

QUESTIONES Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 24, enero-junio 2011

GARCÍA ROCA Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Cuadernos Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario- Thomson Reuters, 2010, 389 pp.

“El contenido de los derechos (humanos) acaba creciendo como buena masa de pan” (p. 88).

Esta es una frase de Javier García Roca que utiliza para dar cuenta, expresivamente, del efecto expansivo de los derechos humanos y es sólo una muestra del sentido común que le caracteriza al escribir ésta o cualquier otra obra. Es difícil encontrar una mejor frase para describir, con tanta elocuencia, una situación jurídica, sin embargo, es posible completarla utilizando paradójicamente las palabras del mismo autor, para quien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es una “lenta cocina a fuego muy lento” (p. 213). En consecuencia, si unimos ambas frases tenemos que la masa de pan de derechos humanos, que por sí misma tiende a crecer, al ser introducida al fuego lento de la cocina del Tribunal Europeo seguirá cociéndose hasta llegar a su punto óptimo de cocción, lo que querrá decir que el beneficio alcanzado para la protección del derecho humano es inmejorable.

Estamos completamente de acuerdo con el uso de expresiones con sentido común para explicar instituciones jurídicas, aunque es probable que para algunos juristas esto constituye, en el mejor de los casos, un recurso retórico. Sin embargo, los años que tenemos en la investigación jurídica y en la docencia nos hacen advertir que en ocasiones más vale una frase bien puesta que múltiples párrafos u horas de discusión.

La excelente obra que tenemos en nuestras manos y que con esta reseña ponemos a disposición del lector, puede ser leída, y esta es una ventaja adicional a su extraordinario contenido jurídico, con una visión de sentido común, lo que no es posible hacer en la mayoría de los casos. Este

sello particular de la casa García Roca pone una distancia considerable respecto de otras obras, y no nos referimos en este preciso momento a la calidad, sino únicamente a su metodología y versatilidad. Utilizar frases con sentido común no da mayor o menor valor jurídico a la obra, que de suyo lo tiene, lo que produce, y a nuestro entender ya es algo considerable, es un efecto pedagógico que ayuda a lograr un mejor entendimiento de su contenido.

Al terminar la lectura del libro nos percatamos que el autor mantiene a lo largo de su contenido una clara tendencia a la expresión cotidiana, o sea que la frase que utilizamos al inicio de esta reseña no es casual sino que forma parte de un estilo expositivo. El autor hace gala, aunque pudiéramos pensar que involuntariamente porque de haber querido hacerlo así quizá no lo hubiera logrado con tanto éxito, de otras expresiones cotidianas que a continuación nos atrevemos a exponer porque son parte esencial del libro de García Roca.

La frase del Dios Jano es magnífica (p. 85). Para explicar la realidad dual en la que se encuentra el intérprete de los derechos humanos de atender al mismo tiempo la soberanía nacional y la integración por medio del orden público que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), García Roca recuerda que es una situación similar a la que se encontraba el Dios Jano, que “desde el dintel de las casas romanas miraba hacia dentro y hacia fuera”.

En otra parte del libro, García Roca señala que en ocasiones el TEDH reconoce que existe un amplio margen de apreciación nacional pero después, para sorpresa de todos, termina enjuiciando la regulación estatal por violar el Convenio Europeo, lo que bien puede ejemplificarse como “prometer trigo y no darlo” o bien como “tener mucho trigo... pero en la Habana” (p. 207). En este mismo sentido, aunque no frente a una contradicción sino ante una diferencia de argumentaciones, el autor calificó la actitud del Tribunal Europeo como de “un curioso rodeo o carambola argumental muy típica del Tribunal” (p. 328).

El Tribunal Europeo, para el autor, no debiera contentarse con la justicia del caso porque es una “función reactiva” que cada vez más se revela como imposible, ya que se mantendría en algo así como “la parábola evangélica sobre la imposibilidad de vaciar el agua en un océano de lesiones de derechos con un vaso” (p. 213), por ello, es mejor pasar a una “función de desarrollo” o “armonizadora”.

