

LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: LA INCIDENCIA DE LA CARTA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

ENRIQUE MARTÍNEZ PÉREZ *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONFORME AL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO E INTERNACIONAL.
 1. LOS INDICADORES CAPACES DE FAVORECER UN ENFOQUE EXEGÉTICO DINÁMICO.
 2. SU ENCAJE EN LAS NORMAS USUALES DE INTERPRETACIÓN.
- III. EL RECURSO A LA CARTA PARA JUSTIFICAR LOS CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA.
 1. LA CONSTATACIÓN DE UN CONSENSO EMERGENTE.
 - A. *La Carta y la práctica estatal europea e internacional.*
 - B. *La Carta y la jurisprudencia internacional y de la Unión Europea.*
 2. UNA JURISPRUDENCIA ERRÁTICA.
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando un acuerdo internacional, por el transcurso del tiempo, no es capaz de dar respuesta a las nuevas necesidades y exigencias de sus destinatarios, se debe proceder a su revisión si no se quiere que caiga en desuso o que

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Público de la Universidad de Valladolid, España.

pierda su eficacia, para lo cual sus creadores pueden bien suprimir o modificar las obligaciones jurídicas obsoletas a través del mecanismo clásico de la enmienda de los tratados, bien ampliar o completar su contenido mediante la elaboración de sucesivos acuerdos de desarrollo¹. Sin embargo, no son procedimientos de actuación ágiles, pues, pese a la progresiva implantación de formas de expresión del consentimiento cada vez más simplificadas e innovadoras, constituye una vía impregnada, como no podría ser de otra manera, del sesgo voluntarista que preside la formación de las normas internacionales, de tal manera que los Estados parte pueden obstaculizar o retrasar, sobre todo en el caso de los tratados multilaterales concertados por un gran número de Estados, la actualización de las disposiciones caducas². El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, de 4 de Noviembre de 1950)³, como cualquier instrumento jurídico (interno o internacional) que proclama derechos fundamentales, no es inmune a este tipo de problemas y, para corregirlos, sus autores han ido incorporado progresivamente nuevos derechos mediante la celebración de numerosos protocolos de carácter sustantivo⁴. Con todo, los

¹ Este problema afecta, básicamente, a los tratados normativos posteriores a 1945, pues, como advierte el profesor G. NOLTE, se aplican en un contexto cada vez más distinto al que fueron concluidos, de modo que si no son capaces de evolucionar según las necesidades de la comunidad internacional corren peligro de quedar «congelados» en un estado que les impida cumplir con su objeto y fin. *Los Tratados en el tiempo. Acuerdo y prácticas ulteriores*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 61º período de sesiones, doc. A/64/10 (2008), párrs. 1-14.

² Cabe aquí precisar que aunque algunas cláusulas de enmienda prescinden de la regla de la unanimidad, tanto para su adopción como para su entrada en vigor, no escapan, por supuesto, de la necesidad del correspondiente consentimiento. La mayoría de ellas sigue un modelo de aceptación tácita (como el procedimiento «opting-out») que presume la aprobación de las partes si pasado un determinado período de tiempo no se manifiesta objeción alguna al texto autenticado. El silencio se convierte así en un medio para acelerar la aplicación de las enmiendas introducidas, con absoluto respeto con lo establecido en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que consagra en el undécimo de sus preceptos la libertad de elección de formas (Al respecto, LEFEBER, R., «Creative legal engineering», *Leiden journal of international law*, vol. 13, 2000, p.2; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público, vol. II (Derecho de los tratados)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 98).

³ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁴ El protocolo adicional núm. 1, de 20 de marzo de 1952, añadió el derecho a la propiedad privada, el derecho a la instrucción y el derecho a las elecciones libres (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991); el protocolo núm. 4, de 16 de septiembre 1963, la prohibición de prisión por deudas, el derecho a la libertad de circulación, la prohibición

órganos de control, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se enfrentan, habitualmente, a situaciones en las que se producen desajustes entre la realidad social y el contenido de los derechos reconocidos convencionalmente. En estos casos, por mucho que sea necesario o deseable, no compete al Tribunal la creación de nuevos derechos no previstos en el Convenio⁵, aunque tiene la obligación, sin embargo, de desvelar en cada caso, para así garantizar la efectividad del Convenio, aquel sentido de los derechos que mejor se ajuste a los cambios en la sociedad, toda vez que, como nos recuerda reiteradamente en sus pronunciamientos judiciales, nos encontramos ante un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales⁶.

Este enfoque dinámico permite al Tribunal, sin modificaciones del texto convencional, reaccionar ante un nuevo consenso que pueda emerger en los Estados contratantes. No es preciso esperar a que se produzca un comportamiento uniforme y unánime, sino que es suficiente con la presencia de ciertos elementos comunes en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados europeos, que pueden ser inferidos, amén de la práctica estatal, de los progresos que se vayan produciendo en el contexto internacional. Adquieren

de la expulsión de los nacionales y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (*BOE* núm. 247, de 13 octubre 2009); el protocolo núm. 6, de 28 de abril de 1983, la abolición de la pena de muerte (*BOE* núm. 92, de 17 de abril de 1985); el protocolo núm. 7, de 22 de noviembre de 1984, las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y la igualdad entre esposos (*BOE* núm. 249, de 15 octubre 2009); el protocolo 12, de 4 de octubre de 2000, introduce la prohibición general de la discriminación (*BOE* núm. 64, de 14 de marzo de 2008); y el protocolo núm. 13, de 3 de mayo de 2002, la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias (*BOE* núm. 77, de 30 marzo 2010).

⁵ *Johnston y otros contra Irlanda*, 18 diciembre 1986, § 53, Serie A nº 112.

⁶ *Tyrer contra Reino Unido*, 25 abril 1978, § 31, Serie A nº 26. O, dicho de otro modo, el Convenio no deberían interpretarse únicamente de conformidad con las intenciones de sus autores tal y como fueron expresadas hace más de cuarenta años (*Loizidou contra Turquía* (objeciones preliminares), 23 de marzo de 1995, Serie A nº 310, § 71). En términos semejantes se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración (CIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, párr. 37).

así gran relevancia los nuevos instrumentos jurídicos en la materia, entre los que hay que destacar en los últimos tiempos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y es que, desde que fue proclamada solemnemente por las instituciones europeas en Niza en el año 2000, fue cobrando vida jurídica, principalmente por la vía exegética, tanto en el ámbito interno como europeo, aunque no fueron los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea (UE) precisamente los que más la invocaron en sus pronunciamientos⁷. Por el contrario, se convirtió, desde el primer momento, en un elemento de referencia para los jueces del TEDH⁸, acrecentándose su presencia, más aún si cabe, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, momento en el que se incorporó al Derecho primario (artículo 6.1 TUE).

⁷ De hecho, la Carta no fue invocada por el entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea hasta 2006 (Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C 540/03, *Rec. p. I-05769*, apartado 38), aunque previamente los Abogados Generales ya se habían referido a ella en varias ocasiones. Al respecto, véase ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 38-50. El Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General), sin embargo, enseguida la tomó en consideración para justificar la orientación de sus decisiones (sentencia de 30 de enero de 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH contra Comisión*, T-54/99, *Rec. p. II-00313*, apartado 48), haciendo más sencillo a partir de ese momento, como nos recuerda el profesor A. FERNÁNDEZ TOMÁS, la técnica probatoria de la existencia y el alcance de ciertos derechos: «En lugar de investigar diversos derechos internos para averiguar si el pretendido derecho es común a varios de ellos, o incluso en lugar de escrutar en la jurisprudencia de ambos tribunales comunitarios en busca de precedentes anteriores, el TPI se conforma con la evidencia de que la Carta de Niza reconoce e incorpora en su contenido ese derecho, dando por sentado que si lo hace así, es porque tal derecho subjetivo forma parte de los principios generales del derecho comunitario. La evitación de engorros y laberintos en el proceso de invocación del derecho y en la convicción judicial de la existencia del mismo es considerable» («Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en HERRERO DE LA FUENTE, A.A. (ed.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Ed. Fundación Rei Afonso Henriques, Zamora, 2003, p. 42).

⁸ Siendo los asuntos *Christine Goodwin* y *I. contra Reino Unido* ([GC], nº 28957/95, TEDH 2002 VI) los primeros en hacer referencia a ella, aunque anteriormente el juez COSTA, en una opinión separada en el asunto *Hatton y otros contra Reino Unido* ya la mencionó; concretamente, aludió al artículo 37 relativo a la protección del medio ambiente como ejemplo de desarrollo en cuestiones ambientales ([GS], nº 36022/97, TEDH 2003 VIII). Una observación que, a nuestro entender, es bastante cuestionable, ya que, como ha apuntado la doctrina, este precepto tiene un decepcionante contenido, por lo que es difícil ver en él un avance en la materia (HERRERO DE LA FUENTE, A.A., «El Derecho a la protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea...*, cit. pp. 114).

Este proceso de *polinización* no se ha canalizado mediante un mecanismo de armonización formalmente establecido (como el que contiene la propia Carta en el párrafo tercero del artículo 52)⁹, sino que debe enmarcarse en la *óptica cosmopolita* que preside la interpretación del Convenio: no es más que una de las muchas fuentes europeas e internacionales exógenas de inspiración jurídica del Tribunal de Estrasburgo¹⁰. Una técnica hermenéutica que no es propia de él, aunque, como veremos enseguida, opera de manera menos rígida a como lo hacen otras jurisdicciones internacionales. Sea como fuere, la Carta, en combinación con otros instrumentos jurídicos externos, ha provocado el desarrollo paulatino de la jurisprudencia de Estrasburgo, dando lugar a un rejuvenecimiento de las disposiciones del Convenio de Roma. Cabe recordar que, aunque el catálogo de derechos reconocidos en la Carta se basaba o se colegía del texto europeo, muchos de ellos fueron modernizados en su redacción o se reconocieron con mayor amplitud¹¹.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONFORME AL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO E INTERNACIONAL

El Convenio Europeo, a diferencia de los tratados multilaterales tradicionales, no recoge meramente obligaciones recíprocas o sinalagmáticas; no per-

⁹ Así se señala en las Explicaciones de la Carta: «El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...]» (DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007). De este forma, como indica S. IGLESIAS SÁNCHEZ, dicha disposición «ofrece ahora al Tribunal un asidero sólido para proceder a la completa consideración de la jurisprudencia de Estrasburgo, como si de la propia se tratara» («¿Centralidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la jurisprudencia del TJUE tras Lisboa? (Sentencia de 22 de diciembre de 2010, As. DEB, C-279/09)», en, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍNEZ, C., BLÁZQUEZ, I., y FRUTOS, J., (eds.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia de la Unión Europea/Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 125.

¹⁰ BURGORGUE-LARSEN, L., «Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de L'Union Européenne», *Chemins d'Europe: Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Ed. Dalloz, París, 2010, p. 148.

