

APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO (*)

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL.—II. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—III. TITULARIDAD.—IV. SUJETOS PASIVOS; EFECTO *INTER PRIVATOS*.—V. VIGENCIA TEMPORAL Y ESPACIAL.—VI. EXAMEN ESCALONADO DE LOS PROBLEMAS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VII. ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VIII. INJERENCIA, INTERVENCIÓN O AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IX. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN O AFECTACIÓN: 1. *Cobertura legal*. 2. *Fin legítimo según el Convenio*. 3. *Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad*.—X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL

La previsible entrada en vigor del «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» obligará a elaborar progresivamente una doctrina o teoría general sobre los derechos fundamentales en ella consagrados, teoría general que, como es lógico, tendrá que seguir muy de cerca, aun con perspectiva crítica, la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, TJCE) y, especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) en este campo, por ser éste un patrimonio del que no puede prescindirse.

(*) Este trabajo se expuso como ponencia en el Seminario del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense el 26 de mayo de 2005.

Sorprende, por lo anterior, que hasta ahora entre nosotros, más allá de trabajos monográficos sobre éste o aquel derecho, no se haya abordado ese estudio teórico-general de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), pese a la indudable relevancia que ello tenía hasta ahora y pese a lo indispensable que ello resulta en la actualidad a la vista de la próxima entrada en vigor del «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», que prevé la adhesión de la Unión Europea al CEDH (artículo I-9) (1). Y es que para la interpretación del Tratado constitucional (2) en este terreno de los derechos fundamentales es claro que habrá que atender, de modo principal y básico, a la jurisprudencia del TEDH (3), por más que ésta se caracterice antes que nada —como así debe ser, por otra parte, pues su tarea *no es* hacer teoría— por su profundo casuismo, hasta el punto de que las correspondientes resoluciones condenatorias del TEDH sólo dan lugar con frecuencia a inmediatas «rectificaciones» legislativas en el Estado directamente afectado por el procedimiento ante el TEDH, pero no en otros que cuentan con regulaciones legales casi idénticas o muy semejantes a las del Estado condenado precisamente por su reglamentación legal de la materia de que se trate. El problema está en que, como Bleckmann ha puesto de relieve, este casuismo no ha sido tampoco remediado por la doctrina, que se limita en general a listar y reproducir la jurisprudencia de los órganos del Convenio, sin tratar de crear una cierta teoría general (4), como nos parece que es tarea irrenunciable de la doctrina. Esta, en

(1) «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución» (apartado 2). Además, los derechos garantizados por el Convenio, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros «forman parte del Derecho de la Unión como principios generales» (apartado 3).

(2) No entraremos aquí en la cuestión de la naturaleza de este Tratado y si puede considerarse una verdadera Constitución y hasta qué punto. Sobre este tema, véanse los interesantes trabajos incluidos en el reciente número de la *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, volumen 31, número 19. Otra cuestión problemática respecto de este Tratado constitucional es la de la identificación de los derechos fundamentales, pues, al menos desde una perspectiva material, es bien cuestionable que todos los derechos reconocidos en su Segunda Parte sean realmente derechos fundamentales y, en cambio, parece difícil negar el carácter fundamental de otros derechos garantizados fuera de esa Segunda Parte.

(3) El propio Tribunal de Luxemburgo se orienta cada vez más en esta línea, de lo que es claro exponente ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de mayo de 2003, §§71 y sigs., que hace un uso amplio y detallado del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en su enjuiciamiento.

(4) Ello ha sido puesto de relieve, entre otros, por ALBERT BLECKMANN: *Theorie der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften und der nationalen Rechtsordnungen, insbesondere*

efecto, tomando como base irrenunciable la jurisprudencia del TEDH (y de la Comisión, ya suprimida), ha de tratar de elaborar una construcción dogmática a través de la (prudente) generalización de los criterios de dicha jurisprudencia con un enfoque unificador y sistemático, obviamente a la par que crítico, de manera que se proporcione un esquema teórico que sirva de marco general para una comprensión adecuada de los derechos fundamentales del CEDH en su configuración por la jurisprudencia del TEDH.

Este trabajo pretende ser, de entrada ya por razones de espacio, una aproximación a esa teoría general de los derechos fundamentales del CEDH y, especialmente, a sus aspectos más controvertidos. Es por ello innecesario decir que muchas cuestiones que requerirían ser matizadas no podrán serlo aquí y otras no son abordadas por haber sido ya tratadas ampliamente entre nosotros (la historia y evolución del CEDH y el TEDH, el rango del Convenio a nivel internacional y nacional, o la cuestión, tan importante en una teoría general, de la protección procesal de los derechos por el TEDH, por ejemplo). Creemos, sin embargo, que una exposición de este tipo tiene ciertas ventajas al permitir ofrecer una visión panorámica teórico-general de todos los derechos fundamentales del CEDH que parece conveniente que haya, pero también tiene la virtualidad de marcar un posible enfoque general susceptible de aplicarse, con las especificidades correspondientes en algunos casos, a cada uno de los derechos del CEDH, aportando una sistemática congruente que no siempre se da. Por otro lado, se pretende abrir un cierto «debate» sobre la teoría general de los derechos fundamentales del CEDH en nuestro país, debate que, no es preciso decirlo, cada vez va a tener que ser más un debate doctrinal paneuropeo más allá de las fronteras y más allá de las barreras lingüísticas ya que, como no puede ser de otro modo, también la doctrina, como interlocutor cualificado de la polifónica «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» (Häberle), construye Europa o así ha de hacerlo. Y es que la construcción de una teoría general como ésta requiere, como ninguna otra materia, un diálogo doctrinal y éste todavía se encuentra en una fase embrionaria.

des Grundgesetzes: Vergleich und Diskrepanz, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, núm. 188, 1989, págs. 3-5. Este autor entendía que la construcción de una teoría general era ya posible, para lo que habría de partirse, fundamentalmente, de la teoría alemana y suiza de los derechos fundamentales, que proporcionarían las cuestiones a tratar y el método a utilizar. En ello se basa para llevar a cabo el estudio teórico-general en que consiste su citado trabajo.

II. FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es claro que los derechos fundamentales, como conjunto e individualizadamente cada uno de ellos, desempeñan una función básica o primaria: la protección de la libertad en sentido lato del individuo, libertad que, no obstante, no es ni puede ser absoluta, como no lo es ningún derecho fundamental, pues todos ellos conocen límites, salvo acaso la interdicción de torturas (5). Pero cuando aquí hablamos de funciones de los derechos fundamentales nos estamos refiriendo, presuponiendo desde luego lo anterior, a una cuestión distinta.

En efecto, sobre la base de la clásica clasificación tripartita de Jellinek (6), completada luego con una cuarta categoría de Häberle, es posible catalogar a los derechos fundamentales (o a los diversos aspectos de los mismos) según qué *status* del individuo busquen proteger: *status negativus*, *status positivus*, *status activus* y, según la categoría propuesta por Häberle, *status activus proceduralis* (7). Pues bien, esta clasificación puede proyectarse también, siguiendo a Ehlers (8), sobre los derechos fundamentales del CEDH del siguiente modo:

a) *Status negativus* (los derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado): Se trata de una protección que pretende una omisión del Estado de afectaciones ilegítimas de la esfera del individuo y que también permite combatir afectaciones o intervenciones ya ejecutadas. Esta función la desarrollan, ante todo, los derechos a la vida (incluyendo la prohibición de la pena de muerte), a la integridad corporal, a la libertad física, a la libertad de

(5) El TEDH ha sido tajante al sostener que el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes es un derecho absoluto que no conoce excepciones de ningún tipo, ni siquiera en las situaciones más límite. No obstante, en la doctrina alemana algún autor ha abierto, con buenas y profundas razones, un debate sobre si realmente no son posibles excepciones o limitaciones a tal derecho en situaciones absolutamente excepcionales y delimitadas. Sobre este debate, y nuestra posición al respecto, véase JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO: *Los límites a los derechos fundamentales*, con prólogo de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 43 y sigs.

(6) GEORG JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1919, págs. 87 y 94 y sigs. Cfr., críticamente, al respecto, PETER HÄBERLE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, traducción de Joaquín Brage Camazano, 2003, págs. 21, 92-93, 142-143.

(7) Cfr. PETER HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, págs. 185 y sigs. (en castellano, véase *Pluralismo y Constitución*, traducción de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 197 y sigs.).