En otro momento de la obra, en concreto al hacer referencia a la aplicación del margen de apreciación nacional en casos concretos, García Roca llama a esta forma de descender a la realidad de los conflictos de derechos que enjuicia el TEDH, como algo que “no parezca que nos ocupamos del sexo de los ángeles” (p. 263).

Para mostrarnos un poco las incógnitas derivadas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la reacción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo con base en el Convenio Europeo, el autor considera que esta última puede darnos pequeñas sorpresas pues “por donde está el cauce de un río, antes o después, pasa el agua” (p. 358), ello con la intención de recordar que las normas no deben ignorar la naturaleza de las cosas.

Ya, por último, el autor utiliza otra frase con sentido común para explicarnos que el recurso al margen de apreciación nacional es indeterminado y en ocasiones carente de justificación racional, lo que puede llegar a producir una “extraña sensación de echar balones fuera” (p. 380).

Con estas referencias queremos dejar constancia que García Roca es, además de un gran jurista, una persona con mucho sentido común, y eso como quiera que sea se lo agradecemos.

Javier es catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ahora se encuentra al frente del Instituto de Derecho Parlamentario de la misma Facultad, desde donde viene realizando una estupenda labor no sólo dirigiendo investigaciones relacionadas con el derecho parlamentario sino también a la cabeza de un Máster en Derecho Parlamentario que recién empieza y al que le auguramos un extraordinario futuro, además, coordina extraordinarios proyectos de investigación en materia de derechos humanos de los cuales se obtienen productos como el que ahora comentamos.

El libro contiene 389 páginas,¹ con una nota preliminar del mismo autor y ocho apartados como contenido.

De la nota preliminar nos quedamos con una frase que nos sobresaltó: “...comienza a ser relativamente inútil sistematizar la jurisprudencia del TEDH, según evidencio en este libro y asimismo revelan otros trabajos. Necesitamos menos información sobre las decisiones judiciales y una

¹ Es una obra que constituye una gran aportación al mundo jurídico de habla hispana, ya que el tema que aborda ha sido tratado normalmente en idiomas diferentes al español, como puede comprobarse al consultar la bibliografía que se maneja en el libro.

mayor reflexión doctrinal común que se acerque y se aleje de la jurisprudencia europea, dialogando con ella”.

Si hemos comprendido bien, para el autor la sistematización resulta improductiva frente a la reflexión doctrinaria jurisprudencial. Sin embargo, debemos reconocer que menospreciar la sistematización no parece ser la intención del autor, entre otras razones porque sabemos que él ha sido un entusiasta promotor de esta actividad y nos queda claro que no es posible reflexionar doctrinariamente sin haber avanzado en la sistematización. Por ello, como queremos encontrar un argumento a lo dicho por el autor, debemos considerar que lo que sucede es que el grupo de juristas con los que ha venido trabajando García Roca, han sistematizado la jurisprudencia por la que han incursionado, y se han percatado que es demasiada información, por lo que lo urgente, lo realmente necesario es entrar en la etapa de reflexión jurisprudencial y doctrinaria, sin quitarle mérito a la sistematización. El binomio información y análisis es insoluble, por lo que debemos concluir que la frase utilizada por el autor es producto de la existencia de una mayor necesidad analítica.

Echamos de menos un prólogo o presentación de la obra por algún otro jurista, quizá por alguno de los tres restantes compañeros de viaje en el tema o bien por alguno otro que haya dado una lectura a la misma. El prólogo o presentación de una obra es importante. Constituye, a nuestro parecer, la puerta de entrada del lector, la referencia de los primeros aspectos que seguramente el autor no ha querido mencionar y, en ella, probablemente podemos avizorar un primer diálogo con el autor. Algunos autores, y no cabe la menor duda que García Roca se encuentra entre ellos, rechazan el elogio ajeno y al propio lo consideran un vituperio, sin embargo, si partimos de la idea que el prólogo no necesariamente debe ser una *laudatio* en beneficio del autor, sino que debe constituir el inicio del análisis de la obra, marcando un cierto interés en su lectura y dando argumentos para entrar en su reflexión, concluimos que hace falta; hacemos votos para que en posterior ocasión aparezca.