¹¹ Para un análisis más detallado de sus disposiciones: MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Ed. Fundación BBVA, Bilbao 2008; MOCK, W. (ed.), *Human rights in Europe: commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, Carolina Academic Press, 2010.

sigue el interés individual de cada Estado, sino el fomento de un interés común a todos ellos: la protección y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales. Crea, pues, obligaciones objetivas que disfrutan, como establece el Preámbulo, de una garantía colectiva¹². Todos los Estados parte se comprometen a respetarlas con independencia del comportamiento de los demás sujetos obligados, por lo que se encuentran legitimados para reaccionar frente a cualquier incumplimiento sin necesidad de tener que justificar un perjuicio individual (obligaciones *erga omnes partes*)¹³. Es, además, un instrumento constitucional del orden público europeo¹⁴. Como se ha llegado a decir por algún miembro del Tribunal, representa un instrumento jurídico muy particular, que tanto por su contenido material como por su modo de aplicación se asemeja más a las constituciones nacionales que a los acuerdos internacionales clásicos¹⁵.

Estas peculiaridades han llevado al Tribunal a declarar que el Convenio debe ser interpretado teniendo en cuenta su carácter específico de tratado de

¹² *Irlanda contra el Reino Unido*, 18 de enero de 1978, § 239, Serie A nº 25.

¹³ TZEVELEKOS, V. P., «The use of article 31(3)(c) of the VCLT in the case law of the ECtHR: An effective anti-fragmentation tool or a selective loophole for the reinforcement of human rights teleology?. Between evolution and systemic integration», *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2010, pp. 641-645.

¹⁴ *Loizidou contra Turquía* (objeciones preliminares), ya citada, § 75 y 93. Es precisamente esta dimensión constitucional la que justifica, en palabras del profesor J. A. CARRILLO SALCEDO, que «el Tribunal haya procedido a una interpretación evolutiva del Convenio, adaptada a las cambiantes condiciones de vida y no a las existentes en el momento de su adopción en 1950, y mediante la que se ha ampliado el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados parte» (*El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 95).

¹⁵ Opinión parcialmente concordante y parcialmente disidente del juez GARLICKI: «The Court has always accepted that the Convention is a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions. This may result (and, in fact, has on numerous occasions resulted) in judicial modifications of the original meaning of the Convention. From this perspective, the role of our Court is not very different from the role of national Constitutional Courts, whose mandate is not only to defend constitutional provisions on human rights, but also to develop them. The Strasbourg Court has demonstrated such a creative approach to the text of the Convention many times, holding that the Convention rights and freedoms are applicable to situations which were not envisaged by the original drafters. Thus, it is legitimate to assume that, as long as the member States have not clearly rejected a particular judicial interpretation of the Convention [...], the Court has the power to determine the actual meaning of words and phrases which were inserted into the text of the Convention more than fifty years ago» (*Öcalan contra Turquía*, [GS], nº 46221/99, § 4, TEDH 2005 IV).

protección de los derechos humanos¹⁶, aunque en ninguna ocasión ha reconocido la presencia de métodos hermenéuticos originales distintos a los que operan en el Derecho internacional general¹⁷. No obstante, cuando ha sido instado precisamente a explicarse sobre el papel de los textos e instrumentos internacionales en su jurisprudencia, ha afirmado que los estándares internacionales comunes, conformado por un conjunto de reglas y principios aceptados por una inmensa mayoría de los Estados, reflejan una realidad, imposible de ignorar cuando se le reclama la aclaración del alcance de una disposición, que los medios más *clásicos* de interpretación no le han permitido despejar con un grado de certeza suficiente¹⁸.

Al mismo tiempo, ha considerado que el Convenio no debe interpretarse en un vacío, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante¹⁹. Como otros órganos jurisdiccionales internacionales, se inspira habitualmente en las normas usuales establecidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT)²⁰, pero cuando ha seguido una interpretación sistémica dinámica, mediante el reenvío a normas jurídicas exógenas desarrolladas después de la conclusión del Convenio (como la Carta), nunca se ha arriesgado a declarar, claramente, como sí lo ha hecho su homólogo americano, su coherencia con las reglas generales de interpretación²¹.

¹⁶ *Soering contra el Reino Unido*, 7 de julio de 1989, § 87, Serie A n° 161; y más recientemente *Neulinger y Shuruk contra Suiza*, [GS], n° 41615/07, § 133, TEDH 2010.

¹⁷ No obstante, como ha reconocido el propio Tribunal, estamos en presencia de un tratado normativo (*Loizidou contra Turquía* (objeciones preliminares), ya citada, § 68 y 84), lo cual puede influir, como advirtió la Comisión de Derecho Internacional, a la hora de seleccionar el principio, máxima o método de interpretación aplicable a un caso particular (*Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*, 18° período de Sesiones, 1966, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 241). En este sentido se pronuncia el profesor G. DISTEFANO: «La CEDH, en tant qu'espèce particulière du genre de traité-loi, invite —avec certaines limites dont la CourEDH est elle-même consciente— a l'interprétation évolutive, tout aussi bien parce qu'elle vise à protéger des droits concrets qui touchent à l'être humain» («L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue Generale de Droit International Public*, vol. 116, núm. 2, 2011, pp. 379-380).

¹⁸ *Demir y Baykara contra Turquía*, [GS] n° 34503/97, § 76, TEDH 2008; *Opuz contra Turquía*, n° 33401/02, § 184, TEDH 2009.

¹⁹ *Fogarty contra el Reino Unido*, [GS], n° 37112/97, § 35, TEDH 2001 XI; y más recientemente *Al-Saadoon y Mufidhi contra el Reino Unido*, n° 61498/08, § 126, TEDH 2010.

²⁰ *Golder contra el Reino Unido*, 21 de febrero de 1975, § 29, Series A n° 18.

²¹ Entre otras, la Opinión Consultiva *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, núm. OC-16/99,

1. LOS INDICADORES CAPACES DE FAVORECER UN ENFOQUE EXEGÉTICO DINÁMICO

La Convención de Viena no prescribe una fórmula específica que permita abordar la cuestión de la evolución del significado de los términos de un tratado, sino que guarda silencio al respecto, tal como recomendó prudentemente la Comisión de Derecho Internacional. Resulta oportuno recordar que, después de intensos debates, fue rechazada una propuesta, basada en el principio de coetaneidad, que instaba al intérprete a acudir al contexto de las normas de derecho internacional que estuviesen en vigor en la época de conclusión del tratado²². Además, omitió cualquier alusión al derecho intertemporal, que inicialmente era tratado en una disposición separada al margen de las reglas generales interpretativas²³. Consideró, entonces, que lo más prudente era, para evitar interpretaciones erróneas, dejar en manos de las Partes la posibilidad de llevar a cabo una interpretación acompañada a los cambios acaecidos con el transcurso del tiempo²⁴. Y así lo ha corroborado recientemente el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto relativo a los *Derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*: con el objetivo de no desviarse de la intención común de las partes en el momento en que se concluyó el tratado debería tenerse en cuenta, si su voluntad era dar a los términos empleados un contenido evolutivo, el significado adquirido por los términos en cuestión tras cada ocasión en que se va a aplicar²⁵.

Cuando un tratado no contiene mecanismos expresos de incorporación de normas foráneas²⁶, la voluntad común de las partes no puede ser deducida

de 1 de octubre de 1999 (Serie A No. 16), párr. 114; y los casos contenciosos: *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, de 15 de septiembre de 2005 (Serie C No. 134), párr. 106; *Atala Riffo y Niñas contra Chile*, de 24 de febrero de 2012, párr. 83.

²² *Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados*, por Sir Humphrey Waldock, 16º período de Sesiones, 1964 (vol. II), Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, doc. A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, p. 50.

²³ En concreto, en el artículo 56, con la siguiente redacción: «1. Todo tratado deberá interpretarse a la luz del derecho vigente en el momento en que fue redactado. 2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1, la aplicación de un tratado se regirá por las normas de derecho internacional vigentes en el momento en que se aplique ese tratado (*Ibid.* pp. 5-6).

²⁴ *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*, 18º período de Sesiones, 1966, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 243.

²⁵ Sentencia de 13 de julio de 2009, *ICJ Reports 2009*, párr. 64.

²⁶ Algunos acuerdos internacionales utilizan técnicas de integración normativa, que consisten, según el profesor A. RODRIGO HERNÁNDEZ, en la «incorporación en la redac-

más que a partir de ciertos indicios. Uno de ellos, apuntado por el Grupo de Estudio sobre Fragmentación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), y confirmado ulteriormente en la jurisprudencia internacional, es la manera de formular las normas internacionales: cuando las obligaciones jurídicas internacionales se describen en términos genéricos o se utilizan conceptos abiertos, que se refieren a un tipo de actividad o una clase de acontecimientos, se produce una especie de remisión a la situación en el momento de su aplicación²⁷. Pues bien, el Convenio de Roma, como otros instrumentos jurídicos constitucionales, enuncia los derechos fundamentales con un alto grado de abstracción y falta de precisión, que, al carecer de un único sentido material, permiten al intérprete elegir entre diferentes significados. Esto posibilita un ensanchamiento del contenido de los derechos enunciados, cuyos límites dependerán del grado de precisión con que se proclamen²⁸.

ción, en el contenido o en el proceso de interpretación y aplicación de una norma jurídica internacional en otras normas o de todo o parte del contenido de otras normas existentes en instrumentos de diversa naturaleza existentes en el mismo o en diferentes regímenes o en el Derecho internacional general con el objetivo de modificar los efectos jurídicos materiales, subjetivos o de otro tipo de las normas intervinientes» («La integración normativa y la unidad del Derecho internacional público», en, RODRIGO, A., y GARCÍA, C., (Eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 324).

²⁷ *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, doc. A/CN.4/L.682, de abril de 2006, párr. 478. Ejemplo de ello son las expresiones «recursos naturales» del párrafo g) del artículo XX del GATT de 1948 (Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, de 12 de octubre de 1998, doc. WT/DS58/AB/R, párrs. 126- 134); «estatuto territorial» de la reserva contenida en la declaración que acompañaba al instrumento de adhesión de Grecia al Acta General de Ginebra para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales de 1928 (*Asunto Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia contra Turquía)*), sentencia de 19 de diciembre de 1978, *ICJ Reports* 1978, párr. 77.); o «con objetos de comercio» del Tratado de límites entre Nicaragua y Costa Rica de 1858 (*Asunto Derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua)*), sentencia de 13 de julio de 2009, *ICJ Reports* 2009, párr. 67).

²⁸ En este sentido el profesor R. CANOSA USERA nos recuerda que la labilidad es una característica propia de toda disposición reguladora de derechos, también las del Convenio, lo que «ha permitido a sus intérpretes integrar posiciones iusfundamentales nuevas y a veces inesperadas que son ejemplos perfectos de actualización, de evolutividad, asociada a la tantas veces mentada expansividad de los derechos» («La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en, GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 92).