(8) DIRK EHLERS: «2. Teil: Die Europäische Menschenrechtskonvention. §2. Allgemeine Lehren», en ID. (ed.): *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, De Gruyter, Berlín, 2003, págs. 25 y sigs.

movimientos, a la vida privada y familiar, el derecho paterno a la instrucción de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, el derecho al matrimonio, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión, de reunión y de asociación y la propiedad.

b) *Status positivus* (los derechos fundamentales como derechos prestacionales): Aquí distingue Martens entre los derechos de participación originaria y los de participación derivativa según exijan medidas estatales todavía no existentes o simplemente pretendan el acceso a institutos o funciones estatales ya en funcionamiento. Sólo en algún caso concede el CEDH expresamente un derecho prestacional originario (derecho a un proceso efectivo sobre la violación de derechos fundamentales: artículo 13; derecho a indemnización de los condenados por sentencias penales víctimas del error judicial: artículo 3 del 7.º Protocolo), pero también los deberes de protección (penal de la vida, por ejemplo) deducidos por el TEDH de los distintos derechos consagran verdaderos derechos prestacionales primarios u originarios (subjektivización de exigencias jurídico-objetivas derivadas de los derechos). El derecho a la instrucción del artículo 2 del primer Protocolo se interpreta, en general, sólo como derecho prestacional secundario o derivado; también puede operar así el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales del CEDH (artículo 14) o la igualdad conyugal (artículo 5 del 7.º Protocolo).

c) *Status activus* (los derechos fundamentales como derechos del ciudadano a la participación en la vida estatal): Aquí sólo cabría incluir el derecho a elecciones libres (art. 3 del Protocolo Adicional), que ha dado pie al desarrollo jurisprudencial del derecho de sufragio activo y pasivo.

d) *Status activus processualis* (los derechos fundamentales como derechos procesales): Aquí cabe encuadrar el derecho a la revisión judicial de toda privación de libertad o internamiento (art. 5), el derecho a un proceso justo (art. 6), el derecho a la legalidad penal (art. 7) o los derechos del 7.º Protocolo a un proceso judicial en caso de expulsión de extranjeros, al doble grado de jurisdicción en materia penal, a la interdicción del *bis in idem*.

Desde otro punto de vista, es posible distinguir entre la función de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y los aspectos de carácter jurídico-objetivo de los mismos (deber de protección de uno de tales derechos por el Estado, que puede extenderse incluso hasta la protección frente a uno mismo en determinadas circunstancias (9); eficacia horizontal o frente a particulares, etc.), si bien es preciso destacar que estas exigencias derivadas, en la jurisprudencia

(9) Así, STEDH de 16 de noviembre de 2000 (caso *Tanribilir c/ Turquía*), con respecto al suicidio de una persona bajo la custodia estatal.

del TEDH, de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales a la postre acaban, por así decirlo, «subjetivizándose» en dicha jurisprudencia e integrando el contenido del derecho *subjetivo* fundamental, pudiendo así, en definitiva, ser objeto de pretensión por parte de sus titulares. También es posible, en fin, clasificar los derechos según que tengan o no límites expresos en el Convenio, o según sean o no derogables conforme al artículo 15 CEDH.

III. TITULARIDAD

En principio, son titulares de los derechos fundamentales todos los que se hallen sujetos a la soberanía de los Estados-parte, tengan o no su nacionalidad, si bien no siempre es de este modo, y así, por ejemplo, el derecho al matrimonio sólo corresponde al «hombre y la mujer» *en edad núbil*, el derecho a entrar en el territorio de un Estado sólo lo tienen los nacionales (artículo 3.2 del 4.º Protocolo), mientras que los derechos procesales del artículo 1 del 7.º Protocolo sólo los tienen los extranjeros.

En cuanto a qué se entiende por persona en cuanto titular de estos derechos, con ello se alude a personas naturales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones o personas jurídico-privadas en general, pero no comprende, al menos en términos generales, a los entes que tengan origen estatal, tampoco cuando actúan con sujeción al Derecho privado, etc.; sí son titulares de derechos fundamentales, en cambio, las confesiones religiosas, aunque tengan el *status* de corporaciones de Derecho público (como en Alemania), siempre que no estén organizadas como confesiones estatales. Ahora bien, en muchos casos, debido al contenido del propio derecho, sólo las personas físicas o naturales pueden ser titulares realmente del derecho (derecho a la vida, a la libertad física, a no ser sometido a torturas, a la libertad física, etc.), lo cual no siempre es claro, desde luego, y así, por ejemplo, el TEDH reconoce el derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, mientras que el TJCE les ha negado la titularidad de tal derecho. La titularidad no depende, en particular, de la edad o capacidad jurídica de la persona (10), e incluso el *nasciturus* hasta hace poco parecía que podía ser titular del derecho a la vida (11) (aunque, lógi-

(10) *Cfr.*, respecto de los incapaces, ya la STEDH de 4 de octubre de 1962 (caso *X c/ Austria*); y con relación a los menores, no se admite una demanda presentada por quien no sea un padre custodio, tutor o representante legal, pero sí la del propio menor cuando la queja se dirige contra actos estatales relativos a la relación del menor y su padre o representante legal (STEDH de 6 de abril de 1994, caso *MB c/ Reino Unido*).

(11) Así se deducía de la un tanto ambigua doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos (casos *Brüggemann and Scheuten c/ R.F.A.*, de 12 de julio de 1977, §64 y *X c/ Reino*

camente, debe haber una representación cuando se trata de menores de edad, incapaces o *nascituri*) y, por otra parte, también se permite que un proceso continúe ante el TEDH después del fallecimiento del solicitante de amparo en atención, en primer lugar, a la voluntad expresada por sus familiares y, secundariamente, atendiendo a razones de carácter general en la protección de los derechos del CEDH (12); y también las asociaciones, y en particular los partidos políticos, pueden seguir haciendo valer ante el TEDH sus derechos tras su disolución, en especial cuando la pretendida lesión de su derecho fundamental se ha producido supuestamente a través de tal disolución (13).

IV. SUJETOS PASIVOS; EFICACIA *INTER PRIVATOS*

El sujeto pasivo por antonomasia de los derechos fundamentales del CEDH es todo Estado signatario de dicho Convenio que luego lo ratifique y ello desde el momento en que depositen el correspondiente instrumento de ratificación: los Estados-parte o Altas Partes Contratantes. La responsabilidad atañe siempre al Estado y ello con independencia de que la actuación u omisión proceda del Poder Legislativo, del Ejecutivo o incluso del judicial, y sea cual sea el nivel estatal vertical (Estado central o federal, Comunidades Autónomas o Estados, Provincias, Municipios, Comarcas, etc.); también cuando el Estado no tuvo posibilidad alguna de influir en el acto u omisión que se considera lesivo de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando procede

Unido, de 13 de mayo de 1980, §§4 y 23). El TEDH no se había pronunciado sobre ello hasta hace poco (STEDH de 29 de octubre de 1992, caso *Open Door and Dublin Well Woman c/ Irlanda*, §66: el Tribunal no se ve obligado a examinar «si el feto es abarcado por el derecho a la vida tal y como se contiene en el artículo 2»), pero en el reciente caso *Vo v. France* (2004) ha negado que el feto pueda ser titular del derecho a la vida, en una doctrina, para nosotros, sorprendente, muy condicionada por el tema del aborto (que aquí no se enjuiciaba), tendente a una cierta cosificación del feto/embrión y que además lleva a resultados materialmente insatisfactorios *in casu*.

(12) SSTEDH de 18 de diciembre de 1996 (caso *Aksoy c/ Turquía*), §§2 y 3; y de 14 de marzo de 2000 (caso *Gladkowski c/ Polonia*), §12. El fundamento legal es el art. 37.1 *in fine* CEDH: «No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos». Cuando se alega una violación del derecho a la vida, el Tribunal admite demandas presentadas por familiares de la persona fallecida (viudo/a, padres, hermanos, etc.). En el resto de los casos, en general se admite la demanda de un familiar sólo por relación con el efecto que ello tenga sobre los propios derechos del familiar demandante (STEDH de 12 de diciembre de 1984, caso *Nölkenbockhoff y Bergemann c/ R.F.A.*: el familiar de una persona acusada de un delito, y que murió durante la tramitación del proceso penal, alegaba una vulneración de la propia reputación de la familia).

(13) STEDH de 30 de enero de 1998 (caso *Partido Comunista Unido de Turquía y otros c/ Turquía*), §§32-34.

del Poder judicial, debido a su independencia) o incluso se llevó a cabo en contra de lo ordenado, se genera responsabilidad.