El libro que nos ocupa aborda temas en los cuales el autor ha venido trabajando desde hace aproximadamente cinco años, pero no lo ha hecho solo, en el camino, como ya dijimos, lo han acompañado tres excelentes profesores: los catedráticos Pablo Santolaya, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, el decano Raúl Canosa Usera, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de

Madrid y Pablo Antonio Fernández, catedrático de derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Los cuatro, incluido García Roca, junto con algunos otros juristas de gran prestigio que se han sumado a varios proyectos, han realizado, y realizan, una gran labor en beneficio de la protección de los derechos humanos.

Es un “libro nuevo”, como sostiene el autor, porque los tres últimos estudios que el autor ha realizado han sido refundidos en esta obra, aunque, como bien nos previene, no es una simple recopilación de artículos ya publicados, sino más bien documentos totalmente revisados y, en ocasiones, casi escritos de nuevo completando las referencias jurisprudenciales y ahondando analíticamente en otras cuestiones doctrinales. Coincidimos con el autor que no es una simple refundición aunque hay que reconocer que el contenido de este nuevo libro está condicionado por los artículos anteriores. En todo caso, estamos ante un tema complejo sobre el cual se sientan los cimientos.

El contenido de la obra está dividido en ocho capítulos, de los cuales nosotros abordaremos únicamente cinco, no sólo porque son los que a nuestro entender constituyen la columna vertebral sino también porque en ellos quedan referenciados los otros temas a los que no haremos mención.

Los cinco temas son: la noción y configuración del margen de apreciación nacional, la teoría europea de los derechos humanos, el margen como enjuiciamiento, el margen en la jurisprudencia y el margen en el cumplimiento y la ejecución de resoluciones internacionales. Ahora que si tuviéramos que quedarnos únicamente con dos de estos cinco temas, sin lugar a dudas seleccionaríamos el de la noción y configuración del margen junto con el margen en la jurisprudencia, toda vez que ambos apartados constituyen, a nuestro parecer, el núcleo duro de toda la obra.

Para exponer lo mejor posible estos temas, empezaremos por los casos en que se ha aplicado la doctrina del margen de apreciación nacional, pues así el lector tendrá una idea bastante concreta que después podremos ampliar con la noción y configuración de esta institución.

El autor hace, de entrada, una advertencia en este *primer contenido*. El uso del margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del TEDH es impreciso y demuestra su afirmación con el recorrido por donde nos lleva

por medio de las principales sentencias, ya que no se puede ser exhaustivo cuando se tienen más de 1,500 sentencias por año.²

García Roca hace un recuento de la aplicación del margen de apreciación nacional tomando como muestra diez de los derechos reconocidos en la CEDH, recuento que debido a su importancia haremos un apretado resumen del mismo.

Empieza el autor por el “derecho a la vida y la prohibición de malos tratos” (artículos 2 y 3 CEDH), sosteniendo que aquí la revisión es intensa y queda espacio al margen de apreciación nacional, pues se trata de derechos que el TEDH considera absolutos en cuanto que no son susceptibles de suspensión y, por lo mismo, difícilmente limitables. Sobresale el caso *Tremblay c. Francia*, del 11 de septiembre de 2007, en el que se cuestionó la prostitución como trato degradante pero en la cual se reconoció un cierto margen de regulación del fenómeno, habiendo puesto por delante el TEDH la inexistencia de un consenso normativo sobre el carácter degradante de la prostitución (pp. 266-270).

El “derecho a un tribunal independiente e imparcial” (artículo 6 CEDH) ya no se viola con la acumulación de funciones instructoras y de enjuiciamiento en un solo juez, sino que después del caso *Hauschildt c. Dinamarca*, del 24 de mayo de 1989, habrá de determinarse caso por caso, criterio pragmático que critica García Roca pues lo que en realidad debe hacer un tribunal es establecer estándares generales.

En el “derecho a la vida privada y familiar” (artículo 8 CEDH), la jurisprudencia ha introducido muy diversos contenidos como el derecho de visita a los hijos entre miembros de uniones de hecho o el derecho a la investigación de la paternidad. No obstante, el margen de apreciación nacional se ha aplicado en estos derechos. Así, por ejemplo, en el caso *Ebru y Tayfun Colak c. Turquía*, del 30 de mayo de 2006, se reconoce el margen y se considera compatible con el CEDH que los Estados no prevean medios para obligar a los supuestos padres naturales demandados a someterse a pruebas de ADN, aun cuando se reconoce que las regulaciones domésticas deben ordenar un justo equilibrio de intereses con los derechos de quienes ejercen la acción de filiación.