El objeto y fin del tratado juega también un papel destacado a la hora de decantarse por una interpretación dinámica y extensiva²⁹. Al tratarse de un tratado normativo, el TEDH ha declarado que debe buscar aquella interpretación más apropiada para alcanzar el fin y realizar el objeto del Convenio y no aquella que daría un alcance más limitado a los compromisos adquiridos por las Partes³⁰. Como es, ante todo, un mecanismo de defensa de los derechos humanos, debe aplicarse de modo que sus garantías resulten concretas y efectivas y no teóricas e ilusorias³¹. Esta interpretación, como nos recuerda la jueza Tulkens, se inspira en el Preámbulo del Convenio³², que se refiere a la preservación y desarrollo de los derechos y libertades, lo cual implica, por una parte, que debe asegurarse su efectividad en circunstancias cambiantes, y, por otra, que se permite un grado de innovación y creatividad capaz de ampliar el alcance de las garantías del Convenio³³. Estamos, así, en presencia del principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*)³⁴ que, sin recogerse expresamente en la Convención de Viena, se deduce, como apuntó la Comisión de Derecho Internacional, del párrafo 1 del artículo 31³⁵, que requiere que un acuerdo internacional sea interpretado de buena fe conforme al sentido corriente del texto. Este enfoque teleológico encuentra, asimismo, un

²⁹ Al respecto, FITZMAURICE, M., «Dynamic (Evolutive) interpretation of treaties», *Hague Yearbook of International Law*, vol. 21, 2009, pp. 117 y ss.; VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (3ª ed.), Ed. Kluwer, La Haya, 1998, p. 74.

³⁰ *Wemhoff contra Alemania*, 27 de junio de 1968, § 8, Serie A nº 7.

³¹ *Airey contra Irlanda*, 9 octubre 1979, § 24, Serie A nº 32; *Moreno Gómez contra España*, nº 4143/02, § 56, TEDH 2004 X; *Jelcovas contra Lituania*, nº 16913/04, § 119, TEDH 2011.

³² El profesor J. GARCÍA ROCA defiende también que «el Preámbulo es un contexto hermenéutico desde el cual debe comprenderse el Convenio antes de interpretar las normas. El TEDH ha usado ciertos criterios hermenéuticos que ha extraído de allí, en todo o en parte, efectuando alusiones explícitas o implícitas al mismo» («El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo», en, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª edición, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 52).

³³ Opinión parcialmente disidente de la jueza TULKENS, *Stummer contra Austria* [GS], nº 37452/02, TEDH 2011.

³⁴ *Mamatkulov y Askarov contra Turquía* [GS], nº 46827/99 y 46951/99, § 123, TEDH 2005-I.

³⁵ *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*, ya citado, p. 240.

amplio respaldo en la jurisprudencia internacional, donde podemos descubrir además, ejemplos como el arbitraje en el asunto *Línea ferroviaria Iron Rhine (Bélgica c. Países Bajos)*, que muestran el estrecho vínculo que examinamos: para asegurar la aplicación efectiva del tratado desde el punto de vista de su objeto y fin es preferible una interpretación evolutiva a «una estricta aplicación de la norma intertemporal»³⁶.

Por último, si los términos genéricos se plasman en un tratado concluido por un periodo muy largo o tiempo ilimitado se refuerza, como también ha apuntado la jurisprudencia, la presunción a favor de su carácter evolutivo³⁷; más aún cuando su objeto es la creación de un régimen jurídico estable y duradero³⁸. Como otros instrumentos jurídicos de naturaleza constitucional, el Convenio tiene esa vocación de permanencia, ya que establece un mecanismo de protección de carácter continuo, de modo que no sólo aspira a la salvaguarda puntual de los derechos fundamentales sino también, como determina su preámbulo, a su desarrollo a lo largo del tiempo³⁹.

2. SU ENCAJE EN LAS NORMAS USUALES DE INTERPRETACIÓN

Aunque la competencia del TEDH está restringida a la aplicación e interpretación del Convenio y de sus Protocolos⁴⁰, en ningún caso ha tomado sólo

³⁶ Tribunal Permanente de Arbitraje, laudo de 24 de mayo de 2005, párr. 80 (disponible en www.pca-cpa.org)

³⁷ *Ibid.*, párr. 82; TIJ, *Derechos de navegación y derechos conexos*, ya citado, párr. 66.

³⁸ Como advierte el profesor R. KOLB, en los tratados normativos, como el Convenio de Roma, «il est présumé que les parties aient prévu la possibilité d'une évolution dans le sens de termes parce qu'ils visaient à régler de manière optimale pour les temps à venir une matière» (*Interprétation et création du Droit International*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2006, p. 425)

³⁹ En esta línea, R. BERNHARDT afirma que la «reference to object and purpose can be understood as entry into a certain dynamism. If it is the purpose of treaty to create longer lasting and solid relations between the parties or to guarantee personal freedoms to citizens as well as foreigners, it is hardly compatible with this purpose to eliminate new developments in the process of treaty interpretation. Multilateral treaties creating international organizations and human rights conventions are outstanding examples for the need of evolutive treaty interpretations» («Evolutive treaty interpretation, especially of the European Convention on Human Rights», *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999, pp. 16-17)

⁴⁰ Art. 32.

este marco normativo para determinar el alcance de los derechos y libertades enunciados en ellos, sino que se ha inspirado, y muy a menudo, en multitud de normas jurídicas enunciadas en diversas fuentes externas internacionales⁴¹. Este proceder no es excepcional, sino que encuentra su reflejo en la técnica interpretativa enunciada en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la CVDT, que impone al intérprete tener en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Pero como había ocurrido en otros ámbitos⁴², el Tribunal fue durante mucho tiempo reactivo a referirse a esta regla, pese a que, desde el principio, las referencias exógenas inundaron su jurisprudencia. En los últimos años, sin embargo, su presencia ha sido más habitual, convirtiéndose en una herramienta muy valiosa al servicio de diferentes necesidades: colmar las posibles lagunas del Convenio⁴³, esclarecer el significado de ciertos términos no definidos en él⁴⁴ o resolver conflictos normativos⁴⁵. Asimismo, ha servido para actualizar su contenido en función de los avances normativos europeos e internacionales, aunque, ciertamente, cuando el Tribunal se encuentra en este escenario, es bastante precavido a la hora de invocarlo, sobre todo, cuando se remite a normas internacionales convencionales. Ello se debe, posiblemente, a que su metodología no se condice con la lógica formalista y binaria que presenta

⁴¹ Véase, con más detalle, FOROWICZ, M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2010; ZIELEME, I., «Case-Law of the European Court of Human Rights and integrity of International Law», en, HUESA VINAIXA, R. y WELLENS, K. (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation su Droit International*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 187-210.

⁴² En este sentido, la profesora P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA afirma que dicho artículo «ha permanecido olvidado por la doctrina y por la jurisprudencia durante mucho tiempo, hasta que esta bella disposición durmiente ha sido descubierta tanto por los tribunales internacionales como por la CDI», «El principio de integración sistémica y la unidad del derecho internacional», *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, *cit.*, p. 365.

⁴³ *Golder contra el Reino Unido*, ya citada, § 35; *Mamatkulov y Askarov contra Turquía*, ya citada, § 111.

⁴⁴ *Loizidou contra Turquía* [GS], n° 15318/89, § 43, TEDH 1996-VI.

⁴⁵ *Al-Adsani contra el Reino Unido* [GS], n° 35763/97, § 55, TEDH 2001 XI; *Fogarty contra el Reino Unido* [GS], n° 37112/97, § 35, TEDH 2001 XI; *McElhinney contra Irlanda* [GS], n° 31253/96, § 36, TEDH 2001 XI.

⁴⁶ VAN DROOGHENBROECK, S., «Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites (Cour eur. dr. h., G de Ch., Demir et Baykara contra Turquie, 12 novembre 2008)», *Revue Trimestrielle des Droits de L'homme*, vol. 79, 2009, p. 829.

esta disposición en el Convenio de Viena⁴⁶. En efecto, ni su lectura más flexible, que no exigiría identidad de las partes en el Convenio y el tratado al que se recurre para la interpretación⁴⁷, podría encontrar cabida en él, pues, como ha declarado sin ambages el Tribunal, no es necesario que el Estado demandado haya ratificado el conjunto de los instrumentos jurídicos aplicables a la materia⁴⁸. Más aún, habría que añadir que ni tan siquiera se requiere que puedan serles oponibles en algún momento, tal como sucede con la Carta respecto a ciertos Estados no pertenecientes a la UE.

⁴⁷ La doctrina en este punto se encuentra muy dividida. Los defensores de una interpretación restrictiva del artículo 31.3.c) se basan en el principio *res inter alios acta* (YASSEEN, M., «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des traités», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 151, vol. III, 1976, p. 63). Otros mantienen, además, que una lectura amplia de dicho precepto no se sostiene cuando es analizado a partir de las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados (LINDERFALK, U., «Who are the 'Parties'?»: Article 31 Paragraph 3 (c) of the 1969 Vienna Convention and the 'Principle of Systemic Integration' Revisited», *Netherlands International Law Review*, vol. 55, 2008, pp. 343-364). Su posición encuentra amparo en la decisión del Grupo especial de la OMC en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, que consideró que tal precepto exige que se tomen en cuenta las normas de Derecho internacional que son aplicables en las relaciones entre todas las partes en el tratado que se esté interpretando, por lo que los citados acuerdos deberían estar en vigor y ser vinculantes para todos los Miembros de la OMC, no sólo para las Partes en la diferencia (Doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, adoptado el 21 de noviembre de 2006, párr. 7.70). Pero como ha puesto de relieve el Grupo de Estudio sobre Fragmentación de la CDI, este enfoque puede provocar cierto aislamiento de los tratados multilaterales, siendo, paradójicamente, progresivamente superior cuanto más Estados acepten los tratados multilaterales. Esta incomunicación provocaría el efecto contrario que se persigue con este precepto, toda vez que no se permitirían remisiones entre los acuerdos internacionales, impidiendo de esta forma el rejuvenecimiento de los viejos tratados a las nuevas exigencias presentes en los nuevos acuerdos con vocación universal (*Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación del derecho internacional*, ya citado, párr. 472). Así, hay autores que reclaman una visión menos rígida de él, de modo que podría entenderse que dicha disposición hace referencia más bien a las «partes en una controversia», lo que permitiría, sin duda alguna, ampliar el número de tratados a los que el intérprete pueda recurrir (FRENCH, D., «Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 305-307; MARCEAU, G., «A call for coherence in international law. Praises for the prohibition against «clinical isolation» in WTO dispute settlement», *Journal of World Trade*, vol. 33, 1999, p. 124-128; PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., «The WTO Legal System: System of Law», *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 411).

⁴⁸ *Demir y Baykara contra Turquía*, ya citada, § 86.