Pero también son sujetos pasivos de los derechos fundamentales del Convenio los órganos del Consejo de Europa. En cuanto a la Unión Europea, el Tratado Constitucional europeo prevé que «la Unión se adherirá» al CEDH, si bien sin que ello pueda conllevar una modificación de las competencias de la Unión que se definen en el Tratado (artículo I-9). El TEDH, yendo mucho más allá del Tribunal Constitucional Alemán en la Sentencia *Solange II*, ha insistido en que a él le corresponde la última palabra sobre el respeto a los derechos fundamentales del CEDH también con relación al Derecho comunitario, observancia que cada Estado debe asegurar en su integridad (y no sólo un *estándar* mínimo, como en *Solange II*), pues los derechos del Convenio no son «theoretical or illusory», sino que han de ser «practical and effective». De este modo, la alternativa que se puede dar, antes de la adhesión de la Unión Europea al CEDH prevista en el Tratado constitucional, para un Estado miembro de la Unión Europea es: o bien aplicar el Derecho comunitario con vulneración de derechos del CEDH, o bien observar estos desconociendo la primacía del Derecho comunitario. Una vez que se materialice esa adhesión, en los términos que sean, el conflicto puede seguir dándose entre el CEDH y el Derecho de la Unión cuando el primero, o su interpretación por el TEDH, plantee exigencias que conlleven una modificación de las competencias de la Unión.

Especial importancia tiene la cuestión de si los derechos fundamentales del CEDH son también aplicables frente a los particulares, que es conocida a escala europea como la cuestión de la *Drittwirkung* (efecto frente a terceros), según la terminología alemana. En realidad, esta cuestión es poco controvertida, pues hay consenso en que sí son aplicables y despliegan efectos frente a ellos, pero sí es debatido si se trata de una eficacia directa o sólo indirecta (según unas conocidas categorías alemanas). En general (14), hay que decir que de la jurisprudencia del TEDH se deduce que la eficacia *inter privatos* es una sólo indirecta (la llamada en la doctrina alemana *mittelbare Drittwirkung*),

(14) Una excepción aparente sería el caso *Costello y Roberts*, donde se consideró que el castigo corporal de un Director de un Colegio privado a un niño (y no la ausencia de una ley que lo prohibiese, omisión legislativa que de hecho se daba en el caso) podía constituir una lesión del derecho del niño (arts. 3 y 8). STEDH de 25 de marzo de 1993, §28 («although it was the act of a headmaster of an independent school, is none the less such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both»). El planteamiento es ya distinto, sin embargo, en otros casos ulteriores sobre castigos corporales a niños, hablándose ya de la responsabilidad se deriva de que el Derecho interno «no dotaba al solicitante de amparo de protección adecuada» respecto a su derecho fundamental frente a otros particulares [STEDH de 23 de septiembre de 1998 (caso *A cl el Reino Unido*), §24].

lo cual quiere decir que los derechos fundamentales siguen obligando sólo a los Estados, pero estos tienen la obligación, en muchos casos, de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares, de manera que si un particular lesiona el derecho fundamental de otro, la lesión ha de serle imputable al Estado. En buena parte de los casos, el derecho fundamental «exige que los Estados adopten medidas dirigidas a asegurar que los individuos dentro de su jurisdicción» disfruten de tal derecho también frente a particulares, de manera que la falta o ineffectividad de esta «protección estatal» puede comprometer la responsabilidad del Estado (15).

Se trata, así pues, desde nuestro punto de vista, de una eficacia indirecta, si bien no faltan autores que consideran que es una verdadera eficacia directa. En este sentido, cabe decir con Ovey y White, que «la visión mejor, y ciertamente más ortodoxa, es que la Convención sólo impacta en la conducta de las partes privadas adjetivamente cuando el Estado adopta medidas para asegurar los derechos protegidos por la Convención que exigen o prohíben cierta conducta de los individuos. Un análisis formal de la situación conduciría, de acuerdo con ello, a la conclusión de que las obligaciones impuestas a los individuos fluirían más del Derecho nacional que cumplimenta las obligaciones del Estado según el Convenio que del Convenio mismo. Esto se refleja, desde luego, en el hecho de que las demandas que se quejan de violaciones del Convenio sólo se pueden plantear contra Partes Contratantes de la Convención, esto es, contra Estados» (16). Ahora bien, lo que es claro, y ello también habla más bien a favor de una eficacia indirecta, es que la vinculación de los derechos fundamentales frente a particulares no es la misma que frente a los órganos estatales, aunque la concreta medida de su alcance es algo que depende de cada derecho fundamental, o mejor aún, de cada aspecto de cada derecho fundamental, por lo que aquí no puede ser precisada.

V. VIGENCIA TEMPORAL Y ESPACIAL

Los derechos fundamentales del CEDH vinculan al Estado desde el momento del depósito del instrumento de ratificación (salvo para los diez primeros Estados firmantes, para los que entró en vigor al ratificar el Convenio el décimo de ellos, el 3 de septiembre de 1953), por lo que las leyes o normas anteriores a la entrada en vigor del CEDH en el país de que se trate no pueden considerarse violatorias de ningún derecho del Convenio, si bien, si

(15) Cfr. STEDH de 23 de septiembre de 1998 (caso *A c/ el Reino Unido*), §22.

(16) CLARE OVEY y ROBIN WHITE: *The European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2002, pág. 39.

siguen produciendo efectos con posterioridad a dicho momento, sí que cabe considerar su aplicación como vulneración de cualquiera de los derechos del CEDH. Así pues, el CEDH no despliega ningún efecto retroactivo, si bien en la práctica los criterios seguidos por el TEDH conducen en ocasiones a una cierta aplicación retroactiva (17).

En cuanto a la vigencia espacial, la misma se extiende a la «jurisdicción» de los Estados-parte, que no hay que identificar con su territorio, pues comprende a éste, pero también puede superar las fronteras nacionales, ya que, por ejemplo, el CEDH también rige respecto de los representantes diplomáticos, las Fuerzas armadas o buques y aviones nacionales actuantes fuera del territorio nacional. Así, en el caso *Louizidou*, el TEDH consideró aplicables los derechos fundamentales del CEDH en el territorio del norte de Chipre ocupado por Turquía desde 1974, y declarado como República Turca de Chipre del Norte (sólo reconocida por Turquía), pues tal territorio había de considerarse bajo la «jurisdicción» de Turquía, ya que este país «como consecuencia de una acción militar, legal o ilegal, ejerce control efectivo de un área fuera de su territorio nacional», lo que conlleva su obligación de asegurar en dicho territorio el respeto a los derechos del CEDH, y ello con independencia de si dicho control es «ejercido directamente a través de sus Fuerzas Armadas, o a través de una Administración local subordinada» (18). Además, el artículo 56 CEDH, y disposiciones concordantes de los distintos Protocolos, permiten a los Estados-parte extender la aplicación del Convenio a ámbitos espaciales de cuyas relaciones internacionales sean responsables (la llamada «cláusula colonial»).

Y, en fin, ciertos derechos fundamentales pueden conllevar un deber de protección para el Estado que exija de éste velar incluso por la observancia de aquellos por parte de terceros Estados y en el territorio de éstos en la medida en que ello pueda depender de su propia actuación. Es el llamado efecto extraterritorial (por antonomasia) de los derechos fundamentales del CEDH. Así, un Estado-parte incurre en responsabilidad conforme al CEDH si, como consecuencia directa de su actuación, expone a una persona a la probabilidad

(17) STEDH de 25 de noviembre de 1997 (caso *Zana c/ Turquía*), §42, caso en el que el TEDH consideró que tenía competencia *ratione temporis*, pues si bien la condena penal del demandante de amparo se refería a hechos anteriores a la entrada en vigor del CEDH para Turquía como Estado demandado, en realidad el «hecho principal» sometido al TEDH se refería a la condena penal en sí misma (por tales hechos), que era posterior a la entrada en vigor del CEDH en Turquía y que fue la que constituyó una «interferencia» respecto de su libertad de expresión, aparte de la vulneración del derecho a un proceso justo en dicho proceso judicial.

(18) STEDH de 23 de marzo de 1995 (caso *Loizidou*), §62.

de tortura, pena o trato inhumano o degradante «fuera de su jurisdicción» (la extradición a un país con probabilidad de ser condenado a la pena de muerte y una larga espera en el «pabellón de la muerte» (19); la extradición a un país en situación de guerra civil (20); o la deportación al país de origen, tras el cumplimiento de una condena, de una persona enferma de SIDA cuando en dicho país no iba a poder seguir siendo tratado adecuadamente de su enfermedad) (21).