² En las notas a pie de página 70 y 341, García Roca evidencia el alcance de la carga jurisdiccional del TEDH: en enero de 2006 estaban pendientes de solución 89,000 asuntos mientras que en enero de 2009 llegaban a los 97,300.

En el caso *Dickinson c. el Reino Unido*, del 2 de diciembre de 2007, García Roca considera que se deja de lado un cierto paternalismo en la comprensión de los derechos fundamentales de las personas por parte de los poderes públicos, toda vez que éstos no deben actuar como si todas las personas adultas y capaces sometidas a su jurisdicción fueran discapaces o menores necesitados de tutela. En los hechos se discutía el derecho a la inseminación artificial de dos presos que habían contraído matrimonio, habiéndoselos negado el secretario de estado británico al haber ponderado la edad, la violencia de los crímenes y la falta de medios, entre otros aspectos. El TEDH consideró violado el derecho, sosteniendo que si bien no existe consenso en el tema, el derecho a la vida privada y familiar se aplica también a los presos y que las facilidades para la inseminación artificial afectan a ese derecho fundamental de las personas que incorpora el respeto a la decisión de ser padres genéticos y concebir niños (pp. 275-277).

En el “derecho de libertad religiosa” (artículo 9 CEDH) el autor critica el criterio sostenido en el caso *Leyla Sahin c. Turquía*, del 10 de noviembre de 2005, en que el TEDH confirmó la decisión del Tribunal Constitucional turco que sostuvo la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades, habiéndose impedido a la actora realizar un examen y mucho menos matricularse para entrar en la facultad de medicina. El TEDH, apoyándose en la doctrina del margen, sostuvo que la reglamentación de la vestimenta en la Universidad de Estambul era una medida necesaria (pp. 281-282). Para García Roca fue una apuesta equivocada que en todo caso debió argumentarse más.

Las “libertades de comunicación” (artículo 10 CEDH), como son la información y la expresión, no admiten límites más allá del prohibido discurso del odio y la incitación a la violencia o al odio entre comunidades, y el TEDH mantiene a este respecto una doctrina consolidada. No obstante, en la tipificación de delitos que es terreno abierto a la libre configuración normativa del legislador nacional, el TEDH sostuvo, en el caso *Azevedo c. Portugal*, del 27 de marzo de 2008, la posibilidad de revisión europea del legislador penal cuando su tipificación pugna con las libertades en la comunicación social, por lo que en opinión de García Roca el TEDH parece proteger la idea de un derecho penal de mínimos en las zonas de intersección con las libertades de comunicación (pp. 283 y 284).

En cuanto a los “límites de la libertad de asociación” (artículo 11 CEDH), en el caso *Partido Comunista Unificado de Turquía*, del 30 de enero de 1998, el TEDH dispuso que los Estados contratantes no disponen más que de un margen de apreciación nacional reducido, siendo necesario un control europeo riguroso. Sin embargo, cuando el programa del partido podría incitar al odio religioso dejando en riesgo la supervivencia de la democracia, el TEDH rechazó que la disolución lesionara el Convenio y confirmó la decisión nacional, como sucedió en el caso *Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía*, sentencias del 31 de julio de 2001 y 12 de febrero de 2003.

En el asunto *Parti Nationaliste Basque-Organisation Regionale D'Iparalde c. Francia*, del 7 de junio de 2007, se desestima el recurso y se aceptó la prohibición legal de financiación extranjera a los partidos políticos para proteger la soberanía nacional, como sucedía con el Partido Nacionalista Vasco que solicitó su inscripción para acceder a la financiación pública pero le fue negada porque la mayor parte de sus recursos financieros provenían del propio PNV, siendo que la financiación de un partido por una entidad jurídica extranjera estaba prohibida. El TEDH se negó a revisar el asunto por carecer de competencia y sostuvo que la medida controvertida constituía una elección eminentemente política realizada por el legislador francés dentro de su margen de apreciación nacional (pp. 285-289).