Ahora bien, la CDI llegó a la conclusión, al estudiar el tema de la fragmentación, que era posible utilizar acuerdos internacionales cuando, aún sin ser vinculantes jurídicamente, «demuestran la existencia de una coincidencia de pareceres de las partes con respecto al objeto y el fin del tratado que se interpreta o el sentido de un término determinado»⁴⁹. Este planteamiento no difiere, realmente, con el presente en la jurisprudencia del Tribunal, toda vez que éste también se refiere a ellos en la medida en que «denoten una evolución continua de las normas y principios aplicados en el Derecho internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa»⁵⁰. En realidad, el Tribunal no incorpora ni aplica esas normas externas, sino que se vale de ellas para demostrar la existencia de un consenso emergente o una tendencia internacional en la materia. Es, ciertamente, una declinación del principio de integración sistémica, denominada por algunos como interpretación cruzada, por medio del cual se tiene en cuenta el entorno normativo respecto a su contenido material⁵¹.

Hay que tener presente, además, que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 31 de la CVDT, podría tomarse en consideración, tal como advirtió el Grupo Especial de la OMC en el asunto *CE - Medidas que afectan a la*

⁴⁹ *Conclusiones del Grupo de Estudio de la CDI sobre Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, doc. A/CN.4/L.702, de 18 de julio de 2006, conclusión 20. Sería sobre todo el supuesto de las normas convencionales *in statu nascendi*, como las enunciadas en muchos tratados pendientes de su entrada en vigor, pues poseen un importante valor probatorio de las tendencias seguidas en el Derecho internacional (Opinión disidente del árbitro G. GRIFFITH en la *Controversia sobre el acceso a la información con relación al artículo 9 del Convenio OSPAR* (Irlanda contra el Reino Unido), Tribunal Permanente de Arbitraje, de 2 de julio de 2003, párr. 19. Desde un punto de vista doctrinal: MCLACHLAN, C., «The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, 2005, p. 315.

⁵⁰ *Demir y Baykara contra Turquía*, ya citada, § 86. Algunos jueces, muy críticos con la redacción de esta sentencia, han interpretado este párrafo en los siguientes términos: «I would like to think that what the Grand Chamber meant when it referred to non-ratified treaties was those treaties that some States may not have ratified but that could still indicate the emergence of a universal or regional customary norm. Where the customary rule turns out to be different from the Convention provision, at least in its original form and intent, that rule may indeed affect the subsequent reading of the Convention provision» (Opinión concurrente de la jueza Ziemele, *Lalmahomed contra Países Bajos*, nº 26036/08, TEDH 2011).

⁵¹ TOUZÉ, S., «Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, 2011, p. 525.

aprobación y comercialización de productos biotecnológicos, otras normas pertinentes de Derecho internacional (aunque no fueren aplicables a todas las partes en la diferencia) por su carácter informativo, en la medida en que aporten pruebas del sentido corriente que deba darse a los términos de un tratado⁵². Este planteamiento, trasladado al asunto que nos ocupa, amén de ofrecer una mejor respuesta a la práctica del TEDH, explicaría también por qué las normas de *Soft Law* (como así se consideraba originariamente la Carta cuando fue promulgada⁵³), serían también relevantes para interpretar el Convenio aunque estén en principio desprovistas de eficacia jurídica. Por otra parte, los tratados *in pari materia* (aquellos instrumentos jurídicos concernientes a la misma materia) pueden ser utilizados como un medio de interpretación complementario de acuerdo con el artículo 32 del Convenio de Viena⁵⁴, aunque no haya una coincidencia de partes⁵⁵.

Como veremos en la segunda parte del trabajo, las decisiones del TEDH se amparan también en otros elementos del Derecho de la Unión Europea, como la jurisprudencia y la legislación. Por una parte, es fácil encontrarse con referencias a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Nada excepcional, pues es una práctica común del Tribunal valorar las soluciones exegéticas de otras jurisdicciones internacionales, tanto si tienen competencias diferentes (p. ej. la Corte Internacional de Justicia⁵⁶ o el Tribunal Internacional de Derecho del Mar⁵⁷), como si operan en el mis-

⁵² Párr. 7.92, informe ya citado.

⁵³ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, pp. 84- 100.

⁵⁴ Como nos recuerda el profesor Y. LE BOUTHILLIER, aunque se tiende a pensar que los únicos medios complementarios son los trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración, lo cierto es que no es una relación limitativa, sino meramente ejemplificativa («Article 32», CORTEN, O. y KLEIN, P. (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article* (vol. II), Ed. Bruylant, Bruselas, 2006, p. 1366.

⁵⁵ LINDERFALK, U., *On the interpretation of treaties. The modern International Law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Ed. Springer, Dordrecht, 2007, pp. 255-259.

⁵⁶ *Chipre contra Turquía* [GS], n° 25781/94, § 95, TEDH 2001 IV (refiriéndose al asunto *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971, *ICJ Reports* 1971, párr. 95); *Behrami y otros contra Francia* (decisión) [GS], n° 78166/01, § 144, TEDH 2007 (refiriéndose al asunto *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, *ICJ Reports* 1949).

⁵⁷ *Mangouras contra España* [GS], n° 12050/04, § 89, TEDH 2010 (refiriéndose al asunto *Hoshinmaru* (Japón contra Federación de Rusia), sentencia de 6 de agosto de 2007).

mo ámbito (p. ej. la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸). Como algunos han apuntado, aunque la jurisprudencia no es una fuente autónoma del Derecho internacional, sino un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, puede aceptarse su uso a efectos interpretativos si sirve para identificar las normas internacionales aplicables⁵⁹. Sin olvidar, además, que la práctica estatal puede generarse precisamente a partir de ciertas resoluciones judiciales internacionales⁶⁰. Finalmente, en cuanto al Derecho derivado europeo, compartimos la opinión del árbitro G. Griffith expresada en el arbitraje sobre la *Controversia sobre el acceso a la información con relación al artículo 9 del Convenio OSPAR*, cuando afirma que las normas de la UE, como cualquier otra práctica de las organizaciones internacionales, puede informar la interpretación de los acuerdos internacionales⁶¹. La legislación de la UE, antes o después, acarreará cambios en la práctica de los Estados Miembros, que, por su representatividad, extensión y uniformidad, no deberá ser desconocida por el Tribunal.

III. EL RECURSO A LA CARTA PARA JUSTIFICAR LOS CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA

El principio *stare decisis* o doctrina del precedente, propio de los ordenamientos jurídicos anglosajones, no es extrapolable a las jurisdicciones internacionales. No lo es en su dimensión vertical, donde existiría una ordenación jerárquica de los precedentes que provocaría una vinculación de las decisiones de los tribunales superiores, puesto que el Derecho internacional posee una estructura descentralizada sin una instancia judicial superior, ni tampoco en su dimensión horizontal, por la cual los jueces se encontrarían

⁵⁸ *Akdivar y otros contra Turquía* [GS], nº 21893/93, § 68, TEDH 1996 IV (citando el asunto *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares) y el asunto *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultativa OC-11/90, de 10 de agosto de 1990); *Palomo Sánchez y otros contra España* [GS], nº 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06, § 56, TEDH 2011 (citando el asunto *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985).

⁵⁹ GARDINER, R.K., *Treaty Interpretation*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 268.

⁶⁰ VANNESTE, F., *General international law before human rights courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Ed. Intersentia, Oxford, 2010, p. 288.

vinculados por sus pronunciamientos precedentes. Antes bien, cuando las instancias judiciales internacionales tienen que resolver asuntos que son semejantes suelen recurrir a la *ratio decidendi* de decisiones anteriores en aras de la certidumbre jurídica⁶². Así, en el *caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Excepciones preliminares), el Tribunal Internacional de Justicia, después de advertir que de conformidad con el artículo 59 del Estatuto sus sentencias sólo son obligatorias para las partes litigantes respecto al caso particular, afirmó que lo verdaderamente relevante era precisar si había motivos para no tener en cuenta el razonamiento y las conclusiones de casos anteriores⁶³. Y en el marco de la OMC, los órganos de solución de diferencias, aún con mayor claridad, han dictaminado que, aunque sus decisiones no son jurídicamente vinculantes, proporcionan orientaciones valiosas⁶⁴, crean expectativas legítimas en sus Miembros y, por tanto, deben valerse de ellas cuando sean pertinentes para una diferencia⁶⁵.

En esta línea argumental, el Tribunal de Estrasburgo viene afirmando que, aunque no está formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores, «en interés de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad ante la Ley, no se aparta sin un motivo válido de sus propios precedentes»⁶⁶. En consecuencia, el Tribunal, en principio, responde de igual manera ante problemas jurídicos que son sustancialmente parecidos, lo que conlleva un desarrollo ordenado y continuo de la jurisprudencia que sólo es quebrada cuando hay «razones imperiosas» para hacerlo⁶⁷. Normalmente, sólo abandona soluciones anteriores, ya sea porque consideran necesario acomodar la interpretación del Convenio a los cambios operados en la sociedad a lo largo del tiempo, ya sea porque existe un amplio margen de incertidumbre en torno a su jurisprudencia⁶⁸, lo cual recuer-

⁶¹ Párr. 24, ya citado.

⁶² Con mayor detalle véase GUILLAUME, G., «The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011, p. 5-23.

⁶³ Sentencia de 11 de junio de 1998, *ICJ Reports 1998*, p. 275.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - subvenciones al algodón americano (upland)*, doc. WT/DS267/R, de 8 de septiembre de 2004, párr. 7.959.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación *Japón- Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, de 4 de octubre de 1996, pp. 18-19.

⁶⁶ Entre otras, *Chapman contra Reino Unido* [GS], nº 7238/95, § 70, TEDH 2001-I; *Martinie contra Francia* [GS], nº 58675/00, § 54, TEDH 2006 VI.

⁶⁷ *Cossey contra el Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 35, Serie A, nº 184.

⁶⁸ Al respecto véase el estudio del profesor A. MOWBRAY, «An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law», *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2009, pp. 179-201.

da a las técnicas argumentativas del *ouerruling* y el *distinguishing* del modelo anglosajón que permiten apartarse de los precedentes⁶⁹.

En ambos casos, los distintos elementos que componen el sistema de normas y actos de la UE, con la Carta a la cabeza, está sirviendo para conceder una mayor protección a los individuos, porque la ruptura con la jurisprudencia bien establecida, aunque siempre controvertida, tiene como objetivo ampliar el campo de aplicación de los derechos garantizados en el Convenio. El Derecho de la UE viene a imprimir así un marcado carácter dinámico al proceso de interpretación, que refuerza una orientación *pro homine* en la tutela de los derechos fundamentales.