VI. EXAMEN ESCALONADO DE LOS PROBLEMAS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El examen atento de la jurisprudencia del TEDH permite descubrir un cierto «método» o «metodología» para el análisis de los límites a los derechos fundamentales. Este método no se aplica en todos los casos, al menos explícitamente, ni con la misma claridad, pero sí que de un modo generalizado, al menos. Se trata de una técnica *escalonada* de examen que tiene una sólida base en el propio Convenio, especialmente en los artículos 8 a 11, pero que además es la proyección de una técnica jurídica más general, utilizada en sus rasgos globales en cada vez más países europeos a escala constitucional a partir de su larga elaboración doctrinal y jurisprudencial en Alemania, desde donde se ha extendido por toda Europa. Este método parte de una concepción de la relación entre el derecho fundamental y sus límites según el esquema, válido en tantos ámbitos jurídicos, «regla-excepción» (22).

A nuestro modo de ver, la utilización sistemática de este método es positiva, pues responde a una cierta disciplina que redundará en una mayor claridad y transparencia metodológica y sustantiva, así como en una mayor seguridad jurídica. Por ello, entendemos que debe utilizarse de modo más generalizado este método, y además utilizarlo con un carácter lo más explícito posible, sin perjuicio de que con relación a algún derecho particular, en razón de su propio contenido y estructura, no pueda resultar adecuado en su integridad (artículos 3, 4, 6 CEDH), pero sí en ciertos aspectos. Digamos, además, que no en todos los casos el Tribunal ha aplicado este método de examen con la claridad

(19) STEDH de 7 de julio de 1989 (caso *Soering*), §91.

(20) STEDH de 17 de diciembre de 1996 (caso *Ahmed c/ Austria*), §47.

(21) STEDH de 2 de mayo de 1997 (caso *D c/ Reino Unido*), §54. Véase, no obstante, STEDH de 6 de febrero de 2001 (caso *Bensaïd c/ Reino Unido*), §48.

(22) Sobre ello, en detalle, remitimos a nuestro libro *Los límites...*, cit., págs. 96 y sigs. y 111 y sigs.

y acierto deseables (23). Por otra parte, la conveniencia de su utilización explícita y transparente es tanto mayor cuanto menos consenso exista en el seno del Tribunal. Este método puede ser caracterizado por medio de su división en tres fases o momentos, que serían los siguientes: 1. Encaje del asunto *sub iudice* en el «tipo» o ámbito normativo de protección (inicial) de un derecho fundamental; 2. Examen de si ha habido una injerencia, interferencia o intervención en dicho «tipo» o ámbito normativo; 3. Examen de la legitimidad de tal injerencia en el respectivo derecho.

El método es multifásico y escalonado porque si se llega a la conclusión de que el asunto de que se trate no encuentra encaje en el ámbito normativo del derecho fundamental en cuestión, ya no es preciso pasar a la segunda fase; sólo si tal encaje existe, deberá analizarse si, además, ha habido una injerencia en el derecho; y sólo si se determina que ésta ha existido, pero no en otro caso, hay que entrar a analizar la legitimidad. Y dentro de esta tercera fase, a su vez, deberán examinarse los respectivos requisitos exigidos para la legitimidad de la injerencia de modo escalonado (esto es: habrá que determinar en primer lugar si la injerencia puede considerarse «prevista en la ley» y sólo si así es habrá que entrar a analizar si, además, puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática», esto es, proporcionada). Si alguno de estos requisitos no es respetado, el análisis debe detenerse y declararse, sin más trámites, que la medida es contraria al Convenio.

VII. ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Aquí nos referimos a la primera de las fases mencionadas. El Tribunal ha de analizar aquí si el asunto de que se va a conocer es encuadrable en alguno de los derechos del CEDH: se trata, pues, de determinar si el asunto en cuestión encaja en el que llamamos «tipo» o «supuesto de hecho» del derecho fundamental, esto es, en el ámbito o contenido *prima facie* protegido del derecho fundamental (antes de cualquier limitación): «domicilio», «vida privada», «correspondencia», etc. En el caso del derecho a la no discriminación, puede entenderse que el «tipo» o ámbito normativo viene constituido por la existencia de una «situación análoga», aunque ello acaso no aclare demasiado.

La determinación del «tipo» —o ámbito inicialmente protegido de un derecho fundamental en particular— es un aspecto que muy difícilmente se presta a una teorización o concretización apriorística, pues supone el desarrollo de

(23) No existe dicha claridad, por ejemplo, en STEDH de 17 de octubre de 1986 (caso *Rees*), §§38 ss.

conceptos jurídicos indeterminados de gran amplitud. Se trata, en efecto, de conceptos de por sí vagos y generales, tales como «domicilio», «vida privada», «matrimonio» («casarse») o «libertad de expresión», que sólo es posible, con frecuencia, precisar con ocasión de cada caso que se plantee, sin perjuicio de que sí pueda señalarse, en términos generales, un cierto contenido orientativo o tendencial. La técnica para ello es muy semejante a la que se utiliza en el Derecho interno de cualquier país y resulta, sin duda alguna, en buena medida facilitada por el hecho de tratarse, en la mayor parte de las ocasiones, de conceptos muy arraigados y conocidos en la tradición jurídica occidental, que han sido objeto de una precisión y un desarrollo considerables a lo largo de la historia y que cualquier jurista, especialmente constitucionalista, mínimamente experimentado maneja ya con cierta soltura. No obstante, la precisión de algunos de ellos no se beneficia de esa tradición y presenta *per se* mayores problemas todavía («tratos inhumanos o degradantes», por ejemplo). En cualquier caso, y aun contando con esa larga tradición jurídica, la definición en abstracto del contenido de cada derecho no resulta, a nuestro modo de ver, fácil de realizar apriorísticamente, al menos no con absoluta precisión, sino que debe partirse de un concepto global general que se especifique más en particular de un modo casuístico, con una cierta, e ineludible, influencia de la dialéctica del caso concreto. Y sea como sea, la interpretación del ámbito normativo de cada derecho sí que puede presentar especialidades respecto del Derecho constitucional nacional, más allá de las de índole material por atender (obviamente) a la realidad de todos los países destinatarios y sus tan diversas tradiciones jurídicas al respecto, y en concreto de tipo metodológico: también aquí el Convenio debe interpretarse, como todo Tratado internacional, a la luz de su objetivo y finalidad y además debe seguirse una interpretación dinámica (y no originalista) y que atienda al principio de efectividad (*effet utile*), ya que el Convenio es un «living instrument» que pretende que sus derechos sean, no «theoretical or illusory», sino «practical and effective».

Algo que es especialmente importante destacar es la importancia que tiene la exclusión de un determinado caso o supuesto del ámbito (inicialmente) protegido de un derecho fundamental (su «tipo»), pues supone que ya no hay que analizar si ha existido «injerencia», al no tener ésta como objeto un derecho fundamental, ni mucho menos todavía es preciso determinar su legitimidad (necesidad y proporcionalidad) ni puede exigirse que la medida en cuestión esté «prevista por la ley» (24). Por ello, si la inclusión de un caso concreto

(24) Ello no ha sido destacado ni por el TEDH (ni, antes, por la Comisión) hasta ahora en su jurisprudencia, sorprendentemente. Es más, en ocasiones el TEDH resuelve la cuestión con cierta ambigüedad como una cuestión de límites o una cuestión de encaje dentro del supuesto de

dentro del «tipo» o ámbito protegido del derecho fundamental no requerirá, por lo general, una exhaustiva argumentación y fundamentación, salvo con relación a supuestos poco claros y/o discutidos, la exclusión de ese caso del tipo iusfundamental requerirá, en cambio, una fundamentación lo más clara y persuasiva posible, dadas sus graves consecuencias, especialmente, a nuestro modo de ver, en los casos en que no exista unanimidad o un amplio consenso dentro del Tribunal. También aquí señalamos una línea a seguir más que una línea siempre seguida hasta ahora (25).

