencia una elevación, en la práctica, del estándar interno de protección¹⁰.

Destacar el carácter de mínimo indisponible del estándar establecido por la CEDH no resulta contradictorio con enfatizar al mismo tiempo su carácter de instrumento fundamental para una efectiva protección de los derechos que consagra entre sus Estados miembros. Como es sabido, la consideración de la Convención por el TEDH como un «instrumento vivo»¹¹ y su empeño en una «interpretación dinámica» de sus preceptos, ha tenido como consecuencia la permanente actualización de los derechos establecidos en su texto, persiguiendo con ello que éstos no se limiten a ser «teóricos o ilusorios»¹². Hace tiempo, por lo tanto, que el nivel de protección dispensado por la jurisprudencia del TEDH

⁸ La Convención propiciaría, así, una peculiar modalidad de integración jurídica, denominada a veces «armonización a efectos mínimos», para diferenciarla de otras técnicas que buscan como resultado una completa uniformidad reguladora: «On pourrait, dans ces conditions, qualifier la Convention d'instrument d'harmonisation a effect minimum. Son objectif en tant que facteur d'unification juridique est atteint dans le mesure où les Etats contractants se conforment à ses exigences tout en ayant la faculté de rehausser, dans leur ordre juridique, le niveau de protection fixé par cell-ci» [Demitrios J. EVRIGENIS (1978), pág. 351].

⁹ Ver Alejandro SAIZ ARNÁIZ (1999), pág. 223 y ss y la doctrina allí citada. La referencia más reciente, en Luis LÓPEZ GUERRA (2013): «el Convenio representa un standard común, pero un standard común de mínimos» (pág. 140).

¹⁰ Así, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1988) ya destacaba que «En pratique, tous les Etats européens que on signé tranquillement la Convention parce qu'ils étaient convaincus que les droits garantis par leur législation surpassaient largement les normes minimales de protection imposes par la Convention ont constaté parfois avec étonnement qu'ils pouvaient faire l'objet de condamnations (...) En d'autre termes, la jurisprudence de la Cour a notoirement élevé le niveau de protection des droits de l'homme effectivement reconnus en Europe» (pág. 224). En un sentido similar, analizando las primeras sentencias del TEDH condenatorias para España, Diego LIÑÁN NOGUERAS (1985). Véase también Ángel RODRÍGUEZ (2000).

¹¹ La primera formulación de la idea de la CEDH como «a living instrument» se remonta a la STEDH *Tyrer contra el Reino Unido* (5856/72), de 25 de abril de 1978, §31 y se ha reiterado después en numerosas ocasiones.

¹² Este principio fue tempranamente establecido en la STEDH *Artico contra Italia* (6694/74), de 13 de mayo de 1980, §33, y reiterado desde entonces en muchas ocasiones.

se ha alejado de la primigenia intención de la CEDH, centrada en garantizar que no volverían a producirse en Europa las grandes violaciones de derechos que asolaron el continente con la crisis de las democracias y el estallido de la II Guerra Mundial. Pero que el estándar de protección dispensado por el TEDH haya llegado a ser considerablemente elevado no cambia que, desde un punto de vista estructural, deba seguir siendo considerado por parte de sus Estados miembros sólo como un mínimo indisponible.

Esta situación no es sino consecuencia de lo que podríamos llamar principio del mínimo estándar convencional, que está presente también en otros escenarios típicos —como el de los Estados federales¹³— de la llamada «protección multinivel» de los derechos fundamentales¹⁴.

El carácter pacífico de todo lo que se acaba de decir, como se ha visto doctrinal y jurisprudencialmente reconocido de forma unánime ya en los primeros trabajos sistemáticos sobre la CEDH publicados desde sus iniciales décadas de funcionamiento, no justificaría, en principio, una aportación doctrinal más sobre el mismo particular. El presente trabajo se centra, sin embargo, en un aspecto de esa realidad al que la doctrina no le ha dedicado la misma atención y que ha sido objeto de una preocupación mucho menor en la jurisprudencia del TEDH y en la de nuestros tribunales nacionales: se trata de poner de relieve algunos aspectos problemáticos que el principio de mínimo estándar convencional puede presentar en relación con la recepción interna de la doctrina del margen de apreciación nacional del TEDH.

Así, en el epígrafe siguiente volveremos sobre los postulados teóricos que fundamentan la posibilidad de una mayor protección nacional de los derechos de la CEDH y los problemas que puede presentar su aplicación; a continuación, describiremos los principales rasgos de la doctrina del margen de apreciación nacional desarrollada por el TEDH; en tercer lugar, estudiaremos cómo puede incidir en la mayor protección nacional la recepción interna de esa doctrina, y, finalmente, extraeremos de todo ello algunas conclusiones sobre cómo debería llevarse a cabo su aplicación futura.

¹³ Para el caso de los Estados Unidos, ver Ángel RODRÍGUEZ (1997).

¹⁴ La idea de constitucionalismo multinivel, aplicada al proceso de integración europeo, procede de Ingolf PERNICE (1999), posteriormente desarrollada en Ingolf PERNICE (2002). Sólo en sus teorizaciones más recientes ha concedido un papel relevante a la protección multinivel de derechos fundamentales, ver al respecto Ingolf PERNICE (2009). Sobre la cuestión de los diferentes estándares de protección de derechos en el constitucionalismo multinivel en nuestro país, ver también Ángel RODRÍGUEZ (2005).

2. EL «IMPACTO INTERNO» DE LA CEDH Y EL ESTÁNDAR NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Como es sabido, y frente a lo que sucedía en sus primeros tiempos de funcionamiento, hoy en día las sentencias del TEDH no tienen sólo el efecto directo que se deriva de la resolución de un caso concreto, con incidencia sólo sobre el Estado demandado, sino una influencia mucho mayor, que se proyecta sobre la totalidad de los Estados miembros. Esta influencia origina un efecto indirecto de la CEDH que ha venido a estudiarse desde diversos puntos de vista y al que se le han dado diversas denominaciones. En lo sucesivo, lo analizaremos como el «impacto» interno de la Convención¹⁵.

En virtud de este impacto, los tribunales de los Estados miembros tienden a aplicar, de uno u otro modo, la jurisprudencia que se desprende de todas las sentencias del TEDH (no sólo de las que le afectan directamente) en los litigios internos sobre derechos fundamentales. Se trata de un fenómeno no previsto ciertamente por los redactores de la CEDH y en su día calificado de «revolucionario»¹⁶, que en el caso español es consecuencia obligada de lo ordenado por la propia Constitución Española.

En España, en efecto (aunque algo semejante ocurre en la práctica totalidad de los Estados miembros de la Convención¹⁷), todas las sentencias del TEDH tienen, además del efecto directo que producen cuando se pronuncian sobre una demanda contra el Estado español (no exento tampoco de problemas, pero cuyo análisis se aleja de la temática del presente trabajo), un impacto como «cosa interpretada» que, como sabemos, obliga a los tribunales españoles a aplicar la doctrina de Estrasburgo para desentrañar el sentido de las normas internas —incluso las propias normas constitucionales— sobre derechos fundamentales. El problema puede surgir cuando un tribunal nacional entienda que también

¹⁵ Sobre el impacto interno de la CEDH, y sus diferentes modalidades, ver Ángel RODRÍGUEZ (2001) págs. 113 y ss. y la bibliografía allí citada.