1. LA CONSTATACIÓN DE UN CONSENSO EMERGENTE

Ésta es, sin duda, la justificación que con más frecuencia manejan los jueces para revertir su doctrina. De ella se sirven si comprueban cambios normativos importantes, que, como ya hemos apuntado más arriba, puede descubrirse no sólo de la práctica estatal sino también de los distintos instrumentos jurídicos regionales o internacionales, en los que la Carta juega un papel muy significativo.

A. La Carta y la práctica estatal europea e internacional

La evolución jurisprudencial del derecho a contraer matrimonio recogido en el artículo 12 del Convenio es seguramente un caso paradigmático de la derogación del precedente (*ouerruling*)⁷⁰. Durante mucho tiempo (sentencias *Rees*⁷¹, *Cossey*⁷² y *Sheffield y Horshman*⁷³) el Tribunal consideró que el cita-

⁶⁹ Sobre ellas véase SILTALA, B., *A Theory of Precedent: from Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 73.

⁷⁰ Desde la doctrina constitucionalista se habla también en estos casos de «derechos transformados» (REY MARTÍNEZ, F., «¿Cómo nacen los derechos?. Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos», *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario...*, cit. pp. 347 y ss.) o de ampliación de posiciones iusfundamentales previas (CANOSA USERA, R., «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo...», cit. pp. 94 y ss.).

⁷¹ *Rees contra Reino Unido*, 17 de octubre 1986, § 50, Serie A, nº 106.

⁷² *Cossey contra Reino Unido*, ya citada.

⁷³ *Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, 30 julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

do precepto hacía referencia al matrimonio tradicional, entendiendo como tal la unión entre personas pertenecientes a sexos biológicos distintos. De este modo, la negativa de las autoridades nacionales a reconocer el matrimonio entre transexuales no suponía una violación del Convenio. El cambio de orientación se produjo en el asunto *Christine Goodwin* del año 2002⁷⁴. En primer lugar, dictaminó que el no reconocimiento jurídico de los cambios de sexo en cuestiones relativas al empleo, filiación o política penitenciaria suponía una violación del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 del Convenio. Aunque reconoció que ya había resuelto asuntos sobre la misma cuestión, afirmó, a su vez, que debía tener en consideración no sólo la evolución de la situación de los transexuales en el Estado demandado, sino también en el resto de los Estados Parte. Sin embargo, y en contra de la metodología hermenéutica por la que se guiaba hasta el momento, el Tribunal concedió una gran importancia a la evidencia indiscutible de una tendencia internacional continuada a favor del reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales, pese a la falta de un enfoque común europeo sobre los problemas planteados (párr. 85). Vuelve, en cambio, a su *hábitat* jurídico europeo, cuando tiene que analizar si la restricción británica que impide casarse a los transexuales va en contra de lo establecido en el Convenio. Y lo hace aunque, como se reconoce en la sentencia, sobre la base del escrito *amicus curiae* de la organización *Liberty*, el estudio del derecho comparado en la materia refleja que el número de países que autorizan el matrimonio es inferior al de los Estados que reconocen la nueva identidad de los transexuales. Con todo, considera que la institución del matrimonio se ha visto profundamente alterada por la evolución de la sociedad, tal como se constata, por ejemplo, en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que, en contraste con lo estipulado en el artículo 12 del Convenio, excluye, y no por casualidad, sino deliberadamente, cualquier alusión al hombre y la mujer (párr. 100). Consecuentemente, rechaza el argumento del gobierno anglosajón que señalaba que el matrimonio no se extendía a uniones entre personas del mismo sexo biológico. Es así como, finalmente, dando igualmente la vuelta a su jurisprudencia en este punto, considera que se ha vulnerado la sustancia misma de su derecho a casarse, pues, pese a que dicho precepto permite (a diferencia del artículo 8) que sea la legislación interna la que establezca las condiciones para el ejercicio de este derecho, encuentra artificial la afirmación de que las personas que se han

⁷⁴ *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, ya citada.

sometido a una operación de cambio de sexo no se les prive de su derecho a contraer matrimonio puesto que, conforme a la ley, mantienen la posibilidad de casarse con una persona del sexo opuesto a su anterior sexo (párr. 101). Rechaza, asimismo, que la regulación quede enteramente en el marco del margen de apreciación del Estado, ya que ello podría equivaler a que el abanico de opciones abiertas a un Estado llegase incluso a prohibir, en la práctica, el ejercicio del derecho a casarse (párr. 103)⁷⁵.

Dada la repercusión social de dicha sentencia, y los cambios legislativos que se venían produciendo durante la última década en parte de Europa, la llegada al Tribunal de un asunto donde se plantease el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo era sólo una cuestión de tiempo. Así ocurrió unos años más tarde, en una demanda contra Austria (asunto *Schalk y Kopf*)⁷⁶, cuya resolución apareció sólo unos meses después de que la Carta estrenase su plena fuerza vinculante. También, como era de esperar, los demandantes basaron su defensa en la jurisprudencia en materia de transexualidad que acabamos de ver. El Tribunal, por el contrario, aunque sostuvo que podían deducirse algunos principios generales de dicha jurisprudencia, afirmó que el asunto era diferente (párr. 59). De esta forma, no se vería obligado a seguir el razonamiento jurídico de los casos anteriores. Es un ejemplo, a nuestro entender, del *distinguishing*, que permite apartarse de decisiones previas alegando la falta de identidad fáctica. Con estas premisas, el resultado era entonces previsible: el artículo 12 no impone la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo; la remisión que dicha disposición hace a la legislación interna, deja en manos de cada Estado permitir o no el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo (párr. 61). Aún así, se produce un cierto avance en esta materia a partir de las referencias a la Carta y a la legislación de la UE.

Por una parte, al comparar el artículo 12 del Convenio con el artículo 9 de la Carta, tomando en cuenta, además, ciertos *Comentarios* (que no las *Ex-*

⁷⁵ Tal como apunta el profesor J. A. GONZÁLEZ VEGA «el Tribunal sólo estima necesario reacomodar —que no suprimir— el margen de apreciación conferido al Estado demandado en este ámbito; [...] En suma, el Tribunal confirma la buena salud de esta doctrina de autocontención, si bien abandona los márgenes excesivos que anteriormente había reconocido a su operatividad en este concreto contexto» («Interpretación, Derecho internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: A propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, pp. 170.180)

⁷⁶ *Schalk y Kopf contra Austria*, nº 30141/04, TEDH 2010.

plicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea) de dicho texto⁷⁷, llega a la conclusión de que ya no existe ningún obstáculo para reconocer las relaciones del mismo sexo, esto es, puede comprender formas de matrimonio que no es la tradicional (párrs. 60-61). Pero es que además, y aunque considera que no hubo una vulneración de dicho precepto porque no existía un consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁸, deja, empero, la puerta abierta a cambios jurisprudenciales. Así se desprende de ciertas afirmaciones, tales como que «el matrimonio tiene profundas connotaciones sociales y culturales que difieren ampliamente de una sociedad a otra [por lo que] no debe *apresurarse* a sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, en mejor situación para valorar y responder a las necesidades de la sociedad»; o cuando dice que [...] *tal como están las cosas*, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las leyes nacionales[...]» (párrs. 61-62)⁷⁹. Por lo tanto, como más adelante se afirma en la sentencia al evaluar si la imposibilidad de acceder al matrimonio podría suponer una violación del artículo 14 (Prohibición de discriminación) tomado conjuntamente con el artículo 8 (Derecho al respeto de la vida priva-

⁷⁷ El Tribunal no cita siquiera su autoría o procedencia. Se trata, según hemos podido comprobar, del trabajo «Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union» (disponible en <http://econtraeuropa.eu/justice>), elaborado en junio de 2006 por la *Red Europea de Expertos Independientes en Materia de Derechos Fundamentales*, que fue creada en 2002 por la Comisión Europea a petición del Parlamento Europeo. Su misión es la supervisión de los derechos fundamentales en cada uno de los Estados Miembros y en la UE sobre la base de la Carta. Cada año emite un informe sobre la situación en la práctica de los derechos fundamentales. Este trabajo, en cambio, es una iniciativa propia de la organización, donde cada uno de sus miembros se ha encargado de analizar el contenido de uno de los preceptos de la Carta y, por tanto, el resultado no representa el punto de vista de la Red en su conjunto. Supone, no obstante, una interesante guía práctica sobre cómo deben aplicarse las disposiciones de la Carta.

⁷⁸ No llega al 13 % los países del Consejo de Europa que lo aceptan. A diferencia de los *casos Christine Goodwin* y *I. contra Reino Unido* no existe entonces una convergencia de criterios en esta materia (párr. 58-59). Puede parecer sorprendente que no se haga referencia alguna a la legislación de terceros países no europeos, como en el asunto anterior. Sin embargo, si leemos con detalle las observaciones formulada por las organizaciones no gubernamentales, vemos que esta situación no se analiza en profundidad; tan sólo se recogen algunos pronunciamientos judiciales de tribunales extranjeros. Ello se debe, ciertamente, a que no existe, en contraste con la transexualidad, avances normativos significativos que permitan afirmar la existencia de una tendencia internacional generalizada.

⁷⁹ Las cursivas son nuestras.

da y familiar), nos movemos en un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido (párr. 105). A día de hoy, los Estados que otorgan reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo no son aún mayoría. Seguramente, cuando lo sean, ya no será posible sostener que los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación en este campo.

Por otra parte, se amplía el ámbito de aplicación del artículo 8, incluyendo las relaciones entre parejas del mismo sexo en el concepto de «vida familiar». La jurisprudencia del Tribunal sólo había aceptado que este tipo de relaciones constituyesen una «vida privada». Ahora, consciente de que la actitud de la sociedad hacia estas parejas ha experimentado un rápido desarrollo en muchos países, y teniendo en cuenta dos directivas de la UE (sobre reagrupación familiar y libertad de circulación)⁸⁰, que vienen a reflejar igualmente este cambio de tendencia, considera artificial mantener que, a diferencia de las parejas heterosexuales, las del mismo sexo no pueden disfrutar de «vida familiar» a los efectos del artículo 8 (párrs. 93-94).

B. La Carta y la jurisprudencia internacional y de la Unión Europea

Junto a las alusiones a la Carta, el Tribunal procura, cuando así acontece, comparar los desarrollos que se producen en otras instancias jurisdiccionales internacionales. El asunto *Scoppola* es una buena muestra de ello⁸¹. El artículo 49 de la Carta, dedicado a la irretroactividad de las leyes y sanciones penales, encuentra su fuente de inspiración en el artículo 7 del Convenio. Sin embargo, introduce como novedad la norma de la retroactividad de la pena más leve (principio de la *lex mitior* o retroactividad *in mitius*), presente ya en algunas normas de Derecho derivado⁸² y, sobre todo, en otros instrumen-

⁸⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003); Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril de 2004).

⁸¹ *Scoppola contra Italia* (nº 2) [GS], nº10249/03, 17 de septiembre de 2009.