En el caso *Tourkiki Enosi Xanthis y otros c. Grecia*, del 27 de marzo de 2008, el TEDH reconoció el derecho a fundar una asociación como *lex specialis* respecto de los artículos 9 y 10 del CEDH, estableciendo que las excepciones al artículo 11 reclaman una interpretación estricta, los Estados poseen un margen de apreciación reducido y cabe un control europeo riguroso, aunque sin sustituir a las jurisdicciones internas. En este sentido el TEDH estimó violado este derecho al haberse disuelto una asociación cultural de la juventud turca en Grecia, indicando que no suponía un peligro ni había apelado jamás a la violencia. El Tribunal europeo concluyó que las autoridades nacionales han sobrepasado el margen de apreciación, ya que la disolución no era una medida necesaria en una sociedad democrática (p. 292).

Por lo que hace al “derecho a contraer matrimonio” (artículo 12 CEDH), el TEDH consideró tempranamente en el caso *Johnson c. Irlanda*, del 8 de diciembre de 1986, que en el artículo 12 de la CEDH

se incluyen las relaciones maritales pero no su disolución (derecho al divorcio), aplicando la doctrina del margen de apreciación nacional. No obstante, posteriormente ha reconocido el derecho a contraer matrimonio de los transexuales o bien que la inhabilidad de una pareja para concebir o engendrar un niño no puede ser vista como algo que elimine el derecho a disfrutar del derecho a contraer matrimonio, casos *Goodwin e I. c. el Reino Unido*, del 11 de julio de 2002.

Los “derechos de propiedad” también han sido analizados a la luz del margen de apreciación nacional, aunque estos derechos están reconocidos en el artículo 1 del Protocolo. La jurisprudencia ha sentado tres reglas: derecho al goce pacífico de los bienes de las personas; garantía frente a privaciones ilegítimas y los Estados pueden establecer restricciones de acuerdo con el interés general. En el caso *Kjartan Asmundsson c. Islandia*, del 12 de octubre de 2004, el TEDH reconoció primero el amplio margen del que gozan los Estados respecto de la legislación social, pero después entendió lesionado el derecho al privarse a una persona totalmente y de forma sobrevenida su derecho a una pensión. En el caso *Back c. Finlandia*, del 20 de julio de 2004, el TEDH indicó que la noción de expropiación pública en la expropiación implica el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales, por lo que el legislador posee una gran latitud para mantener políticas y el TEDH debe respetarlas salvo si el juicio se revela manifiestamente desprovisto de bases racionales (p. 297). En el caso *Bimer c. Moldavia*, del 10 de julio de 2007, un cambio de legislación afectó a una compañía que abrió un *duty free* en la frontera entre Moldavia y Rumanía, ya que se restringió esa zona a los aeropuertos y ordenándose el cierre de las demás. El TEDH consideró violado el derecho a la propiedad al no estar acorde el cierre con la ley, pues ésta se le aplicó al recurrente con efectos retroactivos siendo que se le debió haber dado el plazo de 10 años previsto en la ley de inversiones extranjeras (pp. 300 y 301).

En lo que respecta al “derecho de instrucción”, reconocido en el artículo 2 del Protocolo, en el caso *Mürsen Eren c. Turquía*, del 7 de febrero de 2006, el TEDH consideró violado el derecho toda vez que las autoridades académicas anularon los resultados de un examen del recurrente al presumir que había copiado dado el elevado número de respuestas acertadas.

En el “derecho de sufragio en las elecciones libres”, artículo 3 del Protocolo, señala García Roca que el margen de apreciación nacional debería ser reducido en cuanto que tiene que ver con la democracia que es un elemento del orden público europeo, siendo que hay excepciones en su aplicación. En el caso *Hirst c. Reino Unido*, del 30 de marzo de 2004, pese a reconocerse que hay un amplio margen de apreciación nacional se revisó intensamente el derecho al sufragio activo de los presos, concluyéndose que privar del sufragio activo a cualesquiera condenados es un atavismo, ya que votar es un instrumento de socialización, de inclusión social, que coadyuva a no incrementar la exclusión del preso dentro de una comunidad (pp. 304 y 305).