¹⁶ Como «a quiet revolution» fue calificado el impacto de la CEDH en los ordenamientos internos a mediados de los sesenta, ver Clovis C. MORISSON (1967), pág. 199. Sin embargo, veinte años más tarde, era aún posible leer comentarios pesimistas sobre su generalización: «The possibility that the jurisprudence of the ECHR will have a harmonizing effect presupposes that all states will follow its jurisprudence and respect the results. It seems doubtful whether this is the case at present. So far, it would seem that only the state primarily concerned in the case will draw conclusions from the judgment» [Joachim Abraham FROWEIN y otros (1986), pág. 246].

¹⁷ La particularidad española consiste en que la propia Constitución ordena la aplicación de la CEDH como canon interpretativo interno, pero en otros Estados miembros pueden alcanzarse resultados similares por otras vías. Ver, al respecto, por ejemplo, el caso de Dinamarca en Ángel RODRÍGUEZ y Søren JENSEN (1994) y el de Italia en Ángel RODRÍGUEZ (2001b).

debe aplicar como fuente de interpretación del derecho interno la doctrina que se desprende de las sentencias del TEDH que aplican un estándar de protección de un derecho de la Convención *menor* que el que sería alcanzable mediante una interpretación independiente, no ligada a la jurisprudencia de Estrasburgo, de las propias normas internas.

Ese tipo de impacto nacional de la CEDH puede caracterizarse como una modalidad específica de un fenómeno más genérico, el de la minoración de la protección interna que en ocasiones puede aparecer como un efecto colateral de los convenios internacionales sobre Derechos Humanos, recientemente bautizado con el nombre de «regresión» (*backsliding*) de derechos¹⁸.

Aunque el análisis pormenorizado de la «regresión» o *backsliding* está aún por hacer, puede ser descrito como el fenómeno que se produce cuando, a partir de la ratificación de un tratado internacional de protección de Derechos Humanos, un determinado país experimenta una peculiar reacción ante la norma internacional, consistente bien en un retroceso en cuanto a la protección de esos derechos, en relación con la situación que se daba anteriormente, bien en un estancamiento en campos en los que en principio cabría haber esperado una protección más intensa¹⁹. Se trataría de una reacción que puede ser observada en países que, con carácter previo a la ratificación del tratado, ya disfrutaban de un estándar de protección elevado de esos derechos, en todo caso más elevado que el establecido por la norma internacional, que puede por lo tanto aparecer como un factor coadyuvante para la minoración de la protección. Podrían citarse como ejemplos el abandono por parte del Reino Unido de la regla procesal del *common law* que impedía admitir los testimonios indirectos de terceros que no comparecían en el juicio (*hearsay*), para adoptar la doctrina más flexible al respecto del TEDH²⁰; el fortalecimiento de los argumentos en contra de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados miembros de la CEDH una vez establecido que la Convención no obliga a ello²¹; o el abandono por

¹⁸ Ver Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014).

¹⁹ «We define human rights backsliding as a process in which governments react to international standards by providing fewer or weaker human rights protections. Our definition includes the withdrawal of previously available rights as well as stasis or stagnation where we would otherwise expect to observe an expansion», Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014), págs. 605-06.

²⁰ La flexibilización de esa regla por parte de los tribunales británicos fue inicialmente declarada contraria a la CEDH por una Sala del TEDH, pero su sentencia fue anulada por la Gran Sala del Tribunal en la STEDH *Al Khawaja y Taberi contra Reino Unido* (26766/05 y 22228/06), de 15 de diciembre de 2011. Sobre el diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales británicos en este caso, ver Luis LÓPEZ GUERRA (2013) págs. 141 y ss.

²¹ En la STEDH *Schalk y Kopf contra Austria* (30141/04), de 24 de junio de 2010.

parte de Suecia de prestaciones por maternidad considerablemente más elevadas que las obligadas por la normativa de la Unión Europea tras la entrada de ese país en la UE²².

Como puede deducirse de los ejemplos citados, es más probable que el *backsliding* se produzca en democracias consolidadas. Aunque su menor magnitud impida parangonarlo con el efecto contrario (la elevación del estándar interno de protección de derechos que suele producir el derecho internacional), sí implica admitir que la misma norma internacional puede tener efectos simétricos (hacia arriba o hacia abajo) en función de la situación previa del país receptor²³. Otro factor importante puede ser la apertura del país al derecho internacional: mientras mayor sea ésta, mayor puede ser la posibilidad de que la norma internacional eleve el estándar interno de protección, pero al mismo tiempo crece el riesgo de *backsliding* en países que ya podían considerarse *high performers* en este campo, es decir, aquellos que gozaban previamente de un elevado estándar interno de protección de los derechos protegidos también por la norma internacional²⁴.

El *backsliding* es, por regla general, un fenómeno más político que jurídico, al menos en la medida en que suele estar detrás de determinadas decisiones de política legislativa en mucha mayor medida que de resoluciones judiciales. Es por esa razón por lo que no suele quedar impedido por el hecho de que la propia norma internacional se encuentre concebida — y así se haya hecho constar en su propio tenor literal — como una norma de mínimos, un argumento al que suelen ser más receptivos los jueces que los legisladores²⁵.

Existe, sin embargo, un escenario en el que podrían incrementarse las posibilidades de *backsliding* judicial: en países con un alto grado de integración en

²² Sobre estos tres ejemplos y el contexto en el que se producen, Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014) págs. 614 y ss.

²³ «once an international standard comes into place, state behavior should tend toward this standard as poor performers are pulled upward and top performers are pulled down», Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014), pág. 636.

²⁴ «factors that make some countries especially receptive to international norms, and thus especially likely to improve their behavior when an international norm is set at a high level, also contribute to a high risk of backsliding (...) It follows that democracies that are highly integrated in international and regional systems face the greatest risks», Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014), pág. 637.

²⁵ «We acknowledge that when international norms require (even in a non-binding fashion) a floor, the upward pull of those norms may be stronger than the downward pull we label backsliding (...) To the extent one believes that the formal legal commitment to meet specified floor is what causes a change in behavior, backsliding is a relatively small problem. But if one believes (as we do) that the signal provided by the international norm can also provide a political cover for those opposed to a particular expansion of rights, backsliding should be taken seriously», Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014), pág. 638.

sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos y cuyos tribunales acudan con frecuencia al estándar internacional para definir el interno. Ese sería el caso de los Estados miembros de la CEDH, al menos de la mayoría de ellos y sin duda de Estados como España en donde el mandato de integración tiene, como se ha visto, un expreso reflejo en la propia Constitución²⁶.

Cuando algunas de las modalidades de *backsliding* que se acaban de describir aparecen en el contexto de la CEDH se generarían consecuencias incompatibles con el carácter de la Convención como instrumento que pretende establecer sólo un estándar mínimo de protección de los derechos que contempla. Cuando ese fenómeno se produce a causa de resoluciones judiciales, podría implicar, en la práctica, que los tribunales nacionales dejaran de ensayar una interpretación más protectora del derecho en cuestión, a la que se podría llegar basándose sólo en el derecho interno.

Nuestra propia jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a este tipo de impacto de la CEDH. Es posible que las sentencias del TC que durante su época fundacional (las dos décadas finales del pasado siglo) adoptaron un enfoque completamente deferente hacia la CEDH lo hicieran a causa del deslumbramiento producido en la entonces joven democracia española por todo lo que proviniera de Europa y sus instituciones, una práctica que sin duda favoreció la búsqueda de estándares de protección de los derechos fundamentales más acordes con el espíritu de la nueva Constitución: siguiendo las tesis sobre el *backsliding* que se acaban de exponer, estaríamos en un momento en el que difícilmente podría darse en nuestro país el efecto *pull down* por la aplicación de normas internacionales. Sin embargo, con el tiempo, esa práctica pudo oscurecer las posibilidades de aplicar en solitario nuestra propia norma constitucional para alcanzar cotas aún más altas de protección de esos mismos derechos²⁷. Sea como fuera, lo cierto es que, aún hoy, no es infrecuente encontrarse con sentencias del TC que empen-

²⁶ Este parece ser también el criterio de los que han introducido el término «backsliding» en el debate académico, ver Andrew T. GUZMAN y Katerina LINOS (2014) pág. 637.