Nos parece, por ello, inexcusable seguir una concepción llamada «amplia» del «tipo» o ámbito normativo de los derechos fundamentales con carácter general, pues el contraste entre la opción de seguir una concepción amplia o una estrecha (salvo cuando exista gran consenso respecto de ésta última, que no es frecuente) pone de relieve los graves inconvenientes de las concepciones «estrechas»: un control menos riguroso y exhaustivo, menor posibilidad de acuerdo en el seno del Tribunal, solución de fondo menos fundamentada y menos convincente racionalmente, aparte ya de la disminución de las posibilidades de alcanzar una solución materialmente satisfactoria y las posibilidades de discrepancia en el seno del Tribunal. Las concepciones estrechas, en general, desde nuestro punto de vista, «sirve[n] para cortar una discusión, no para resolverla», si se nos permite parafrasear a Borges, y cierran el debate sin mayor fundamentación, lo que, a nuestro entender, es tanto como cerrarlo en falso (salvo en los casos «claros» y en los que hay consenso, que también existen). Aunque no sin algunas excepciones, en términos generales el TEDH sigue una concepción amplia del ámbito normativo de los distintos derechos fundamentales, y ello a pesar del carácter de mínimos que supone el Convenio, lo que puede conllevar indudablemente ciertas limitaciones o modulaciones en este campo.

hecho iusfundamental. Así, el TEDH considera que no se puede «deducir del artículo 12 [derecho a casarse] el derecho al divorcio», aunque el TEDH previamente se plantea también la hipótesis de que la prohibición del divorcio sea una limitación de la capacidad de contraer matrimonio y sostiene que esa hipotética limitación no puede calificarse «como un ataque a la esencia del derecho garantizado por el artículo 12» en una sociedad en que impera el principio de la monogamia. STEDH de 18 de diciembre de 1986 (caso *Johnston*), §§51-54. Tal ambigüedad debe rechazarse. En cambio, en el mismo caso, el Tribunal es claro al rechazar que el derecho al respeto de la vida familiar incluya el derecho al divorcio (§57).

(25) Es bien significativo el reciente caso que analizamos en nuestro trabajo «Libertad religiosa, libertad de profesión y matanza de animales (comentario a dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12-13, págs. 397 y sigs. Este trabajo es accesible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/12/not/not13.pdf>.

VIII. INJERENCIA, INTERVENCIÓN O AFECTACIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En esta segunda fase, el Tribunal debe determinar si hay una intervención en el derecho o derechos protegidos. Se trata aquí de analizar si estamos ante una verdadera injerencia, intervención o interferencia en el derecho fundamental. Y se comprenden aquí como injerencias o intervenciones no sólo los actos jurídicos, sino también las afectaciones puramente fácticas del derecho fundamental, pues, como dice el TEDH, «un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico». Y es indiferente que se trate de un acto positivo o de una omisión respecto de una acción positiva que se deriva de un deber impuesto por el Convenio (26). Hay que atender a las concretas circunstancias reales, y no a situaciones teóricas, para determinar si hay una injerencia o no en el derecho (27). No son una injerencia las simples molestias subjetivas, sino aquellos efectos gravosos de entidad mínima sobre el derecho fundamental de que se trate derivados de una actuación u omisión de los poderes públicos, debiendo existir una relación estrecha entre dicha actuación u omisión y los efectos restrictivos sobre el derecho (imputabilidad al Estado).

El Tribunal utiliza un cierto concepto poco sistemático, más bien profundamente casuístico, de injerencia o intervención, por lo que es difícil precisar un concepto de validez general para todos los derechos, pero lo que es seguro es que sigue una concepción material y amplia de injerencia, que le permite considerar como tal incluso la disposición de la tercera frase del artículo 10, apartado 1, del Convenio, donde se prevé la posibilidad de que los Estados «sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa», y ello a pesar de que el mismo precepto regula, en su apartado 2, de modo expreso y claro las restricciones admisibles a las libertades que, en el apartado 1, se reconocen. En el certero juicio del Tribunal, la «autorización previa» de que habla el artículo 10.1 no sólo es una injerencia, sino que queda sujeta «a los requisitos del apartado 2, pues en otro caso se llegaría a un resultado opuesto al objeto y a la finalidad del artículo 10 considerado en su conjunto» (28).

(26) Por ejemplo, la omisión de la debida y razonable protección de las manifestaciones legales por parte de las autoridades, especialmente cuando pueden molestar o irritar a personas contrarias a las ideas o reivindicaciones que promueve. STEDH de 21 de junio de 1988 (caso *Plataforma «Médicos por la vida»*), §§34 sigs. Véase, también, STEDH de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey cl Irlanda*), §25.

(27) STEDH de 21 de junio de 1988 (caso *Berrehab*), §23.

(28) STEDH de 28 de marzo de 1990 (caso *Groppera Radio AG y otros*), §61.

El Tribunal no sostiene, sin embargo, lo que hemos llamado un concepto «material» de injerencia o intervención en los derechos fundamentales hasta sus últimas consecuencias, al menos no de modo explícito. En efecto, con relación a los derechos en que no hay una regulación expresa de los límites de los mismos, el Tribunal no siempre utiliza explícitamente el concepto de injerencia, no obstante lo cual en el fondo (y materialmente) siempre opera con una categoría semejante y, lo que es mucho más importante, somete en general a esas medidas, sean una afectación del derecho a un proceso justo o sean una «privación» de la propiedad (pongamos por caso), a la exigencia de estar «previstas por la ley» y de ser proporcionales, como luego veremos, aunque acaso con un alcance menor, menos estricto, que cuando tal regulación expresa existe. A nuestro modo de ver, la utilización explícita y clara de la categoría de la injerencia debería generalizarse también para estos derechos, cuya protección, desde nuestro punto de vista, lejos de quedar comprometida, quedaría reforzada en la medida en que el examen de la legitimidad de las restricciones a los mismos resultaría mucho más claro y racionalmente controlable y, por ello mismo, dotaría a la jurisprudencia de una mayor seguridad y previsibilidad jurídicas. Ello constituye, a su vez, un presupuesto para una aplicación también explícita y transparente de las exigencias de la previsión por la ley y la necesidad o proporcionalidad a las medidas que incidan en alguno de estos derechos sin regulación explícita de sus límites, y muy especialmente con relación al derecho a un proceso justo.

En la doctrina alemana, que es donde se ha elaborado más a fondo (tanto dogmática como jurisprudencialmente) la noción de intervención o injerencia en los derechos fundamentales, el llamado «concepto clásico» de la misma (que nunca existió como tal y que hoy está ampliamente superado, en todo caso) exigía cuatro notas a la afectación del derecho para ser una «intervención»: *a)* final (dirigida a esa finalidad); *b)* directa; *c)* jurídica; *d)* imperativa. El concepto de injerencia que sigue el TEDH, como no puede ser de otro modo, no se ajusta a estas notas, sino que es indiferente, en principio, que la afectación del derecho sea final o imprevista, directa o indirecta, jurídica o fáctica, imperativa o sin mandato, por acción o por omisión (29), aunque en determinados casos puede exigirse que se trate de un acto jurídico (juridicidad) (30) o se puede

(29) Respecto de las omisiones, véase, a modo de síntesis, STEDH de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey c/ Irlanda*), §§32-33: el Estado debe proporcionar medios para obtener una separación matrimonial de Derecho y no sólo fáctica.

(30) Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos exigía, aunque ello no deja de ser cuestionable, que las investigaciones médicas o las vacunaciones se realizaran en cumplimiento de un mandato normativo imperativo para poder ser consideradas como una injerencia en el derecho del artículo 8 CEDH.

exigir una determinada intensidad (por ejemplo, para las torturas o para las poluciones ambientales) (31) o puede otorgarse relevancia a que se trate de un acto consentido (así, respecto del derecho al respeto de la vida familiar, su renuncia inequívoca puede tener relevancia, lógicamente). Lo que es incuestionable es que tiene que haber un efecto restrictivo, perjudicial o gravoso en el ejercicio del derecho fundamental y que el mismo esté en relación con la medida supuestamente constitutiva de una injerencia.

Es especialmente importante destacar, por otro lado, que una cosa es que una determinada medida pueda resultar justificada para el Convenio y otra que esa medida sea una injerencia en el derecho. Por claro que pueda parecer que una determinada medida afectante a un derecho fundamental resulta justificada, es preciso tratarla como una injerencia, para a continuación someterla al *test* de su legitimidad según el Convenio. Pero hay también casos, desde luego, en que no hay ya, de entrada, injerencia en el derecho fundamental y no procede, por ello, seguir este examen escalonado, lo que lleva al Tribunal a declarar que, al haber llegado a la conclusión de que no existe injerencia en el derecho, no tiene él ya que entrar a considerar la legitimidad de la misma, obviamente (32). Sin embargo, aquí de nuevo la prudencia ha de ser extrema y, de igual modo que propugnamos una concepción amplia del ámbito normativo de protección de los derechos fundamentales, también es preciso seguir un concepto correspondientemente amplio de «injerencia» o «intervención» en los mismos, de manera que sólo en casos en que resulte claro y cristalino que una medida no afecta restrictiva o gravosamente al derecho puede concluirse que no hay intervención, pues la negación de toda injerencia en el derecho es algo que, como la denegación de que el caso real a examinar encaje en su ámbito normativo, tiene la importante consecuencia de excluir todo examen de legitimidad conforme al CEDH, por lo que toda decisión en ese sentido debe ser muy sopesada y consensuada, lo que no siempre ocurre (33).