⁸² El profesor M. LÓPEZ ESCUDERO pone como ejemplo el Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO L 312 de 23.12.1995), en cuyo artículo 2.2 se dice que «en caso de modificación posterior de las disposiciones sobre las sanciones administrativas contenidas en una normativa comunitaria, se aplica-

tos jurídicos internacionales, como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 24.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, todos ellos con una redacción similar. También aparece consagrado en la jurisprudencia internacional (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)⁸³ y de la UE. Al respecto, el Tribunal trajo a colación el asunto *Berlusconi*, que confirmaba que el principio de aplicación retroactiva de la pena menos grave formaba parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y, en consecuencia, debía considerarse como uno de los principios generales del Derecho comunitario⁸⁴. Todo ello llevó al Tribunal a considerar, con algunas críticas de un número importantes de magistrados⁸⁵, que el apartado 1 del artículo 7 de la Convención garantizaba no sólo el principio de irretroactividad de las leyes penales más severas, sino también, implícitamente, el principio de retroactividad de la ley penal más leve. Por consiguiente, si la ley penal vigente en el momento de la infracción y las leyes penales posteriores adoptadas antes de la finalización del proceso judicial son diferentes, el juez debe aplicar las disposiciones más favorables al imputado (apartado 109).

Un mayor protagonismo tuvo la jurisprudencia de la UE, si cabe, en el asunto *Micallef contra Malta*⁸⁶, relativo a ciertos derechos fundamentales de naturaleza procesal, pues la nueva orientación que imprimió el Tribunal, si

rán con carácter retroactivo las disposiciones menos severas» («Comentario al artículo 49», *Carta de los derechos fundamentales...*, cit., p. 782)

⁸³ *Prosecutor contra Dragan Nikolic*, n.º IT-94-2-A, sentencia de la Sala de Apelación de 4 de febrero de 2005, párrs. 79 y ss.

⁸⁴ Sentencia de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, C 387/02, C 391/02 y C 403/02, *Rec.* p. I 3565, apartados 68-69.

⁸⁵ En una breve pero dura opinión disidente de los jueces NICOLAOU, BRATZA, LORENZEN, JOËIENE, VILLIGER y SAJÓ: «Aucune interprétation judiciaire, aussi créative soit-elle, n'est totalement exempte de contraintes. Ce qui importe avant tout est de ne pas outrepasser les bornes fixées par les dispositions de la Convention.[...] Il s'agit d'une question sur laquelle la Cour devrait se montrer particulièrement sensible. Or, et bien que la présente cause ne l'exige pas, la majorité a procédé à l'examen de l'affaire sous l'angle de l'article 7 § 1 et, pour appliquer celui-ci, l'a réécrit afin de le rendre conforme à ce qu'elle estime qu'il aurait dû dire. Nous nous permettons de dire que cela dépasse les bornes». Fuertes críticas que se han extendido también al ámbito doctrinal (entre otros, véase VAN DROOGHENBROECK, S., «Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne (Cour européenne des droits de l'homme. Scoppola c. Italie (n.º2), 17 septembre 2009)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 84, 2010, pp. 853-891).

⁸⁶ *Micallef contra Malta* [GS], n.º 17056/2006, TEDH 2009.

bien el único instrumento jurídico internacional citado fue la Carta (en concreto, el artículo 47), se debió, en verdad, a una sentencia del Tribunal de Justicia: el asunto *Denilauler*⁸⁷. A partir de ella, declaró que la exclusión de las medidas provisionales del ámbito de aplicación de las garantías del artículo 6 ya no se justificaba por el solo hecho de que, en principio, no determinaba derechos y obligaciones de carácter civil. Señaló que la mayoría de los Estados europeos se enfrentaban a importantes retrasos por la sobrecarga de sus sistemas judiciales, lo que conducía a procedimientos excesivamente largos, dando lugar a que una decisión judicial para resolver medidas provisionales a menudo fuese equiparable a una decisión sobre el fondo del asunto por un periodo considerable de tiempo. De ello habría que deducir que ambos procedimientos decidían frecuentemente los mismos «derechos y obligaciones civiles» y tenían los mismos resultados de larga duración o efectos permanentes (apartado 79). Consiguientemente, el artículo 6 se aplica a las medidas cautelares, aunque deben concurrir algunas condiciones: primeramente, que el derecho en juego, tanto en el procedimiento principal como en el procedimiento de medidas cautelares, sea de naturaleza «civil» en el sentido autónomo de la noción. En segundo lugar, que la naturaleza, el objeto y el fin de las medidas cautelares, así como sus efectos sobre el derecho en cuestión, sean examinados. Así, cada vez que una medida provisional pueda ser considerada decisiva para determinar el derecho u obligación civil en juego, independientemente del tiempo durante el cual está en vigor, será aplicable el artículo 6 (apartados 84-85)⁸⁸.

2. UNA JURISPRUDENCIA ERRÁTICA

En otras ocasiones, el Derecho de la Unión Europea ha contribuido a poner fin a una jurisprudencia vacilante y dubitativa. Así ocurrió en el asunto *Vilho Eskelinen*, en el que el Tribunal reconsideró las condiciones para la aplicación de las garantías del apartado 1 del artículo 6 (derecho a un proceso equitativo o juicio justo) al ámbito de la función pública; una decisión en principio sorprendente, pues, en fechas no muy lejanas, había decidido adoptar un nuevo criterio doctrinal basado en la naturaleza de las funciones y de

⁸⁷ Sentencia de 21 de mayo de 1980, *Denilauler*, C-125/79, *Rec.* p. 1553.

⁸⁸ No obstante, en casos excepcionales, en los que la eficacia de la medida solicitada dependa de una rápida toma de decisiones, es admisible que no sean respetadas todas las exigencias del artículo 6 (párr. 86).

las responsabilidades ejercidas por el empleado público, para poner fin, precisamente, a la incertidumbre que rodeaba la aplicación de dicho precepto en los litigios entre el Estado y sus funcionarios. En efecto, en la sentencia *Pellegrin*⁸⁹, había elaborado una interpretación autónoma de la noción de «función pública» con el objetivo de asegurar un trato igual a todos los funcionarios públicos que ocupasen funciones equivalentes o similares en los Estados partes del Convenio, de modo que quedarían así fuera del ámbito del artículo 6.1 del Convenio la totalidad de los litigios de los funcionarios cuyo empleo supusiese la participación en el ejercicio del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas (p. ej. las fuerzas armadas o la policía)⁹⁰. El nuevo criterio no recibió, sin embargo, el visto bueno de todos los jueces, entre otras razones, porque privaba a todo un grupo de personas de una garantía fundamental en un Estado de derecho, que es el derecho de acceso a la justicia. Pero, además, fue muy criticada la mención que en la sentencia se hizo a la clasificación comunitaria de los funcionarios públicos, ya que ésta se enmarcaba en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y, por tanto, podía ser objeto de restricciones, en tanto que el derecho a un proceso justo únicamente permitía las derogaciones expresamente previstas en el Convenio⁹¹. En suma, los jueces disidentes afirmaron que este nuevo enfoque no iba a evitar el riesgo de arbitrariedad, sino que, por el contrario, crearía nuevas zonas de incertidumbre⁹². Y así fue, pues, tan sólo unos años más tarde, el Tribunal volvería a dar un nuevo giro a su jurisprudencia en la materia. Sería en la ya citada sentencia *Vilho Eskelinen*⁹³ y lo justificaría en los siguientes términos: en primer lugar, la aplicación de la doctrina anterior daría lugar a resultados «anómalos». Como prueba de ello, el Tribunal afirma que las garantías que comprende el artículo 6 no podrían extenderse a todos los demandantes; daría cobertura a un auxiliar administrativo y excluiría a los cuerpos policiales, pese a tratarse de un litigio idéntico: una reclamación económica de un com-

⁸⁹ *Pellegrin contra Francia* [GS], n° 28541/95, TEDH 1999-VIII.

⁹⁰ Con la única excepción de los procesos en materia de pensiones, pues en estos casos, admitida la jubilación, ha dejado de existir el vínculo especial de confianza y lealtad que le unía a la Administración, y el funcionario ya no puede detentar una parcela de la soberanía del Estado (apartado 67).

⁹¹ Opinión separada del juez TRAJA, párr.1.

⁹² Opinión disidente de los jueces TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL y THOMASSEN, párr. 4.

⁹³ *Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia* [GS], n° 63235/00, TEDH 2007 IV.

plemento salarial (apartado 51). En segundo lugar, señala las dificultades que entrañaría determinar la naturaleza y el estatuto de las funciones de un demandante, así como la categoría a la que pertenecen en la función pública (apartado 52). Y, por último, pone de manifiesto que el criterio funcional daría lugar a la paradoja de que el artículo 6 quedaría excluido de los conflictos en lo que la situación del funcionario no difiere de la posición de cualquier otro litigante (apartado 53). En consecuencia, esa nueva orientación ni había simplificado el análisis de los asuntos relativos a la función pública, ni había aportado, como se esperaba, más certidumbre en la materia, por lo que era necesario que fuese nuevamente desarrollada (apartados 55-56). Y lo hace volviendo la vista a lo dictaminado en la Carta, aunque de una manera poco coherente⁹⁴, porque el asunto *Johnston*⁹⁵, que sirve de base para su argumentación, es citado en las *Explicaciones* de la Carta para aclarar el sentido del párrafo primero del artículo 47 que recoge el derecho a un recurso efectivo y no el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el párrafo segundo, que corresponde al apartado 1 del artículo 6 del Convenio. No obstante, como hizo constar el TJUE en el asunto *Les Verts*⁹⁶, su ámbito de aplicación en el Derecho de la UE era más amplio porque no se aplicaba sólo a los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil⁹⁷. En cualquier caso, de-

⁹⁴ En este sentido se pronuncia la profesora L. BURGORGUE-LARSEN, que considera, además, que el TEDH se podría haber inspirado adicionalmente en otros textos internacionales de protección de los derechos humanos para ampliar su campo de aplicación, como su equivalente americano (el párrafo primero del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en la medida que no contiene ninguna limitación material gracias a su inciso final («Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte...», *loc. cit.*, p. 163).

⁹⁵ Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, *Rec.* p. 1651.

⁹⁶ Sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts contra el Parlamento Europeo*, C-294/83, *Rec.* p. 1339.

⁹⁷ Son así comprensibles las críticas que ciertos magistrados hicieron del razonamiento de la Corte: «It is well-known that, in defining this functional criterion, the Court relied on the European Commission's legal theory and the case-law of the Court of Justice of the European Communities [...]. In this respect, we disagree with the majority when, in the instant judgment, it refers, in paragraph 60, to a «landmark judgment» of the Court of Justice [...]. Admittedly, that was indeed a landmark judgment, delivered following a request for a preliminary ruling, which held that judicial control reflects a general principle of law [...]. However, its scope differs from that which is presumed in the instant judgment. The issue was not one of determining whether every dispute between the State and its agents fell within the scope of Article 6 of the Convention, but

ció, dando lugar a una interpretación menos restrictiva que favorece en principio los intereses de los funcionarios públicos, que sólo sería posible eludir la aplicación del artículo 6 si se cumplieren dos condiciones: la primera, que el derecho interno haya excluido expresamente el acceso a la justicia a un funcionario en virtud de su puesto o categoría; y la segunda, que esa derogación se haya hecho por razones objetivas ligadas al interés del Estado (apartado 62)⁹⁸.