En el caso *Py c. Francia*, del 15 de diciembre de 2000, se revisaron las elecciones y el derecho de sufragio activo al Parlamento de Nueva Caledonia, territorio francés en el que se reclama el deber de residencia como requisito electoral para ejercer ese derecho. El TEDH reconoció que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional. En cambio, en el caso *Melnychenko c. Ucrania*, del 19 de octubre de 2004, al analizar la legislación electoral que exigía la residencia legal y una residencia habitual y continuada en el territorio de Ucrania para poder registrarse administrativamente e inscribirse en el censo especial, el TEDH considera la realidad social del momento que hacía que existiera miedo a la persecución política y el riesgo de integridad física, lo que obligaba a los disidentes a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos, para finalmente estimar violada la garantía (pp. 306 y 307).

Los anteriores ejemplos nos dan una idea de cómo el TEDH ha estado aplicando la doctrina del margen de apreciación nacional, quedando evidenciado que no existe una regla de aplicación de la misma sino que está estrechamente relacionada con el derecho en cuestión y las circunstancias en que se da la probable violación del derecho. Este recuento general nos da la pauta para adentrarnos un poco más en la comprensión del margen de apreciación nacional, que haremos a continuación.

Nos queda claro que la noción del “margen de apreciación nacional” es compleja y no ha terminado de dibujarse en forma completa. Tan es así que el autor nos ofrece diversas nociones a lo largo de la obra. No obstante, con ánimo de obtener una noción general que pueda servir de apoyo a la lectura de la obra, trataremos de construirla basándonos, por supuesto, en las diversas acepciones que maneja el autor, construcción que entra ya en el *segundo de los contenidos* de la obra.

García Roca señala que la noción del margen de apreciación nacional está unida al principio de “subsidiariedad”, en cuanto que se produce después de agotada la protección interna y en defecto de la misma, por lo cual no puede haber una sustitución de las decisiones nacionales. Por tal motivo, puede concebirse como una reserva de decisión doméstica (pp. 93-95). Indica, de pasada, que es una especie de “deferencia” hacia la garantía nacional.

En otra parte de la obra, García Roca nos indica que el margen consiste en un “espacio de maniobra” que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH. Señala, además, que se aproxima a la idea de “discrecionalidad” administrativa de los franceses, o a las expresiones alemanas espacio de valoración, espacio de libertad de decisión o discrecionalidad de valoración. En todo caso, concluye, estamos ante una noción dotada de su propia autonomía conceptual, desarrollada de forma pretoriana por el TEDH y que alberga contornos muy imprecisos y casuísticos (p. 109).

La idea básica del margen de apreciación nacional, señala el autor en otro lugar, es que entraña tanto una “discrecionalidad” como una regla de no decisión, una suerte de “deferencia europea” hacia la decisión interna, pues el TEDH puede no enjuiciar plenamente el asunto y ratificar la decisión nacional. De esta manera, si la solución nacional adoptada tiene la suficiente apariencia del buen derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus propios puntos de vista, se impone a sí misma respetar un razonable principio de deferencia ante las autoridades nacionales (pp. 113-115).

También encontramos en el libro otra referencia a la noción del margen al indicarse que si bien es una consecuencia del principio de subsidiariedad con la correspondiente relación entre diversas jurisdicciones que garantizan derechos y están obligadas a dialogar entre sí, “sus fronteras” no se sabe bien porqué lindes discurre (p. 134).

Una última referencia al margen la encontramos al decirse que se trata de un principio de deferencia ante las autoridades domésticas, significándose con ello una muestra de respeto ante la decisión nacional o una conducta condescendiente hacia la misma que concluye con la no revisión plena de la medida. “No es una adhesión o confirmación de lo decidido”, si no el sometimiento del TEDH a una elástica frontera que marca un

margen de autonomía de los diferentes Estados, ya sea por acatamiento a su soberanía o por la moderación y prudencia inherente a las jurisdicciones (pp. 203 y 204).