²⁷ La advertencia ya la había hecho con carácter genérico Santiago MUÑOZ MACHADO a finales de los ochenta. Afirmaba que «Si se pudieran contrastar, libertad por libertad, las resoluciones (...) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las jurisprudencias de los Estados miembros, y especialmente con las jurisprudencias constitucionales, se vería cuantas veces, en los Estados exigentes con las garantías de la libertad, la protección dispensada por el ordenamiento interno aventaja al estándar europeo», para destacar, a renglón seguido, que «No se encontrará en parte alguna de la jurisprudencia constitucional una revisión crítica de la aludida doctrina del Tribunal Europeo para determinar si nuestra Constitución permite aún interpretaciones más favorables. Siendo ello así, el estándar de protección europeo y el nacional tienden a confundirse aun en los casos en los que el derecho interno ofrece mayores garantías», Santiago MUÑOZ MACHADO (1988). págs. 17-18.

den el análisis conjunto de las disposiciones correspondientes de la CE y la CEDH partiendo de la idea —equivocada— de que ambos textos «coinciden sustancialmente, sin que pueda apreciarse la menor contradicción entre ellos»²⁸.

No obstante, lo cierto es que la CEDH puede ser, en principio, menos garantista que la CE en algunos puntos. La mayor protección puede venir, en algunos casos, establecida en la propia Constitución. Por ejemplo, la CE prohíbe taxativamente la censura previa²⁹ y exige la intervención judicial para ordenar el secuestro de una publicación³⁰, dos garantías de la libertad de expresión que no están expresamente contempladas en la CEDH; en la CE el plazo máximo de detención preventiva nunca puede exceder las 72 horas³¹, mientras que la CEDH exige solo que los detenidos sean llevados ante el juez o puestos en libertad «sin dilación»³², etc. En todos esos casos, es claro que la Constitución Española establece un estándar de protección mayor (o al menos, menos ambiguo) que el de la CEDH. En otras ocasiones, ha sido la propia jurisprudencia española la que ha desarrollado estándares más protectores, por ejemplo en relación con las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, que según nuestros tribunales son siempre inadmisibles en un juicio, un criterio que el TEDH aplica, al menos por ahora, de manera mucho más flexible³³.

Cierto que, como ya se ha dicho, la consideración por el TEDH de la propia Convención como un «instrumento vivo» ha propiciado una continua actualización de los estándares de protección de los derechos que establece. Pero ello no ha impedido al TEDH reconocer que la CEDH permite bajo determinadas circunstancias el establecimiento de secuestros no judiciales de

²⁸ La afirmación procede de la STC 232/1992, de 14 de diciembre, F. J. 1º, y se dice del régimen de la libertad de expresión en el art. 20 CE y el art. 10 CEDH.

²⁹ Según el art. 20.2 CE, «El ejercicio de estos derechos [los reconocidos en el art. 20.1] no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa».

³⁰ Según el art. 20.5 CE, «Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

³¹ Salvo, según establece el art. 55.2 CE, los supuestos de suspensión de este derecho a los acusados de pertenecer a bandas armadas o grupos terroristas.

³² Según el art. 5.3 CEDH, «Toda persona detenida o privada de libertad (...) deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales». Por su parte, el art. 17.2 CE también establece que «La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos», pero añade que «en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

³³ Ver una discusión sobre los estándares de protección europeo y español en relación con este asunto en Luis LÓPEZ GUERRA (2013) págs. 147 y ss.

publicaciones o mecanismos de censura previa³⁴, o regímenes ordinarios de detención preventiva que podrían exceder, en el caso de que se encontrara una explicación suficientemente razonable, el canon de las 72 horas que la CE establece como límite máximo³⁵. Ello no es sino consecuencia de la diversidad de estándares de protección de derechos imperante entre los Estados miembros y la necesidad de la propia Convención de buscar un punto de equilibrio entre todos ellos.

Es preciso resaltar que en la «compleja interrelación» que existe entre el TEDH y los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, los tribunales españoles han sabido formular consideraciones críticas cuando la doctrina de Estrasburgo le ha parecido deficiente (por ejemplo, en relación con la exigencia, en determinadas circunstancias, de celebración de vista pública en la segunda instancia penal³⁶) o, directamente, menos protectora (como en el caso de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales que se acaba de citar). A pesar de ello, también pueden encontrarse casos en nuestra jurisprudencia constitucional, en los que el TC no ha dudado en acudir a la doctrina del TEDH para declarar que no es inconstitucional la restricción aplicada por el legislador español a un derecho fundamental establecido por la Constitución que puede encontrarse menos protegido, o incluso no expresamente contemplado, por la CEDH.

Esto último es lo que pasó, por ejemplo, con las exigencias del derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales, un derecho fundamental establecido en la CE³⁷ que sin embargo está ausente de la CEDH, que sólo contempla

³⁴ Aunque son analizados de manera muy estricta por el TEDH, lo cierto es que la CEDH no contiene, a diferencia de la Carta Interamericana de Derechos Humanos, una prohibición expresa de este tipo de medidas. Ver un análisis comparado de ambas jurisdicciones sobre el particular en Eduardo Andrés BERTONI (2009).

³⁵ También la CE contempla, como la CEDH, un canon de razonabilidad sobre el tiempo máximo en el que las personas detenidas deben ser puestas en libertad o a disposición de la autoridad judicial, el que en el art. 5.3 CEDH se establece como «sin dilación» y en el art. 17.2 CE como «el estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos». No se discute que el TEDH pueda haber establecido unos estándares con respecto a esa razonabilidad concordantes o incluso más protectores que el establecido por nuestra jurisprudencia constitucional. Sin embargo, sólo en la CE el plazo de 72 horas opera, adicionado al que razonablemente se pueda justificar en cada caso, como un límite absoluto que se añade, según establece el propio art. 17.2 CE, «en todo caso» y como «plazo máximo» al primero.

³⁶ Al respecto, Luis LÓPEZ GUERRA (2013) págs.144 y ss.

³⁷ El art. 17.3 CE establece que « (...) Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca».

el derecho a la defensa letrada ante los tribunales³⁸. Sin embargo, ello no fue óbice para que el TC acudiera a la jurisprudencia de Estrasburgo para fijar los límites constitucionales a la suspensión individual del derecho fundamental a la asistencia letrada en las diligencias policiales en los casos de personas acusadas de pertenecer a grupos terroristas³⁹. Con posterioridad, el TEDH estableció, en un claro ejemplo de la interpretación dinámica de la CEDH a la que nos hemos venido refiriendo, que, aunque no se mencionara expresamente en su texto, el derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales debía considerarse «inherente» al derecho de asistencia letrada ante los tribunales⁴⁰.

Este tipo de impacto interno de la CEDH puede encontrarse en nuestra jurisprudencia constitucional también en épocas más recientes, en las que el TC tampoco ha dudado en acudir a Estrasburgo para definir el estándar de protección de otros derechos constitucionales, como la libertad de partidos políticos, en casos en los que, de haber sido interpretadas de manera independiente las normas que lo regulan, podrían haberle conducido a un nivel de protección más intenso. Debe tenerse en cuenta que el estándar de la libertad de partidos políticos en el sistema de la CEDH y el de la CE difieren en un punto fundamental, la admisibilidad en el primero de los postulados de la democracia militante, que en el segundo se encuentran constitucionalmente prohibidos. Esa diferencia colorea de manera tan intensa uno y otro sistema que difícilmente puede tomarse el primero como criterio de interpretación del segundo⁴¹.