(31) DIRK EHLERS: «2. Teil ...», *cit.*, pág. 38.

(32) Por ejemplo, STEDH de 27 de octubre de 1975 (caso *Sindicato Nacional de la Policía belga*), §42. Muy cuestionable, STEDH de 28 de agosto de 1986 (caso *Glaserapp*), §52, que considera que la destitución de una funcionaria interina a consecuencia de su opinión publicada de apoyo al Partido Comunista no era una «injerencia» en su libertad de expresión.

(33) Es paradigmático en este sentido, el caso que analizamos en nuestro trabajo, «Libertad religiosa ...», *cit.*, págs. 405-408.

IX. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN O AFECTACIÓN

La tercera y última fase de análisis por el Tribunal tiene por objeto el examen de si la intervención o injerencia resulta legítima en el marco del CEDH. Este nivel de examen se subdivide, a su vez, en otros tres subniveles, que hacen referencia al análisis acerca de la concurrencia de tres requisitos exigidos para la legitimidad de una intervención en el derecho fundamental. Estos tres requisitos exigidos a toda limitación de los derechos reconocidos en el Convenio para que se la pueda considerar una limitación «legítima», determinan tres subniveles escalonados en el examen de la conformidad al Convenio de toda medida limitadora de un derecho protegido por el Convenio, una vez establecido que estamos ante un caso que encaja en el ámbito de protección de un derecho del Convenio, y que, además, hay una intervención o injerencia efectiva en un derecho protegido por el mismo. De este modo, si la injerencia no aparece «prevista por la ley», ya no es preciso pasar a la segunda subfase de examen; y si está prevista por la ley, pero no persigue uno de los fines legítimos según el Convenio, tampoco debe pasar a analizarse la «necesidad en una sociedad democrática» de la medida.

1. Cobertura legal

El Tribunal examina, en primer lugar, si la interferencia o intervención tiene base legal, esto es, si se halla «prevista por la ley». Y cuando el Tribunal entienda que una medida interventora no está «prevista por la ley» en el sentido del Convenio, ello será motivo bastante para que no siga analizando si la medida persigue un fin legítimo o es necesaria en una sociedad democrática y rechace, sin más preámbulos, tal medida como ilegítima a la luz del Convenio (34).

La ley ha de tener «cualidad material» de tal. No basta, en efecto, con que la «ley» sea alguna de las normas así consideradas y que sea válida según el propio Derecho interno, sino que además ha de reunir dos exigencias subsu- mibles en la expresión «cualidad de ley» o «cualidad material de ley», y que vienen a complementar el concepto en principio formal de «ley» en la jurisprudencia de Estrasburgo: a) *Accesibilidad*: La «ley» o, por decirlo de un modo más comprensible para nosotros, la norma «tiene que ser lo suficiente-

(34) Una aplicación clara a este respecto puede verse en SSTEDH de 24 de abril de 1990 (casos *Kruslin* y *Huwig*), §§27 y sigs., especialmente §36.

mente accesible: el ciudadano tiene que disponer de informaciones suficientes, dadas las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso» (35), para lo que se atiende también a su publicidad con respecto a sus destinatarios (36); *b) Precisión*: La ley ha de ser precisa en su contenido. Para tener la cualidad de ley propia de un Estado de Derecho se exige por el TEDH que se trate, además, de «una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta» (37) y pueda ser capaz, en su caso recabando asesoramientos autorizados, de «prever razonablemente, según sean las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada» (38), si bien —precisaría el TEDH en el caso *Sunday Times*— estas consecuencias no es necesario que se conozcan «con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de la situación. Así, muchas leyes se sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica» (39). Ello se explica porque existe una «imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad» (40) o en que las situaciones a regular resultan ser muy complejas y variadas (41), so riesgo de una rigidez normativa excesiva. Por ello, muchas

(35) STEDH de 26 de abril de 1979 (caso *Sunday Times c/ Reino Unido*), §49; STEDH de 27 de octubre de 1983 (caso *Malone*), §66.

(36) STEDH de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver y otros*), §87 y 26, respecto de la singularidad de los presos a este respecto.

(37) STEDH de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver y otros*), §88.

(38) STEDH de 27 de octubre de 1983 (caso *Malone*), §66; STEDH de 24 de mayo de 1988 (caso *Müller y otros*), §29. Dicha predictibilidad existía en Irlanda para unas sociedades que asesoraban a las mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar en Gran Bretaña respecto de la posible incoación de diligencias penales por dichas actividades y la emisión de un mandamiento judicial de cesación en esas actividades por cuanto que contribuían a la destrucción de vidas por nacer con desprecio al derecho constitucional a la vida de los no nacidos (garantizado expresamente por la Constitución) y existía esa previsibilidad atendiendo al elevado nivel de protección que el Derecho irlandés concede en general al no nacido, que permitía a las sociedades, rodeándose de asesores preparados, prever hasta un punto razonable dicha posibilidad, aunque no hubiese regulación legal expresa. STEDH de 29 de octubre de 1992 (caso *Open Door y Dublin Well Woman*), §§59-60.

(39) STEDH de 26 de abril de 1979 (caso *Sunday Times*), §49.

(40) STEDH DE 24 de mayo de 1988 (caso *Müller*), §29.

(41) STEDH de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver*) (§88), respecto de la criba de la correspondencia en las prisiones.

leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de situación, «no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos», tal y como ocurre, por ejemplo, con «los preceptos del Derecho Penal en materia de actos deshonestos» (42) y, en general, en los casos en que las circunstancias a evaluar «son tan variables que sería difícil redactar una ley capaz de abarcar todas las posibilidades», especialmente cuando se trata de tutelar bienes importantes y siempre y cuando existan garantías de que el ejercicio de todas las facultades legales por la Administración con relación a esta cuestión puede ser fiscalizado por los tribunales, quienes podrán evitar así las injerencias arbitrarias (43). De este modo, «la ley que confiere una facultad discrecional no falta por esto al requisito de previsible si precisa con suficiente claridad su alcance y la manera de utilizarla, teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida, para proporcionar al individuo la adecuada protección frente a una injerencia injusta». Parece deducirse con claridad de la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos *Gillow* y *Olsson* que, en cualquier caso, las facultades discrecionales han de estar sujetas a fiscalización por los Tribunales, no bastando con que la ley fije el alcance de las mismas (44).

A juicio del TEDH, tanto la noción de previsibilidad como la de accesibilidad dependen en gran medida del contenido del texto en cuestión, del campo que cubra (45) y del número y la condición de sus destinatarios (46), por lo que pudo dicho Tribunal considerar una determinada «ley», pese a su carácter extremadamente técnico y complejo, como suficientemente accesible en la medida en que sus destinatarios poseían la preparación técnica adecuada (47) o en la medida en que sus destinatarios, con ayuda en su caso de asesores, podían saber acceder a esas normas (48).

(42) STEDH DE 24 de mayo de 1988 (caso *Müller*), §29. El Tribunal considera, en concreto, que un tipo penal referido a la publicación de objetos «obscenos» no carece de la previsibilidad necesaria para que esa restricción a la libertad de expresión pueda considerarse «prevista por la ley» en el sentido del Convenio, especialmente teniendo en cuenta la existencia de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Federal suizo en un conjunto de resoluciones que habían sido objeto de publicación y completaban los términos literales del Código Penal en este aspecto.

(43) STEDH de 24 de marzo de 1988 (caso *Olsson*), §62.

(44) STEDH de 24 de marzo de 1988 (caso *Olsson*), §61; STEDH de 24 de noviembre de 1986 (caso *Gillow*), §51.

(45) Por ejemplo, «interceptación de las comunicaciones para las necesidades de las investigaciones de la policía», STEDH de 27 de octubre de 1983 (caso *Malone*), §67, donde el Tribunal sienta la importante doctrina de que «el peligro de la arbitrariedad aparece especialmente cuando las facultades de la Administración se utilizan secretamente» (§68).

(46) STEDH de 28 de marzo de 1990 (caso *Groppera radio y otros*), §68.

(47) STEDH de 22 de mayo de 1990 (caso *Autronic AG*), §57.

(48) STEDH de 28 de marzo de 1990 (caso *Groppera Radio AG y otros*), §68.

Por otra parte, la exigencia de previsibilidad y certeza viene referida no tanto al concreto precepto de que se trate en sí mismo considerado, como a la interpretación que al mismo le han venido dando los tribunales nacionales encargados de su aplicación. Y así, el *secuestro*, sin destrucción, de unos cuadros considerados obscenos con base en un precepto penal —y por tanto, se supone que sujeto a una interpretación especialmente estricta— que castiga la publicación de objetos obscenos y prevé su *destrucción* (y no su secuestro), no resulta una medida que no esté prevista por la ley cuando existe una jurisprudencia firme («de fácil conocimiento por el público y seguida por los tribunales inferiores») que mitiga el rigor del precepto (49).