Similar proceder siguió el Tribunal en el asunto *Sergueï Zolotoukhine*, donde decidió desarrollar un único criterio para determinar el alcance del principio *non bis in idem* enunciado en el artículo 4 del Protocolo núm. 7⁹⁹, ya que consideraba que la diversidad de enfoques seguidos hasta la fecha para verificar si la infracción por la que alguien había sido juzgado era la misma que aquella por la que fue absuelto o condenado en sentencia firme engendraba una inseguridad jurídica incompatible con el derecho fundamental a no ser enjuiciado dos veces por la misma infracción (apartado 78)¹⁰⁰. A la hora de llevar a cabo dicha armonización tuvo presente el modo en que era formulado dicho principio en distintos textos normativos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Estatuto de la Corte Penal Internacional), incluido la Carta¹⁰¹, amén de la jurisprudencia que al respecto venía dictando el TJUE. Sin embar-

merely of confirming that, by virtue of a general principle of law, every act by a public authority must, in principle, be open to supervision of its lawfulness (such as the *recours pour excès de pouvoir* in French law)». Opinión disidente de los jueces COSTA, WILDHABER, TÜRMEK, BORREGO BORREGO y JOËIENÉ, párr. 5.

⁹⁸ Una decisión que tampoco tendría el respaldo unánime de todos los magistrados: en la opinión disidente antes citada, algunos jueces mostraron sus dudas sobre la necesidad de cambiar el sólido precedente judicial anterior, más aún cuando el nuevo enfoque, al no estar basado en una interpretación autónoma, podría dar lugar a una jurisprudencia variable, si no aleatoria, pues el acceso a los tribunales dependería ahora de lo que estableciesen los respectivos ordenamientos jurídicos internos (apartado 6).

⁹⁹ Que dice así: «1. Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No cabe derogación alguna de este artículo invocando el artículo 15 del Convenio».

¹⁰⁰ *Sergueï Zolotoukhine contra Rusia* [GS], nº 14939/03, TEDH 2009.

¹⁰¹ El artículo 50 de la Carta enuncia este principio en los siguientes términos: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

go, como así ocurría en la propia jurisprudencia del TEDH, tampoco se había pronunciado sobre él de manera uniforme¹⁰², sino que seguía interpretaciones divergentes en función del campo jurídico de que se tratase. Así, en los procedimientos en materia de competencia, la identidad del bien o del interés jurídico protegido había sido, entre otros, un requisito relevante¹⁰³, mientras en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, lo verdaderamente importante era que los hechos hubieren sido esencialmente los mismos¹⁰⁴. Al final, opta por este segundo punto de vista - el menos restrictivo y por tanto el más favorable para el autor de la infracción-, para lo cual toma a su vez como referencia, en aras de afianzar su postura, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y, lo que es menos habitual, del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En definitiva, a partir de dicha sentencia, la prohibición de la doble incriminación opera sólo cuando los hechos sean idénticos o sean esencialmente los mismos, incluido la identidad de los infractores, lo cual exige analizar un conjunto de circunstancias fácticas concretas ligadas indisociablemente entre ellas en el tiempo y en el espacio (apartado 84).

Como ya hemos apuntado más arriba, la Carta se encuentra presente también en los asuntos en los que el país demandado no es un Estado Miembro de la Unión Europea. Muestra de ello es un caso reciente contra la República de Armenia, concerniente a las sanciones penales impuestas a un ciudadano al negarse a cumplir, por razones religiosas, el servicio militar obligatorio¹⁰⁵. Hasta la fecha, el artículo 9, relativo al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, había sido interpretado en combinación con el artículo 4.3.b), que tiene por objeto precisar que no puede ser considerado como trabajo obligatorio o forzado el servicio militar o el sustitutivo, teniendo como resultado la imposibilidad de condenar a un Estado que no contemplase como legítima la objeción de conciencia¹⁰⁶. En esta nueva sentencia,

¹⁰² Al respecto, el profesor M. LÓPEZ ESCUDERO afirma que la jurisprudencia del TEDH sobre este derecho «no es muy abundante y resulta, incluso, contradictoria en lo relativo al alcance exacto del principio *non bis in idem*, especialmente en cuanto a si se requiere únicamente la identidad de los hechos materiales o también se requiere la identidad del interés jurídico protegido» («Comentario al artículo 50», *Carta de los derechos fundamentales...*, cit., p. 793).

¹⁰³ Sentencia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P y C 219/00 P, *Rec.* p. I 123, apartado 338.

¹⁰⁴ Sentencias de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, C 436/04, *Rec.* p. I 2333, apartado 36; de 18 de julio de 2007, *Kraaijenbrink*, C 367/05, *Rec.* p. I 6619, apartado 36.

¹⁰⁵ *Bayatyan contra Armenia* [GS], nº 23459/2003, TEDH 2011.

¹⁰⁶ Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario al artículo 10», *Carta de los derechos fundamentales...*, cit., p. 266.

señala que no es posible confirmar la jurisprudencia establecida por la Comisión y el TEDH porque no refleja el objetivo y el sentido de la disposición (párr. 100). Se trata de una construcción hermenéutica caduca que debe ser revisada a la luz de los cambios acaecidos tanto en el plano europeo como internacional, entre los que destaca la promulgación de la Carta, en cuyo artículo 10, como reconocimiento unánime por parte de los Estados Miembros de la UE, se enuncia expresamente el derecho a la objeción de conciencia (párr. 106). Consiguientemente, aunque el Convenio no se refiere expresamente a él, la oposición al servicio militar, por creencias veraces de naturaleza religiosa o de otro tipo, constituyen una convicción de suficiente gravedad e importancia para desencadenar la aplicación de las garantías del artículo 9 (párr. 110). Y como la casi totalidad de los Estados pertenecientes al Consejo de Europa ya han adoptado servicios civiles sustitutorios, aquellos que aún no lo han hecho gozan de un limitado margen de apreciación, por lo que deben presentar razones convincentes para justificar el mantenimiento de penas de prisión; una medida que no puede ser considerada en nuestros días necesaria en una sociedad democrática, en cuanto existen alternativas sustitutorias capaces de compaginar los intereses en juego. Concluye, así, que cuando un Estado ofrece la posibilidad de servir a la sociedad como dictan las exigencias de su conciencia, lejos de crear desigualdades injustas, asegure «un pluralismo cohesivo y estable y promueve la armonía religiosa y la tolerancia en el seno de la sociedad» (párr. 126)¹⁰⁷.

IV. CONCLUSIONES

La promulgación de la Carta ha supuesto la inclusión de un nuevo instrumento jurídico en el ya de por sí complejo escenario de pluralismo normativo europeo en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, lejos de convertirse en un elemento de fricción, ha servido, por el contrario, gracias a una jurisprudencia del TEDH permeable a las novedades introducidas en ella,

¹⁰⁷ Como en otras ocasiones en las que se revierte la jurisprudencia mediante una interpretación evolutiva del Convenio, algunos jueces han mostrado su desacuerdo. En este caso, la jueza GYULUMYAN señaló que el camino más adecuado para consagrar el derecho a la objeción de conciencia no era el de la vía hermenéutica, sino que, como recomendó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Res. 1518, de 2001; Res. 1742, de 2006), habría sido más conveniente incorporarlo a la Convención mediante un Protocolo adicional que enmendase el artículo 9.

para elevar el nivel de protección de los derechos fundamentales en toda Europa, más allá incluso de la UE, pues, como es sabido, sus sentencias, además del efecto *inter partes* de cosa juzgada, gozan de efecto de cosa interpretada, en virtud de la cual todas las autoridades nacionales debe adecuar sus prácticas jurídicas a los criterios hermenéuticos desarrollados en su jurisprudencia¹⁰⁸. Como nos ha vuelto a recordar el Tribunal en el caso *Konstantin Markin*, sus sentencias, aparte de proporcionar una satisfacción individual, sirven para dilucidar y desarrollar las normas del Convenio; su misión es también dirimir asuntos basados en razones público-políticas en virtud del interés general y, así, elevar los estándares generales de protección de los derechos humanos, extendiendo su jurisprudencia a través de la comunidad de los Estados del Convenio¹⁰⁹.

En todo caso, por mucho que sea conveniente, no deben imponerse, por medio de la interpretación evolutiva, nuevas obligaciones a los Estados contratantes, pues la función del TEDH debe ceñirse a la protección de los derechos humanos ya consagrados en el Convenio¹¹⁰. De lo contrario, como han apuntado algunos jueces, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados Contratantes¹¹¹. La lectura dinámica del Convenio debe estar suficientemente anclada en una transformación de la sociedad en los Estados Contratantes¹¹², de modo que debe ser muy prudente cuando lleva a

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 138-140; QUERALT JIMÉNEZ, A., «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario...*, cit., pp. 229-255.

¹⁰⁹ *Konstantin Markin contra Rusia*, nº 30078/06, § 39, 7 octubre 2010.

¹¹⁰ Aunque es no es fácil determinar los límites a la actuación judicial, por su amplia discrecionalidad, la interpretación dinámica no debe servir nunca, por muy creativa que sea, para llevar a cabo una revisión o modificación tácita del texto del tratado. De este modo, sólo debe recurrirse a ella para acomodar las disposiciones de carácter abierto, y siempre y cuando se produzca una evolución del sistema jurídico o de la realidad social que regula (Cfr. GEORGOPOULOS, T., “Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives: quelle thérapie contre la vieillesse des traités?”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, 2004, p. 141; ORAKHELASHVILI, A., *The interpretation of acts and rules in Public International Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 291).

¹¹¹ Opinión disidente del Juez MYJER, *Muñoz Díaz contra España*, nº 49151/07, TEDH 2009.

¹¹² Opinión disidente común de los jueces WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER y JEBENS, *Hirst contra Reino Unido* (nº 2) [GS], nº 74025/01, TEDH 2005 IX.

cabo una ampliación del contenido de los derechos protegidos, sobre todo en aquellos supuestos en los que el propio Convenio deja el reconocimiento de ciertos derechos particulares a la discreción de las Partes contratantes¹¹³. Consideramos, por lo demás, que el Tribunal, respecto a los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes, debe mantener una explicación coherente de las razones que le llevan a recurrir a ellos como indicios capaces de favorecer una orientación dinámica, para evitar así que su jurisprudencia pueda ser tachada de arbitraria.