Otro ejemplo significativo puede venir dado por el derecho fundamental al honor, que se encuentra consagrado como tal por la Constitución española⁴², pero no está incluido en el catálogo de derechos establecido por la CEDH. En principio, por lo tanto, nuestros tribunales, y particularmente nuestro Tribunal Constitucional, deberían ser especialmente cuidadosos cuando usaran la Convención para interpretar la CE en relación con este derecho fundamental⁴³. Es cierto que el TEDH se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la reputación ajena como límite a la libertad de expresión. Y que, en determinadas circunstancias (sólo cuando afectan de modo directo e intenso a la propia vida privada), ha

³⁸ En el art. 6.2 CEDH, según el cual «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección (...)».

³⁹ STC 196/1987, de 11 de diciembre, F. J. 5º.

⁴⁰ STEDH *Salduz contra Turquía* (36391/02), de 27 de noviembre de 2008, §55.

⁴¹ Ver Ángel RODRÍGUEZ (2010).

⁴² Según el art. 18.1 CE, «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

⁴³ Al respecto, en relación con el derecho al honor de las personas investigadas o procesadas por haber cometido un delito, ver Ángel RODRÍGUEZ (2015).

entendido que el honor personal puede formar parte del derecho a la intimidad tal como se encuentra (éste sí) recogido por la CEDH⁴⁴. Ahora bien, el impacto interno de la doctrina del TEDH al respecto debería limitarse a fijar para nuestro ordenamiento los estándares mínimos de protección de estos dos derechos fundamentales, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, pero, siempre que esos estándares se respetaran, nada debería establecer sobre el estándar constitucional de protección del derecho fundamental al honor. Por ejemplo, es evidente que la lesión de la propia reputación personal puede implicar, en nuestro ordenamiento, una vulneración del derecho al honor, sin que sea para ello necesario que, como establece la jurisprudencia del TEDH, la lesión revista una gravedad tal como para afectar seriamente al derecho a la vida privada⁴⁵.

Este problema — que el uso interno de la CEDH pueda deparar a un determinado derecho constitucional una protección menor que la que sería alcanzable mediante el recurso en solitario al derecho interno — tiene, además, unas especiales características cuando trae causa de la previa aplicación por el TEDH de su doctrina del margen de apreciación nacional.

3. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Puede decirse que el margen de apreciación nacional es una doctrina⁴⁶ (a pesar de adolecer de contornos muy imprecisos⁴⁷) desarrollada por la jurisprudencia del TEDH, en virtud de la cual en determinadas ocasiones éste deja sin enjuiciar una posible violación de un derecho protegido por la Convención, argumentando que el Estado denunciado ha actuado dentro de un margen que no excede lo dispuesto por la CEDH. La idea que subyace a esa doctrina es que, en determinados casos, la Convención permite dejar a los Estados cierta libertad,

⁴⁴ STEDH *A. contra Noruega* (28070/06), de 9 de abril de 2009, §49. Según el art. 8.1 CEDH, «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

⁴⁵ La inclusión de la reputación, incluida la profesional, en el ámbito del derecho al honor es pacífica en nuestra jurisprudencia constitucional desde la STC 40/1992, de 30 de marzo.

⁴⁶ Con carácter general, sobre el margen de apreciación puede verse Howard Charles YOUROV (1996) y Yutaka ARAI-TAKAHASHI (2002). La discusión del margen de apreciación ocupa también un lugar importante en cualquier manual al uso sobre la CEDH, ver por ejemplo P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOFF (2006), págs. 434-46. Ver también Ángel RODRÍGUEZ (2001) págs. 123 y ss.

⁴⁷ El estudio más completo en castellano del margen de apreciación nacional es el de Javier GARCÍA ROCA (2010). En él lo describe como una «doctrina débil» (pág. 112), «imprecisa e impredecible» (pág. 131). Anteriormente ya había calificado su aplicación por parte del TEDH como «muy discrecional», Javier GARCÍA ROCA (2007).

en virtud de la cual la actuación estatal, siempre que se mantenga dentro de esos márgenes, puede no hacerse merecedora de un pronunciamiento condenatorio del TEDH.

En su origen, la doctrina del margen de apreciación nacional se circunscribió a lo dispuesto por el art. 15 CEDH, una disposición pensada para hacer compatible la Convención con situaciones de emergencia, que permite eximir a los Estados miembros de algunas de sus obligaciones «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación»⁴⁸. Esas circunstancias extraordinarias concederían pues a los Estados cierta libertad de actuación para, sin excederla, restringir determinados derechos protegidos por la CEDH⁴⁹. Muy pronto, sin embargo, la doctrina del margen de apreciación sufrió una importante, y relativamente repentina⁵⁰, transformación (acogida no sin cierta sorpresa, pues los primeros análisis lo habían restringido a las circunstancias excepcionales en las que se generó⁵¹), extendiéndose su aplicación también a restricciones de derechos impuestas por los Estados en situaciones de normalidad⁵². En todos los casos, sin embargo, el TEDH ha dejado claro que el margen de apreciación

⁴⁸ Según el art. 15.1 CEDH, «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional».

⁴⁹ Según uno de sus primeros estudiosos, Clovis C. MORISSON (1973) la doctrina del margen de apreciación nacional «emerged from situations in which governments were faced with civil disturbances, riots, possibly large-scale acts of violence from sizable segments of the population, perhaps even intervention from outside. Its original meaning was that governments were allowed (...) a certain freedom of action, a certain margin of error in dealing with such situations» (pág. 267). En ese contexto, por ejemplo, se aplicó a la demanda de Irlanda contra el Reino Unido por vulneración de derechos en la lucha antiterrorista en Irlanda del Norte, resuelto mediante la STEDH *Irlanda contra Reino Unido* (5310/71), de 18 de enero de 1978. Ver también Javier GARCÍA ROCA (2010), que, no obstante reconoce que el margen de apreciación tiene un origen «oscuro» y «disputado» (pág. 100). En todo caso, parece claro que en sus inicios se aplicó en asuntos rodeados de un importante contexto político, en los que lo que se ponía en juego era «the very fabric of the life of a state», Clovis. C. MORISSON (1973) pág. 280.

⁵⁰ «One can only conclude that a transformation has taken place in a very short period of time in the types of situations in which margin of appreciation will be used», Clovis C. MORISSON (1973) pág. 273. Más adelante (pág. 283) especifica ese «very short period of time» en poco más de una década.

⁵¹ Ver P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOFF (2006) pág. 430.

⁵² Como en el caso del régimen lingüístico belga, resuelto por STEDH de 23 de julio de 1968; ver un análisis desde la novedad que supuso entonces la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en Teresa FREIXES SANJUÁN (2003), págs. 469 y ss.

nacional no es nunca ilimitado, y que está siempre acompañado del control que el propio Tribunal se reserva para comprobar que no se ha sobrepasado⁵³.

Hoy en día, la doctrina del margen de apreciación se encuentra consolidada en la jurisprudencia de Estrasburgo como una herramienta útil en manos del TEDH, gracias a la cual éste puede decidir en qué ocasiones está dispuesto a entender que el Estado denunciado no ha sobrepasado el margen de actuación que la Convención le concede. Se ha aplicado por el TEDH a materias donde las particularidades estatales tienen mayor relevancia, como las relacionadas con la cultura, la tradición o la moral pública⁵⁴, pero también a derechos con un contenido más homogéneo en todo el continente, como el de participación en elecciones libres⁵⁵.