2. *Fin legítimo según el Convenio*

Se trata aquí de saber si la intervención en el derecho aparece cubierta por una finalidad legítima según la regulación del propio Convenio. Como se verá, esta fase de examen no tiene gran relevancia dada la generalidad de las finalidades previstas expresamente por el Convenio con relación a varios derechos o las alegadas con respecto a los demás, y dada también su relativa intercambiabilidad con frecuencia, aparte ya del margen de apreciación que se deja a los Estados. Pero, desde luego, no faltan casos en que la apreciación de que la medida no respondía a una finalidad legítima basta ya para rechazar la medida por no ser «necesaria en una sociedad democrática» para la consecución de un fin legítimo.

El Convenio regula expresamente en muchas ocasiones los fines para los que se puede restringir cada derecho fundamental, que varían (relativamente, al menos) para cada derecho. Cuando es así, sólo puede restringirse ese derecho fundamental para lograr una de tales finalidades expresas y no cualesquiera otras. Pero cuando el Convenio no prevé límites expresos a un derecho explícitamente reconocido (derecho a la educación, por ejemplo), sí cabe que operen respecto al mismo los límites implícitos (50), que, en nuestro criterio, son implícitos respecto al Convenio, pero no inherentes al derecho; y con mayor razón, también pueden operar tales límites implícitos respecto de los derechos implícitos que el TEDH ha reconocido, como el derecho de acceso a los tribunales (51).

(49) Esta era la problemática planteada en la STEDH de 24 de mayo de 1988 (caso *Müller*), §38.

(50) STEDH de 23 de julio de 1968 (caso *sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*), §5.

(51) STEDH de 21 de febrero de 1975 (caso *Golder*), §38.

3. Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad

Este requisito está muy ligado al anterior pues las medidas han de ser «necesarias en una sociedad democrática» para el logro de alguna de las finalidades legítimas que el Convenio enumera (o se deducen del mismo, cuando se trata de límites implícitos). La valoración separada es difícil en la práctica, pero el Tribunal distingue entre la finalidad legítima que la medida persiga y su proporcionalidad para el logro de esa finalidad. Son, pues, niveles diferentes de examen, aunque desde luego uno no pueda desligarse del otro (52). La medida interventora en el derecho protegido ha de ser necesaria en una sociedad democrática, esto es, responder a una necesidad social imperiosa; y para ello, deberá examinarse si la medida es, dentro del «margen de apreciación» que se reconoce a cada Estado con un alcance variable según las circunstancias, proporcional al fin legítimo perseguido. En términos generales este requisito equivale a la proporcionalidad, si bien matizada ésta, en ocasiones de manera muy relevante, por el «margen nacional de apreciación» (53).

El origen de la aplicación jurisprudencial de este principio de proporcionalidad se halla en el caso *Lawless* (54) (en el que sólo el demandante utiliza el término, pero el Tribunal acaba aplicando el concepto o idea) con relación al artículo 15 CEDH, pero pronto el TEDH lo ha extendido a los derechos de los artículos 8 a 11 del Convenio, sobre la base de la exigencia textual de que sus restricciones sean «necesarias en una sociedad democrática», e incluso lo ha acabado extendiendo a prácticamente todos los restantes derechos del Convenio por medio de la llamada «proporcionalidad latente», que aplica bien para el control de la legitimidad de las restricciones, expresas o implícitas, a los derechos del Convenio —incluido el derecho a la igualdad (*en el ejercicio de los derechos del Convenio*) del artículo 14 (55) o la prohibición de traba-

(52) Véase, por ejemplo, STEDH de 13 de agosto de 1981 (caso *Young, James y Webster*), §59: «Para ser compatible con el párrafo 2, una injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 11 debe ser “prevista por la ley”, inspirada por uno o varios fines legítimos según este párrafo y “necesaria, en una sociedad democrática”, para la consecución de éste u otros fines».

(53) Por lo general este requisito queda reducido al de la proporcionalidad, pero no siempre es así. Su alcance varía en función de criterios diversos, pudiendo ser unos a favor de un margen amplio y otros a favor de uno estrecho, en cuyo caso se impone una valoración *de conjunto* de los criterios en juego que se superpongan.

(54) STEDH de 1 de julio de 1961 (caso *Lawless*), §§32 y 35 y sigs.

(55) Por ejemplo, STEDH de 6 de febrero de 1976 (caso *Schmidt y Dahlström*), §§40-42 («no se ha infringido el principio de proporcionalidad»); STEDH de 28 de mayo de 1985 (caso

jos forzados u obligatorios (en este caso, el Tribunal aplica la proporcionalidad para la «delimitación», que no para la limitación, al menos según sus aseveraciones teóricas, por lo demás cuestionables)—, bien para definir el alcance concreto de un derecho, bien para determinar el alcance de una obligación positiva del Estado. Un problema especial, en el que aquí no puede entrarse, es el de si la proporcionalidad puede aplicarse al derecho a no sufrir torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes.

En realidad, se quiera o no se quiera, y aunque desde luego el propio TEDH no lo haya reconocido siempre así de modo expreso, la aplicación del principio de proporcionalidad a todos estos derechos, incluso cuando no se aplica a sus restricciones, viene a suponer el reconocimiento de la necesidad de ponderar lo que sería el contenido *a priori*, sólo *a priori*, protegido de un derecho con otras exigencias imperiosas que tengan también base en el Convenio, para determinar así el concreto ámbito definitivamente protegido de ese derecho, lo que con frecuencia sólo puede determinarse en el caso concreto, y el TEDH, desde luego, se ha limitado siempre a la apreciación del caso concreto de que conoce.

En lo que se refiere al significado o contenido de este principio, el mismo hace referencia a la necesaria existencia de una relación de proporcionalidad entre una injerencia en un derecho fundamental y la finalidad pretendida por tal injerencia (56). El TEDH se limita, en ocasiones, en su examen de la proporcionalidad, a analizar si una medida es proporcionada y si hay una relación razonable entre la injerencia en el derecho y el legítimo fin perseguido, pero por lo general aplica un examen más riguroso o intensivo, en especial con relación a la libertad de expresión. Y así, en el asunto *Sunday Times* aplica un triple control sobre: *a*) si la injerencia responde a una «necesidad social imperiosa»; *b*) si es proporcionada al legítimo fin perseguido; *c*) si las razones ofrecidas por la autoridad nacional para justificarla eran «relevantes y suficientes». En realidad, lo que existe es una densidad variable del control de la proporcionalidad en función de los derechos fundamentales afectados (por ejemplo, se aplica un estándar menos estricto para el derecho de propiedad (57) y uno especialmente estricto para la libertad de expre-

Abdulaziz, Cabales y Balkandali), §77-83 y STEDH de 23 de julio de 1968 (caso *sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga*), §10; STEDH de 28 de diciembre de 1984 (caso *Rasmussen*), §35 y 37.

(56) STEDH de 26 de abril de 1991 (caso *Ezelin*), §52.

(57) STEDH de 21 de febrero de 1986 (caso *James y otros*), §51; *cfr.* JOCHEN ABR. FROWEIN: «The Protection of Property», *cit.*, pág. 527, quien señala que sólo excepcionalmente aprecia el TEDH que una «regulación del uso de la propiedad de acuerdo con el interés general» es desproporcionada.

sión (58) y los aspectos íntimos de la vida privada) (59), en función del alcance o la intensidad de la injerencia o intervención en el derecho fundamental (control tanto más intenso cuanto más grave sea la injerencia) (60) y, en cierta medida, en función de la naturaleza del interés protegido contrapuesto al derecho (así, por ejemplo, parece existir una relativa deferencia por el TEDH respecto de la «seguridad nacional»), entre otros factores.