Este fenómeno de *fertilización* no es unidireccional, sino recíproco¹¹⁴, ya que el TJUE también ha tenido presente las soluciones jurisprudenciales del TEDH¹¹⁵: inicialmente, sobre la base de la construcción pretoriana que determinaba que las disposiciones del Convenio de Roma servían para concretar o identificar el contenido de los principios generales del Derecho en materia de protección de los derechos fundamentales¹¹⁶, y ahora, al abrigo del párrafo tercero del artículo 52 de la Carta¹¹⁷, en virtud del cual

¹¹³ Opinión disidente de la jueza GYULUMYAN, *Bayatyan contra Armenia*, ya citada.

¹¹⁴ La relación que mantienen ambos Tribunales Europeos ha sido descrita por el profesor L. SCHEECK en los siguientes términos: «The European courts' relationship has not evolved linearly from conflict to cross-fertilisation. Instead, it has evolved from a situation where they dealt separately with the question of how to tighten the «knots», which allow for the protection of human rights at the EU level, to a situation where, on top of that, they are both entwined into a «Gordian knot». As the relationship between the two courts is characterised by a concatenation of contradictory logics, the European judges have started to conduct a cordial dialogue of constructive ambiguity» («The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005, pp. 872-873).

¹¹⁵ DE SCHUTTER, O., «L'influence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la Cour de Justice des Communautés Européennes», en, COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J-F. (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 189-242.

¹¹⁶ Con mayor detalle, FREIXES SANJUÁN, T., «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 47 y 76; RIDEAU, J., «Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos», en, MATIA PORTILLA, F.J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 65-69.

¹¹⁷ Sentencia de 5 de octubre de 2010, *McB* (C-400/10 PPU, *Rec.* 2010 p. I-8965), apartado 53; Sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker y Markus Schecke* (C-92/09 et C-93/09, *Rec.* 2010 p. I-11063) apartado 51; sentencia de 22 de diciembre de 2010, *DEB* (C-279/09, *Rec.* 2010 p. I-13849) apartado 35. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto S. IGLESIAS SÁNCHEZ, dicho precepto ha tenido un impacto variable en las

el sentido y el alcance de los derechos garantizados en ella será el mismo que el que prevé el Convenio, tal como han sido interpretados en la jurisprudencia del TEDH¹¹⁸. Se reduce así, en ausencia del engarce institucional previsto en el Tratado de Lisboa¹¹⁹, el riesgo de interpretaciones divergen-

decisiones del TJUE, en cuanto que no siempre se menciona expresamente ni se tiene siquiera presente la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Parece, pues, que su presencia depende de la existencia de una jurisprudencia sólidamente establecida, de la complejidad del asunto o de la claridad de las normas europeas («The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p. 1604).

¹¹⁸ En opinión de W. WEIB dicho precepto sirve no sólo como una mera orientación para interpretar de manera armónica ambos instrumentos, sino también para incorporar sustantivamente aquellos derechos del Convenio que tengan una correspondencia con las disposiciones de la Carta («Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, 2011, pp. 69-70).

¹¹⁹ La adhesión de la UE al Convenio de Roma es una cuestión que ha propiciado un interesante debate doctrinal, pudiéndose señalar las siguientes contribuciones: CASADO RAIGÓN, R., «La actualidad de los Derechos humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950», en, PELÁEZ MARÓN, J. M. (Coor.), *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992, pp. 73 y 100; CORTÉS MARTÍN, J.M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 22, 2010; DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation», *Revue Trimestrielle des Droits De L'homme*, vol. 21, 2010, pp. 535-571; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, vol. 23, 1996, pp. 817-838; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., «Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario...*, cit., pp. 171-197; JACQUÉ, J.P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 995-1023; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales», en, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 151 y 158; POTTEAU, A., «Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, 2011, pp. 77-112; SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 105-121; SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Con-

tes¹²⁰, lo que favorece la coherencia entre las doctrinas establecidas por ambos órganos jurisdiccionales, aunque no debe ser entendido, ni mucho menos, como un proceso de uniformización, pues cada sistema podrá desarrollar criterios propios derivados de sus peculiaridades¹²¹. De hecho, el TJUE ha mantenido, si bien en muy contadas ocasiones, una doctrina distinta a la del Tribunal de Estrasburgo, que se debe más bien a la ausencia de una jurisprudencia previa¹²² o, sencillamente, a la necesidad de acomodar la ya existente a la estructura y objetivos del proceso de integración europea¹²³.

venio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 99-128; STOFFEL VALLOTTON, N., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales : evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, *El Tratado de Lisboa: la salida...*, cit., pp. 179-199.

¹²⁰ ALONSO GARCÍA, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 158 y ss. O, en palabras del profesor J. ROLDÁN BARBERO, para evitar «la dualidad de derechos, la atomización de modelos» («La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, p. 985).

¹²¹ Compartimos así las reflexiones del Abogado General POIARES MADURO en el asunto *Elgafaji*: «[...] la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario existe conjuntamente con otros sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales. Estos últimos comprenden tanto los sistemas desarrollados dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales como los derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es cierto que cada uno de dichos mecanismos de protección persigue objetivos que le son específicos y que tales mecanismos se construyen a partir de instrumentos jurídicos que les son propios, pero a veces se aplican, sin embargo, a las mismas circunstancias fácticas. En tal contexto, es necesario que cada sistema de protección existente, preservando su autonomía, intente comprender de qué modo interpretan y desarrollan esos mismos derechos fundamentales los demás sistemas, no sólo a fin de minimizar los riesgos de conflictos, sino también de comprometerse en un proceso de construcción informal de un espacio europeo de protección de los derechos fundamentales (Conclusiones de 9 de septiembre de 2008, C-465/07, *Rec. I*-00921, párr. 22).

¹²² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997, pp. 341-346.

¹²³ RIPOLL CARULLA, S., «Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales», en, BENEYTO PÉREZ, J.M^a, (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea* (tomo II), Ed. Aranzadi, Madrid, 2009, pp. 86-97.

Como quiera que sea, el TEDH se ha considerado competente para controlar el Derecho de la UE, si bien de manera indirecta, esto es, a través del examen de las medidas de ejecución nacional. Así lo ha hecho en el asunto *Michaud contra Francia*, que versa sobre la compatibilidad de la obligación de los abogados franceses de informar de sospechas de blanqueo de capitales de las actividades de sus propios clientes (fruto de la transposición de varias directivas europeas) con el artículo 8 del Convenio (que protege el secreto profesional). Sin apartarse de la argumentación utilizada en el famoso asunto *Bosphorus*¹²⁴, en el que cabe recordar que el TEDH afirmó que las Partes contratantes no podían desatender sus compromisos derivados del Convenio alegando la necesidad de cumplir con sus obligaciones jurídico internacionales (incluidas aquellas que nacen de su pertenencia a una organización internacional)¹²⁵, consideró, no obstante, que la presunción de protección equivalente entre ambos sistemas no era aquí aplicable, en tanto que el órgano jurisdiccional nacional (*Conseil d'Etat*) había rechazado plantear una cuestión prejudicial, pese a que no se habían sometido con anterioridad ante el TJUE asuntos que tuviesen el mismo objeto¹²⁶. Por ende, y en ausencia de tal mecanismo de supervisión, el Tribunal puede entrar a conocer del fondo del asunto. Ciertamente, aunque el objeto de la demanda no va a ser la directiva en sí misma, sino la manera en la que se ejecuta, a nadie escapa que, a menudo, la norma interna no hace más que transcribir su contenido. Por tanto, y aunque se deje en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para alcanzar el resultado requerido, la flexibilidad o el margen de maniobra del que disponen los Estados es, frecuentemente, muy reducida.

En suma, la Carta, hoy, constituye un elemento vertebrador que despliega sus efectos en todo el espacio constitucional europeo. Ha pasado de ser un mero instrumento normativo para corroborar el sentido de ciertos derechos fundamentales a formar parte del núcleo esencial del razonamiento de los

¹²⁴ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contra Irlanda* [GS], nº 45036/98, § 153, TEDH 2005-VI.

¹²⁵ Una postura que, como nos recuerda S. SANZ CABALLERO, ya venía defendiendo el Tribunal incluso en su etapa más inhibicionista, en la que rehusó, de manera reiterada, a realizar un control de la aplicación del Derecho comunitario («Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos («Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?»), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, p. 140)

¹²⁶ *Michaud contra Francia*, nº 12323/11, § 114-115, TEDH 2012.

órganos judiciales europeos¹²⁷. Gracias a ello, y sin vulnerar la autonomía de cada sistema, se ha reducido la posibilidad de planteamientos contradictorios, por cuanto se han desarrollado parámetros interpretativos convergentes. Pero, ante todo, lo que nos parece más importante, esta práctica está contribuyendo a cimentar un espacio común europeo de derechos y libertades con un elevado nivel de protección.

LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EUROPA: LA INCIDENCIA DE LA CARTA
EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la influencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, examinamos, por una parte, los controvertidos métodos hermenéuticos del Tribunal, que permiten recurrir con cierta flexibilidad a fuentes jurídicas exógenas europeas e internacionales. Por otra parte, veremos cómo ha contribuido la Carta, junto a otros instrumentos jurídicos, al desarrollo paulatino de la jurisprudencia del TEDH, dando lugar a la modernización de las disposiciones del Convenio de Roma.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos; Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; interpretación evolutiva; doctrina del *stare decisis*.

THE UPDATE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN EUROPE:
THE IMPACT OF THE CHARTER IN THE STRASBOURG CASE-LAW

ABSTRACT: The objective of this work is to analyse the influence of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. For this purpose, we study, on the one hand, the controversial methods of interpretation of the Court that allow with a certain flexibility to resort to european and international exogenous legal sources. On the other hand, we shall see how the Charter has contributed, together with other legal instruments, to the development of the ECHR jurisprudence, causing a modernization of the regulations of the Rome Convention.

KEY WORDS: European Convention of Human Rights; Charter of Fundamental Rights of the European Union; evolutive interpretation; doctrine of *stare decisis*

¹²⁷ Sobre este particular, respecto a la jurisprudencia del TJUE, véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «¿Centralidad de la Carta de los Derechos Fundamentales...», *cit.* pp. 120-123.

LA MISE À JOUR DES DROITS FONDAMENTAUX EN EUROPE:
L'IMPACT DE LA CHARTE SUR LA JURISPRUDENCE DE STRASBOURG

RÉSUMÉ: L'objet de ce travail est d'analyser l'influence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'auteur se penche, d'une part, sur les méthodes herméneutiques controversées de la Cour qui permettent de recourir avec une certaine dose de flexibilité à des sources juridiques exogènes d'origine européenne ou internationale. D'autre part, l'auteur analyse de quelle manière la Charte, conjointement avec d'autres instruments juridiques, contribue au développement progressif de la jurisprudence de la CEDH et à la modernisation des dispositions de la Convention de Rome.

MOTS CLÉS: Convention Européenne des Droits de l'Homme; Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne; interprétation évolutive; doctrine du *stare decisis*