La principal justificación del margen estatal suele encontrarse en el carácter subsidiario que, por su naturaleza internacional, cabe atribuir a la jurisdicción del TEDH⁵⁶. Y, sobre todo, en la inexistencia de un estándar uniforme de protección del derecho alegado entre los Estados miembros, lo que sitúa a los tribunales nacionales en una mejor posición para decidir si una restricción es «necesaria en una sociedad democrática», ya que esa necesidad se relaciona con la existencia de una «necesidad social imperiosa» para aplicarla.

Al contrario de lo que ocurre cuando la práctica totalidad de los Estados miembros contemplan una restricción a un derecho, proporcionando al TEDH un estándar europeo preciso al respecto, que difícilmente rechazará⁵⁷, la falta de homogeneidad es, en efecto, un terreno abonado para aplicar el margen de apreciación nacional. El argumento, sin embargo, podría usarse también en sentido contrario, para concluir que una restricción no debería permitirse en un Estado miembro si hay otros que pueden pasar sin ella, pues ya quedaría demostrado

⁵³ En palabras del TEDH, el margen de apreciación nacional y su supervisión por parte de Estrasburgo van siempre de la mano. Así, por ejemplo, en la STEDH *Handyside contra el Reino Unido* (5493/72), de 7 de diciembre de 1976, en la que el TEDH proclamó que el margen de apreciación «goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its «necessity»; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by and independent court» (§49). La tesis de que ambos controles van «hand in hand» se ha repetido en innumerables ocasiones por el TEDH.

⁵⁴ También estas materias han sido, ahora en un contexto federal, aquellas en las que el Tribunal Supremo en los Estados Unidos ha tenido una mayor deferencia con los tribunales estatales cuando aplicaban normas limitadoras, por ejemplo, de la libertad de expresión, ver al respecto Martin SHAPIRO (1986) pág. 273 y ss.

⁵⁵ Ver Pablo SÁNCHEZ-MOLINA (2014).

⁵⁶ Sobre la presencia de todos los elementos citados en el texto en la doctrina del margen de apreciación, ver Javier GARCIA ROCA (2010) págs. 91 y ss.

⁵⁷ En este sentido, P. VAN DIJK y G. J. H. VAN HOOF (2006) pág. 437.

que la misma no es «necesaria» en todas las democracias. Pero ello equivaldría a equiparar el requisito de «necesario en una sociedad democrática» al de imprescindible en todas ellas y conduciría a una interpretación contraria al espíritu y la letra de la CEDH. Lo que debe revisarse desde Estrasburgo es si la restricción es necesaria en una sociedad democrática determinada (la del Estado demandado), y por eso las autoridades nacionales se encuentran en principio, por su cercanía, en una mejor posición para estimar o no esa necesidad⁵⁸.

Con todo, la doctrina ha sido objeto de críticas de diversa índole, basadas no sólo en su imprecisión (desde sus primeras aplicaciones se dijo que era un concepto «incapaz de una formulación precisa»⁵⁹), sino en los riesgos que supone para el objetivo último de la Convención, que no es otro que establecer un estándar, mínimo pero común, de protección de derechos fundamentales en Europa y propiciar una mayor integración jurídica en este campo entre los Estados miembros.

Las primeras críticas del margen de apreciación se centraron en sus efectos contrarios para la integración europea que debería favorecer la CEDH⁶⁰. Desde una perspectiva más amplia, sin embargo, se ha puesto el énfasis en que la proclamación de la posibilidad de un control supranacional tiene de por sí un potencial integrador importante, aunque durante un tiempo se permitan estándares de protección sustantiva diversos⁶¹.

Hoy en día, el balance que suele hacerse del margen de apreciación encuentra generalmente su fundamento en su funcionalidad, si se aplica razonablemente, para establecer un ponderado punto medio entre el respeto por la diversidad

⁵⁸ «The first decision on whether a restriction of a Human rights is «necessary» in the sense of the ECHR must be made by the national parliament or court. It is clear for the whole system of the Convention that use of the term «necessary» does not imply that restrictions of the same sort must exist in all countries of the Convention to justify the restriction in question», J. A. FROWEIN y otros (1986) pág. 240.

⁵⁹ «not capable of precise formulation», Clovis C. MORISSON (1973) pág. 284. Un análisis de su aplicación práctica por el TEDH parece confirmar que, a día de hoy, sus contornos sigue siendo bastante imprecisos, ver Javier GARCÍA ROCA (2010) págs. 263 y ss.

⁶⁰ Clovis C. MORISSON (1967) lo calificó primero de «fuente de decisiones desafortunadas» (pág. 205), reiterando luego (1973, pág. 285) los riesgos que su aplicación inapropiada podría producir en la integración. Así, comentando la aplicación del margen de apreciación en *Handyside*, James FAWCETT (1987) se preguntaba: «if the Court relies on the margin of appreciation and to the different views prevailing (...) how can even the first steps for the collective enforcement of Article 10,2 of the Convention be taken?» (págs. 255-56). En un sentido parecido, ver las críticas de J. A. FROWEIN y otros (1986), págs. 342 y ss.

⁶¹ Así, Martin SHAPIRO (1986), págs. 256-60, recordando las diferencias temporales entre la federalización del control judicial de la *Bill of Rights* y la consolidación de estándares sustantivos uniformes en el campo de la libertad de expresión en Estados Unidos.

y la soberanía nacional de cada Estado miembro, por una parte, y el establecimiento, por otra, de estándares homogenizadores de protección de derechos que fortalezcan la integración entre todos ellos⁶².

4. LA APLICACIÓN INTERNA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL PROBLEMA DEL JUEGO DE ESPEJOS

El punto de vista desde el que se trae aquí a colación los problemas que suscita la doctrina del margen de apreciación nacional es, sin embargo, sustancialmente distinto del que ha sido objeto de revisión en el epígrafe anterior. No interesa ahora destacar su uso, más o menos acertado, por parte del TEDH, o su mayor o menor incidencia, con carácter general, en la integración jurídica europea en el campo de los derechos fundamentales, sino el papel que puede jugar cuando se combina con determinadas modalidades del ya estudiado impacto interno de la CEDH.

Esa combinación puede tener como consecuencia que los tribunales nacionales apliquen como canon hermenéutico interno la doctrina de una sentencia del TEDH en la que se establezca que el Estado demandado no ha sobrepasado su margen de apreciación nacional al aplicar una restricción a un derecho de la Convención, entendiendo que la permisividad de Estrasburgo con la restricción estatal pasa también a formar parte del estándar convencional de protección de ese derecho, y debe por lo tanto aplicarse como tal, sustituyendo incluso un posible estándar interno más protector, para interpretar las normas nacionales.

Un conocido ejemplo de principios de los ochenta (pero no por ello menos interesante para describir ese mismo problema en nuestros días) puede ilustrar mejor cómo el impacto interno de la doctrina del margen de apreciación ha llegado a tener esas consecuencias en nuestro país.

En 1976, el TEDH había resuelto el caso *Handyside*, una de las primeras ocasiones en la que la doctrina del margen de apreciación se extendió más allá de las circunstancias excepcionales del art. 15 CEDH y la primera en la que se aplicó a la libertad de expresión⁶³. En *Handyside*, el TEDH rehusó declarar que

⁶² Ver el pormenorizado análisis de Javier GARCÍA ROCA (2010), sobre todo en su primer capítulo, págs. 30-88, del que se desprende que una aplicación adecuada de la doctrina del margen de apreciación nacional puede suponer un compromiso razonable («a modo de contrapeso», pág. 95) para las tensiones entre Estados a los que siempre les cuesta ceder soberanía y las exigencias de integración europea en el campo de los Derechos Humanos.