A la hora de determinar si una injerencia o intervención en un derecho fundamental es o no proporcionada, deben valorarse los siguientes elementos: *a*) en primer lugar, aunque no es del todo claro, parece que puede partirse de una regla general de que el Estado tiene la carga de probar que hubo razones «relevantes y suficientes» para tal injerencia, y si no cumple con esa carga, es casi inevitable que se declare una violación del Convenio; *b*) en segundo lugar, aunque ni el texto del CEDH ni tampoco el propio TEDH hayan consagrado de una manera expresa, como concreto componente de la proporcionalidad, al llamado subprincipio de necesidad (que exigiría utilizar el medio menos restrictivo, de manera que una injerencia es ilegítima si había otros medios igualmente eficaces pero menos restrictivos del derecho), en la práctica el TEDH viene aplicándolo frecuentemente (61), por lo que una injerencia que no lo respete será ilegítima (62); *c*) cuando la injerencia es acordada discrecionalmente por una autoridad, el principio de proporcionalidad requiere una cierta justicia procedimental (*procedural fairness*) para asegurar que se toman

(58) El control de las injerencias es todavía más estricto cuando la libertad de expresión se ejerce respecto de cuestiones de interés general [STEDH de 25 de marzo de 1985 (caso *Barthold*)], y todavía más si entran en el ámbito o dominio de lo político, aunque para ello será preciso que las circunstancias de carácter político sean relevantes en el caso (STEDH 22 de febrero de 1989 (caso *Barfod*), §35), y ello tanto si es un político quien ejerce la libertad de expresión, como si se ejerce frente a un político o ambas cosas [STEDH de 8 de julio de 1986 (caso *Lingens*), §43]. El control es mayor todavía si la libertad de expresión se utiliza para hacer críticas al Gobierno [STEDH de 23 de abril de 1992 (caso *Castells c. España*), §46].

(59) Además de la sentencia que se cita en la nota siguiente, véase STEDH de 22 de octubre de 1981 (caso *Dudgeon*), §59: «el presente caso se refiere a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada. Consecuentemente, deben existir razones particularmente serias antes de poder considerar legítimas las injerencias de las autoridades públicas».

(60) STEDH de 27 de septiembre de 1999 (caso *Smith and Grady*), §90.

(61) RICHARD CLAYTON y HUGH TOMLINSON: *The Law of Human Rights*, OUP, Oxford, 2000, pág. 283.

(62) Por ejemplo, una apertura indiscriminada de todo el correo de los presos con sus abogados por si contuviese material prohibido es desproporcionada, pues se habría podido abrir (pero no leer, y para garantizarlo, podrían, por ejemplo, abrirse en presencia del afectado) sólo aquellas cartas de las que hubiera razones para pensar que pudieran contener tal material [STEDH de 25 de marzo de 1992 (caso *Campbell*), §48].

en cuenta los intereses de los afectados, lo que si bien inicialmente regía para lo relativo a la custodia de los hijos en la actualidad tiene una aplicación más amplia (63); y *d*) debe valorarse igualmente en ciertos casos, en estrecha relación con lo anterior, la existencia o no de salvaguardias frente a posibles abusos y en concreto de un control judicial último (64); *e*) es irrelevante la existencia, o no, de buena fe por parte de las autoridades nacionales (65).

A partir de estos criterios generales, el conocimiento del alcance del principio de proporcionalidad es una cuestión a estudiar con relación a cada derecho fundamental en particular y la jurisprudencia que el TEDH ha sentado respecto del mismo. La abundante jurisprudencia ya existente y la multiplicidad de hipótesis enjuiciadas ha permitido construir una tupida red de aplicación del principio estudiado para cada derecho fundamental, cuyo estudio corresponde a la parte especial de una teoría de los derechos fundamentales y excede por ello mismo completamente del objeto de esta investigación. No obstante, debe aquí advertirse que la aplicación de este principio de proporcionalidad es eminentemente casuística, por lo que, a la hora de estudiar cada caso habrá que conocer todas las circunstancias en el mismo concurrentes antes de extrapolar la doctrina en él sentada a otros supuestos más o menos parecidos y valorar la relevancia de las posibles diferencias que puedan existir.

(63) «Aunque el artículo 8 no contiene ninguna exigencia procedimental explícita, el proceso de adopción de decisiones para acordar medidas de injerencia debe ser justo, de manera que permite el debido respeto a los intereses del individuo protegidos por el artículo 8» [STEDH de 25 de septiembre de 1996 (caso *Buckley*), §76, respecto de decisión municipal de expulsión de un terreno de unas personas que vivían allí en una caravana].

(64) El TEDH, aun cuando admite que excepcionalmente puede ser legítima la vigilancia secreta de la correspondencia y las comunicaciones, exige que en cualquier caso existan «garantías adecuadas y suficientes contra los abusos», algo que dependerá de todo el conjunto de circunstancias que envuelvan el caso (naturaleza, extensión y duración de las medidas, razones requeridas para ordenarlas, autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas y tipo de recursos previstos por el Derecho interno). STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klaas y otros*), §§48 y 50. Con carácter más general dirá el TEDH que «uno de los principios subyacentes del Convenio, la preeminencia del Derecho, supone que cualquier intervención de las autoridades en los derechos de la persona pueda someterse a una fiscalización eficaz» y, al menos en último término, judicial, si bien tales garantías fiscalizadoras no tienen por qué incluirse necesariamente en el mismo texto que autoriza la imposición de las restricciones» [ibíd., §55 y STEDH de 25 de marzo de 1983 (caso *Silver*), §90]. Véase también STEDH de 25 de febrero de 1993 (caso *Mialhe*), §37.

(65) STEDH de 22 de octubre de 1981 (caso *Dudgeon*), §59.

X. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores, ha tratado de ofrecerse una cierta aproximación a lo que podría ser una teoría general de los derechos fundamentales del CEDH, evitándose al máximo las referencias tediosas a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre cada uno de los aspectos, así como dejando en el tintero algunas cuestiones de relevancia en una teoría general (en especial, la protección a través del «amparo intereuropeo») pero bien conocidas y tratadas entre nosotros, todo ello en aras de la necesaria brevedad en la exposición y a fin de poder ofrecer un *boceto* de esta teoría general que nos parecía más oportuno en este momento.

Convencidos como estamos de que lo realmente importante de toda teoría general, y en particular de la de los derechos fundamentales, es su utilidad (Rubio Llorente), hemos pretendido eludir al máximo el riesgo de una teoría alejada de la realidad (también de la jurisprudencial), tratando de exponer los aspectos generales más importantes de los derechos fundamentales en el CEDH en su configuración jurisprudencial por el TEDH, aunque también con un cierto enfoque crítico.

Sin duda, muchas de las cuestiones aquí expuestas son controvertidas, otras requieren matices y también habrá quien piense que se han preterido determinados aspectos de una teoría general, aparte de los ya indicados expresamente, o que otros no resisten la «prueba de fuego» de su aplicación a los distintos derechos fundamentales en particular o que algunas consideraciones, simplemente, sobran, por no decir ya que algunos pueden tener buenas razones para ser escépticos, reacios, o sencillamente contrarios a toda teoría general en esta materia. Precisamente lo que más se necesita en este campo, en nuestro país pero también (e inexcusablemente) a escala europea, es un diálogo doctrinal crítico, de calado, polifónico, a fin de que pueda comenzar a construirse una teoría general sólida y asentada de los derechos fundamentales de los europeos, ya que ello es presupuesto para la necesaria elaboración dogmática en este campo y para la depuración y perfeccionamiento de la técnica jurídica en este ámbito. Para ello, sin duda, habrá que partir de la jurisprudencia del TEDH, como aquí hemos tratado de hacer con un enfoque sistemático más o menos atinado, pero también habrá que evitar a toda costa, y no siempre se hace ni siquiera con relación a cada derecho fundamental, una asunción automática y acrítica de la doctrina jurisprudencial, pues, como dijera ya Kant, «la ciencia puramente empírica del Derecho es, como la cabeza de las fábulas de Fedro, una cabeza que podrá ser bella, pero tiene un defecto y es que carece de seso». Conscientes de ello, aquí ha tratado de eludirse ese riesgo de caer en un enfoque propio de lo que se ha venido en llamar «positivismo jurisdic-

cial» (De Vega), pues la jurisprudencia, aparte ya de los propios votos particulares, se nutre, y así ha de seguir siendo, del hecho de que la doctrina también vaya con frecuencia «a contracorriente» y no se limite, en todo caso, a ser un «(post)glosador epigonal» (Häberle) de la «jurisprudencia constante» de Estrasburgo, algo dificultado, sin duda, hoy en día, por la copiosidad casi inabarcable de la doctrina jurisprudencial de Estrasburgo (o de cualquier tribunal constitucional), pero que es deber irrenunciable de la comunidad científica como contribución característica a la construcción de una verdadera Unión Europea en la que cada uno de sus ciudadanos podamos decir, con el mismo orgullo que otrora los romanos, «cives europeus sum» y ello sea entendido como una referencia a la pertenencia a una unión política europea fundamentada, entre otras cosas, en la dignidad de la persona y los derechos y libertades fundamentales de sus ciudadanos, pero también de «sus» extranjeros.