⁶³ STEDH *Handyside contra el Reino Unido* (5493/72), de 7 de diciembre de 1976.

el Reino Unido había vulnerado la Convención al prohibir en parte de su territorio *The Little Redbook for Students*, un libro dirigido a niños y escolares cuyo contenido incluía pasajes explícitos sobre sexo, drogas y otras materias controvertidas. El libro había sido publicado sin ser objeto de ninguna prohibición en otros Estados miembros de la Convención⁶⁴ e incluso en otras regiones del propio Reino Unido⁶⁵. El argumento del TEDH para no declarar una violación de la Convención fue que, en relación con la moral pública, y habida cuenta de la ausencia de una concepción europea uniforme al respecto⁶⁶, los tribunales nacionales se encontraban en una mejor posición para establecer qué debía permitirse y qué no⁶⁷. Los del Reino Unido, al prohibir la difusión del libro en parte de su país, habían actuado dentro del margen de apreciación que era necesario atribuir a las autoridades estatales⁶⁸.

Seis años más tarde, en 1982, el TC resolvió un asunto muy similar, mediante la STC 62/1982⁶⁹. En ésta, el TC tuvo que decidir sobre la prohibición del libro para escolares que se había publicado en España con el título de *¡A ver!*, de similares características (incluyendo pasajes explícitos de temática sexual) que *The Little Redbook for Students*. El Tribunal resolvió que ni la condena penal ni la prohibición del libro vulneraban la libertad de expresión del editor, argumentando en su decisión que tanto el legislador, al tipificar el delito de escándalo público, como los tribunales ordinarios habían actuado dentro del «margen de apreciación» que debía concedérsele para interpretar los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión. El TC dijo del legislador y de los tribunales ordinarios españoles exactamente lo mismo que el TEDH había dicho en

⁶⁴ J. A. FROWEIN (1986, pág. 315) cita los casos de Alemania, Islandia, Noruega, Suecia, Dinamarca (donde el libro se había editado originalmente) y Finlandia. Los antecedentes de la sentencia añaden, por su parte, que también circulaba libremente en Bélgica, Francia, Grecia, Países Bajos, Suiza, Austria y Luxemburgo, ver STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, §11.

⁶⁵ El libro sólo fue prohibido en Inglaterra y Gales. La diversidad de estándares incluso dentro del mismo Estado miembro fue uno de los argumentos para que no se apreciara la necesidad de la medida en uno de los votos particulares de la sentencia, el del juez MOSLER.

⁶⁶ «It is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by the respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era», STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, §48.

⁶⁷ «By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements (...) it is for national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of «necessity» in this context» STEDH *Handyside*, de 26 de abril de 1979, §48.

⁶⁸ STEDH *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, §§48, 49, 54, 57.

⁶⁹ STC 62/1982, de 15 de octubre.

Handyside del Reino Unido: que no habían excedido el margen de apreciación del que gozaban en virtud de lo dispuesto, interpretado a la luz del art. 10 CEDH, por el art. 20 CE⁷⁰.

En definitiva, la influencia de la STEDH *Handyside* en el TC fue doblemente perniciosa para el estándar interno de protección de la libertad de expresión como derecho constitucional, que podría haber llegado a ser más protector que el establecido por el TEDH (igualando el de otros Estados miembros de la Convención) si el TC no hubiera resuelto que la protección de «la moral», a pesar de que no figura en la CE, puede ser un límite legítimo del derecho fundamental del art. 20 CE, y que tanto el legislador penal como los tribunales ordinarios españoles gozaban de un amplio margen de apreciación para interpretar ese límite. Pero lo cierto es que el TC no estaba obligado por la CEDH a ninguna de estas dos conclusiones.

Así, en cuanto a la cuestión de la moral como límite de la libertad de expresión, hay que precisar que el TC basó su conclusión sobre su aplicabilidad, en exclusiva, en que ese límite estaba contemplado en la CEDH⁷¹. Sin embargo, el TC podría haber resuelto que, en virtud del principio de mínimo estándar convencional, y puesto que la moral pública no figura en la Constitución como límite de la libertad de expresión, su consideración en la CEDH no le obligaba a establecer que ésta podía erigirse en nuestro ordenamiento como límite de ese derecho constitucional⁷².

Pero, además, aunque esto haya sido menos resaltado, aun aceptando que la moral pública pudiera ser un límite constitucionalmente legítimo a la libertad

⁷⁰ Así, con respecto a los tribunales ordinarios, el TC entendió que debía «respetar este margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, según vimos, pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a sustituir a la jurisdicción ordinaria». Y, con respecto a la pena establecida por el legislador penal, que «no excede del margen de apreciación que corresponde al arbitrio del legislador», STC 62/1982 FF. JJ. 5º y 6º.

⁷¹ Según el TC, la pregunta de si «el concepto de moral- que es el bien protegido por las sentencias impugnadas-puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite a la libertad de expresión» es una cuestión que «puede resolverse fácilmente a partir del artículo 10.2 de la Constitución (...) El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución) nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como limite a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución», STC 62/1982, F. J. 3º.

⁷² En la doctrina de la época, puede verse una crítica a la recepción en la STC 62/1982 de la moral pública como límite a la libertad de expresión en Ignacio De OTTO Y PARDO (1988) pág. 115. También, Juan José SOLOZÁBAL (1988), págs. 143-153 y Santiago MUÑOZ MACHADO (1988) pág. 152.

de expresión en España, el TC no debería haber fundamentado su decisión de abstenerse de controlar al legislador y a los tribunales ordinarios españoles en el mismo margen de apreciación que el TEDH había concedido poco antes a uno de sus Estados miembros: ni el TC es un órgano de control internacional que deba actuar sólo subsidiariamente (otra cosa es que el recurso de amparo tenga procesalmente ese carácter), ni puede tomar como criterio para otorgar un amplio margen de apreciación la heterogeneidad existente en la materia entre los Estados miembros de la Convención, pues ese dato nada aporta para interpretar la CE, ni puede argumentar que los operadores jurídicos nacionales se encuentran en una mejor posición para decidir determinadas cuestiones, pues él es, precisamente, el máximo intérprete nacional de los derechos constitucionales.

Este tipo de impacto interno de la CEDH puede encontrarse en nuestra jurisprudencia constitucional también en épocas más recientes, por ejemplo en relación con el derecho a la libertad religiosa y el principio de no confesionalidad del Estado tal como se han interpretado por la STC 34/2011⁷³. En ella, el TC resolvió la cuestión de la posible incidencia en esos derechos y principios constitucionales del patronazgo religioso de un Colegio de Abogados, aplicando en el ámbito interno la doctrina del margen de apreciación nacional tal como fue entendida por el TEDH en el caso *Lautsi II*⁷⁴. En esa ocasión, el TEDH estableció que Italia no había vulnerado la CEDH al disponer la presencia de crucifijos en sus escuelas públicas, pues al hacerlo había actuado dentro del margen de apreciación que le reconoce la Convención. Pues bien, en la STC 34/2011, el TC se basó en esas consideraciones para afirmar que la proclamación de la Virgen María como patrona del Colegio de Abogados de Sevilla no menoscababa la neutralidad religiosa de la corporación. También en este caso puede afirmarse que se ha producido una «precipitada recepción» interna de la doctrina del margen de apreciación, sin que el TC tuviera en cuenta «que el propio orden europeo le reconocía la posibilidad de optar por otras soluciones más garantistas para los derechos fundamentales en juego»⁷⁵.

Hay que recordar que cuando el TEDH considera que un Estado miembro ha actuado dentro de su margen de apreciación y se abstiene por ello de someter a control su actuación, estamos en realidad ante una «no decisión» de Estrasburgo, de la que sería incorrecto deducir un estándar convencional de protección del derecho concernido por la restricción estatal⁷⁶. Lo que el TEDH establece no es

⁷³ STC 34/2011, de 28 de marzo.

⁷⁴ STEDH *Lautsi y otros contra Italia* (30814/06), de 3 de noviembre de 2009.

⁷⁵ Rafael NARANJO DE LA CRUZ (2013) pág. 85.

⁷⁶ Con razón apunta Javier GARCÍA ROCA (2010) que una resolución del TEDH en la que éste aplica la doctrina del margen de apreciación supone «en puridad, una «no decisión» supra-

el estándar de protección de la CEDH en ese caso concreto, sino tan sólo que la restricción impuesta por el Estado miembro está dentro de la libertad de actuación que puede concedérsele. Pero el estándar de protección del derecho que se deduce de esa restricción no es el de la Convención, sino el del Estado en cuestión; es cierto que su aplicación por el Estado demandado, en las circunstancias del caso, no vulnera la CEDH, pero ésta no obliga, en absoluto, a que otros Estados miembros lo emulen en su derecho interno.

Es por esta razón por la que tomar la permisividad de Estrasburgo con un Estado miembro como el estándar que debe aplicarse para interpretar las normas internas sobre una restricción de análoga naturaleza y su compatibilidad con la Constitución española, produce un impacto interno de la CEDH contrario al principio de mínimo estándar convencional, ya que implica extraer de la doctrina del margen de apreciación nacional una consecuencia que le es por completo ajena: que lo permitido por la Convención para un Estado miembro deba tomarse como canon interpretativo de lo que la Convención obliga para los demás⁷⁷.

Cuando los tribunales nacionales de los Estados parte de la Convención actúan de esta manera se genera un riesgo de juego de espejos, una especie de doble reenvío de la decisión tomada (el TEDH la deja en su sentencia al arbitrio de los tribunales de un Estado miembro, pero los de otro Estado miembro acuden a la sentencia del TEDH para justificar la suya propia) que sin duda supone serias deficiencias para un diálogo adecuado entre ambas jurisdicciones⁷⁸.

nacional, o, quizá mejor, una «decisión por reenvío» a la decisión previa e interna. El TEDH no dice que el pronunciamiento de la autoridad nacional sea justo, técnicamente correcto o plenamente regular respecto del sistema del Convenio, porque no llega realmente a revisarlo. Se hace tácitamente, o a lo sumo expresamente, según las sentencias, un juicio liminar de razonabilidad de la decisión nacional y, sin entrar en un enjuiciamiento de fondo, se deja la cuestión en el ámbito de cada Estado» (pág. 221).

⁷⁷ En un sentido similar al sugerido en el texto, esta crítica podía desprenderse ya de J. A. FROWEIN y otros (1986), cuando afirmaban que «A transnational, trans-state court, rightly concerned about excessively narrowing the margin of appreciation, may set rather modest Human Rights standards set by the high esteemed court as the definition of what the full standards ought to be. In federal or quasi federal systems, it is often difficult as a practical matter to get the citizens of a particular state to understand the difference between a federal court announcing a minimum standard out of deference to differences in the Member states, and a high court announcing a complete standard of justice» (pág. 342).

⁷⁸ No es infrecuente que detrás del denominado «diálogo» entre el TC y el TEDH se encuentren factores, de muy diversa índole, que en realidad lo falsean, lo dificultan o incluso lo impiden. Con carácter general, puede verse al respecto Ángel RODRÍGUEZ (2004). En concreto, sobre los problemas que implica el impacto interno del margen de apreciación para un correcto diálogo, Rafael NARANJO DE LA CRUZ (2013), pág. 126.

Esa práctica es, además, doblemente paradójica, pues no debe olvidarse que el margen de apreciación supone una deferencia del TEDH a un Estado miembro porque cree que sus tribunales nacionales están en mejor disposición, por su cercanía a los hechos, para apreciar o no la necesidad de una restricción y elaborar su propio estándar de protección: no parece de recibo que, mediante la aplicación interna de esa doctrina, los tribunales nacionales de otro Estado miembro renuncien a tomar la decisión que, por los mismos criterios de mejor disposición y cercanía, le habría correspondido tomar. Además, el TEDH aplica la doctrina del margen de apreciación nacional precisamente como consecuencia del carácter de estándar mínimo que tiene la CEDH, garantizando que todo Estado miembro de la Convención puede, si lo desea, aplicar las restricciones que considere necesarias siempre que no se vulnere ese mínimo común.

Hoy por hoy, sin embargo, la preocupación por el impacto interno de la doctrina del margen de apreciación nacional no parece encontrarse entre las prioridades del Consejo de Europa. Un buen ejemplo de ello puede venir dado por la reciente propuesta de reforma de la Convención que introduce una mención específica al margen de apreciación nacional, que dejará así de ser, como hasta ahora, sólo una construcción jurisprudencial.

En efecto, el protocolo nº 15 a la CEDH, que entrará en vigor cuando todos los Estados parte lo hayan ratificado (España lo hizo el 24 de junio de 2013) modificará una serie de disposiciones de la Convención y su propio Preámbulo. Será en el Preámbulo (cuyo texto es relevante, como se sabe, para la interpretación del articulado⁷⁹) donde se incluirá una mención al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional, mediante la introducción de un nuevo párrafo en el que se establecerá expresamente que las Altas Partes contratantes de la Convención disfrutan de un margen de apreciación, sujeto a la supervisión del TEDH, a la hora de asegurar los derechos y libertades protegidos por la CEDH⁸⁰.

La mención al margen de apreciación nacional es la única modificación de la CEDH introducida por el protocolo nº 15 que no tiene su origen en las sugerencias hechas por el propio TEDH. Es más, el Tribunal ha expresado su preocu-

⁷⁹ Sobre la importancia del Preámbulo para la interpretación de la CEDH, ver Javier GARCÍA ROCA (2009).

⁸⁰ El protocolo añadirá un nuevo párrafo al final del Preámbulo del siguiente tenor literal (versión oficial en inglés): «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention».

pación por el hecho de que esa mención expresa al margen pueda suponer un cambio en el entendimiento de su labor supervisora de los Estados miembros, algo que el propio texto del protocolo intenta evitar al recalcar que el margen se encuentra en todo caso sujeto al control del Tribunal⁸¹.

Ahora bien, ni el texto del protocolo, ni las preocupaciones expresadas por el Tribunal, se hacen eco en absoluto de la necesidad de que la cada vez más generalizada aplicación de esta doctrina se haga compatible con un recto entendimiento del impacto que la misma debe tener en el ordenamiento interno de sus Estados miembros.

5. CONCLUSIONES

El nivel de protección de derechos que se desprende de la jurisprudencia del TEDH deviene de inexcusable aplicación interna siempre que sea consecuencia de haber establecido que un Estado ha vulnerado un derecho de la Convención: ahí sí es posible encontrar un criterio claro para delimitar en qué consiste el mínimo común que ningún Estado miembro puede lesionar. Pero ninguna jurisdicción nacional debería extraer de una STEDH que renuncia a controlar a otro Estado miembro, sobre todo cuando se basa en que no ha excedido su propio margen de apreciación, conclusiones dirimentes sobre cómo deben aplicarse sus propias normas nacionales. Ese tipo de resolución de Estrasburgo sólo nos indica lo que el TEDH está dispuesto a permitir a sus Estados miembros, no lo que la CEDH les impone como canon interpretativo de sus normas internas.

Hasta ahora, el TEDH se ha preocupado tan sólo de precisar en sus sentencias cuál es el efecto que las mismas tienen para el Estado demandado, desentendiéndose de aclarar cuál debería ser el impacto interno que la doctrina sentada en ellas debe tener en el resto de los Estados miembros. Ese impacto, incluyendo la

⁸¹ El TEDH expresó sus reservas a la mención expresa al margen de apreciación en el protocolo núm. 15, ya que podría generar algún malentendido con respecto a su propia función supervisora, en una primera opinión al respecto de noviembre de 2012. Con posterioridad, el *Explanatory Report* del protocolo incorporó una declaración de que la mención «is intended to be consistent (...) with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case law». La ulterior *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights adopted on 6 February 2013* deja claro que el TEDH habría preferido que el texto del protocolo se hubiera modificado para incluir esa referencia, pero considera suficiente la remisión a su propia jurisprudencia en el *Explanatory Report* del mismo, habida cuenta de su papel como criterio interpretativo. Ver la *Opinion* del TEDH y el *Explanatory Report of Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (CETS No. 213), ambos accesibles en <http://www.echr.coe.int>

eventual vulneración por su causa del principio de estándar mínimo convencional dispuesto por la propia Convención, sigue siendo un asunto que sólo concierne a los propios Estados, no al TEDH.

En todo caso, la ausencia de ese tipo de consideraciones en la jurisprudencia de Estrasburgo no debería ser interpretada por nuestros tribunales internos como una invitación a extraer de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación consecuencias que supusieran una regresión o *backsliding* en la construcción del estándar de protección de los derechos constitucionales.

REFERENCIAS CITADAS EN EL TEXTO

- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002) *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia.
- BEDDARD, Ralph (1967) «The status of the European Convention on Human Rights in domestic law», en *International and Comparative Law Quarterly* 16, págs. 206-17.
- BERTONI, Eduardo Andrés (2009) «The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on Freedom of Expression Standards», en *European Human Rights Law Review* 3, págs. 332-351.
- De OTTO Y PARDO, Ignacio (1988) «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades: la garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER e Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, págs. 95-172.
- EVRIGENIS, Demetrios J. (1978) «Le Rôle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en Mauro CAPPELLETTI (editor) *New perspectives for a common law of Europe - Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Brylant.
- FAWCETT, James (1987) *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- FREIXES, Teresa (2003) «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la Comunicación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 15, págs. 463-497, en pág. 469.
- FROWEIN, Joachim Abraham (1986) «Fundamental Human Rights as a vehicle of legal integration in Europe», en Mauro CAPPELLETTI y otros (editores) *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter, págs. 300-400.
- FROWEIN, Joachim Abraham y otros (1986) «The protection of Fundamental Human Rights as a vehicle of integration», en Mauro CAPPELLETTI y otros (editores) *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988) «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit espagnol», en F. MATSCHER y H. PETZOLD (editores) *Protecting Human Rights: The European Dimension - Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Koln, C. H. Verlag, págs. 221-229.
- GARCÍA ROCA, Javier (2007) «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional* 20, págs. 117-143.
- (2009) «El preámbulo, contexto hermeneútico del Convenio: un instrumento constitucional de orden público europeo», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA (editores), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, págs.25-51.
- (2010) *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas.
- GUZMAN, Andrew T. y LINOS, Katerina (2014) «Human Rights Backsliding», en *California Law Review* 102, págs. 603-654.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego (1985) «Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español», en *Revista Española de Derecho Internacional* 37, págs. 355-376.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (2013) «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», en *Teoría y Realidad Constitucional* 32, págs. 139-158.
- MORISSON, Clovis C. (1967) *The developing European Law of Human Rights*, Leyden, Sijthoff.
- (1973) «Margin of appreciation in European Human Rights Law», en *Revue de Droits de l'Homme* 6, págs. 263-286.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1988) *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, Ariel.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2013) «Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)», en *Revista de Derecho Político* 86, págs. 81-128.
- PERNICE, Ingolf (1999) «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?», en *Common Market Law Review* 36 pp.703 -750.
- (2002) «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review* 27 pp. 511-529.
- (2009) «The Treaty of Lisbon. Multilevel constitutionalism in Action», en *Columbia Journal of European Law* 15 pp. 349-408.
- QUERALT, Argelia (2009) «El alcance del efecto de cosa interpretada en las sentencias del TEDH», en Javier GARCÍA ROCA y Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁN-

- CHEZ (editores), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, págs. 229-256.
- RODRÍGUEZ, Ángel (1997) «La mayor protección de los Derechos Fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo» en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, vol. I pp. 365-399.
- (2000) «Juez español, derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político* 47 pp. 91-110.
- (2001) *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas.
- (2001)b «The European Convention on Human Rights in Spain and Italy. A comparison», en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts* 49, págs. 387-411.
- (2004) «Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional español previas a las sentencias condenatorias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo)», en Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, págs. 517-564.
- (2005) «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución Española? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 3, pp. 327-353.
- (2010) «Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: protección «multinivel» de derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 35, págs. 195-221.
- (2015) *El honor de los inocentes (y otros límites a la libertad de expresión en asuntos relacionados con la Administración de Justicia)*, Valencia, Tirant Lo Blanch (en prensa).
- RODRÍGUEZ, Ángel y JENSEN, Søren (1994) «The European Convention on Human Rights in Denmark and Spain: a comparative study», en *The Nordic Journal of International Law* 63, págs. 139-184.
- SAIZ ARNÁIZ, Alejandro (1999) *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2014) «El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres», en *Estudios de Deusto* vol. 62/1, págs. 371-389.
- SHAPIRO, Martín (1986) «Freedom of expression - Transnational and states interactions in the American Experience», en Mauro CAPPELLETTI y otros (editores) *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter, págs. 249-77.

- SOLOZÁBAL, Juan José (1988) «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 págs. 139-156.
- VAN DIJK, P. y G. J. H. VAN HOOF (2006) *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Kluwer, 4ª edición, págs. 434-46.
- YOUROV, Howard Charles (1996) *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, La Haya, Kluwer Law International.

Resumen:

En este trabajo se estudian las cuestiones que suscita la aplicación interna de la doctrina del TEDH sobre el margen de apreciación estatal en un contexto de protección multinivel de derechos, con especial atención al caso español. El estudio se centra en el impacto que la aplicación por parte de los propios tribunales nacionales del estándar de protección de derechos que puede deducirse de las sentencias del TEDH que aplican el margen de apreciación puede tener en relación con la regresión o *backsliding* en la protección de Derechos Humanos.

Palabras clave:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, margen de apreciación, constitucionalismo multinivel, *backsliding* en la protección de Derechos Humanos.

Title:

The higher domestic protection of the rights of the European Convention on Human Rights and the impact of the national margin of appreciation.

Abstract:

This article analyzes, within a context of a multilevel protection of rights, some questions arising from the domestic application of the doctrine of the national margin of appreciation, with a special emphasis on the Spanish case. The research focuses on the impact that domestic courts decisions may have on the judicial backsliding of Human Rights when applying the standard of protection of rights that comes from ECtHR decisions granting a national margin of appreciation.

Keywords:

European Court of Human Rights, margin of appreciation, multilevel constitutionalism, Human Rights backsliding.