El libro, como ya lo dijimos, está lleno de referencias a la noción del margen de apreciación nacional, sin embargo, con las anteriores consideramos que podemos construir una que haga referencia a los aspectos esenciales abordados en ellas y que a nuestro entender son tres: el contenido esencial de esta institución, su aplicación y la consecuencia que produce dicha aplicación.

De esta manera, podemos entender por margen de apreciación nacional, la técnica utilizada por el TEDH al revisar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH por medio de la cual concede a las autoridades nacionales un espacio de maniobra que evita la sustitución de su decisión (contenido esencial), y cuya aplicación, ante la indefinición de sus fronteras, se realiza de manera discrecional por el juez europeo (aplicación), lo que trae como consecuencia una especie de deferencia europea a la decisión interna, sin que ello signifique adhesión o confirmación de lo decidido por la autoridad nacional (consecuencia).

Hemos preferido dar la naturaleza de una técnica al margen de apreciación nacional a sabiendas que el autor en uno de sus apartados (pp. 219 y ss.) entra a discutir si se trata de una herramienta procesal o hermenéutica, ya que el vocablo técnica, que en ocasiones también es utilizado por el autor, puede aplicarse a ambos aspectos sin que tengamos que entrar a dicha discusión que no ayuda en lo que nos proponemos.

Con ánimo de seguir delineando los contornos del margen de apreciación nacional, el autor nos ofrece algunos elementos de su configuración. Así, nos comenta que se trata de una práctica iniciada por la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos que posteriormente adoptó el TEDH, expresamente en el caso *Dewilde, Ooms y Versyp*, del 18 de junio de 1971. A partir de entonces, el TEDH, en palabras del autor, ha hecho de esta práctica una construcción débil, poco densa y no exenta de contradicciones (pp. 110-112).

El margen de apreciación nacional supone la complementariedad entre la jurisdicción nacional y la supranacional, pero mientras no se conozca bien que es lo fundamental de un derecho, en lo que cada jurisdicción nacional pueda entrar, y lo común en ellos, lo que es propio de la jurisdicción supranacional, la discrecionalidad estará presente en esta técnica.

Antes de ofrecer su posición personal, el autor nos indica la existencia de diversas posiciones de cara a considerar el margen como una construcción jurisprudencial científica. En una de ellas, la menos extendida, se reniega de esta práctica ya que además de resbaladiza y elusiva la consideran una aproximación oportunista en que el TEDH abdica de su responsabilidad. En otra, por el contrario, se la ve como una muestra acertada de contención y prudencia judiciales, siendo la posición más seguida. En una tercera, considerada como matizada o intermedia, se reconoce que la situación no es tan sencilla y si bien hay rechazo también hay reconocimiento de los usos que se le ha dado a esta práctica para dictar resoluciones desprovistas de una verdadera motivación.

García Roca, en cambio, se pronuncia por la necesidad del margen en la regulación y ponderación de los derechos del CEDH, tanto porque refleja el fuerte pluralismo territorial de los pueblos europeos como porque es una lógica propia de lo que es una protección internacional o supranacional subsidiaria de la nacional (pp. 122-124).

Concluye el autor con una frase lacónica: la herramienta requiere de una mayor depuración teórica o perfeccionamiento en sede doctrinal y por la propia jurisprudencia europea (p. 131).

El surgimiento de una teoría europea de los derechos humanos es el *tercer contenido* al que queremos referirnos, en el entendido que estamos frente a un tema que el autor maneja muy bien y al cual le ha dedicado múltiples reflexiones, ya que en los últimos años se ha concentrado en el análisis de las sentencias del TEDH.

Al entrar al tema el autor hace mención a la soberanía y nos dice que si bien la idea de soberanía como una noción estatal absoluta es un mito, la referencia a la soberanía como fuente de legitimidad de las comunidades políticas estatales mantiene una gran fortaleza. Por ello, existe una relación natural entre la soberanía estatal y la eficacia de los derechos en el espacio del CEDH, en donde aparece la institución del margen de apreciación nacional utilizada por el TEDH con clara referencia a la soberanía, o para explicar el basamento del Convenio en el consentimiento de los Estados (p. 61); en consecuencia el autor se cuestiona la discrecionalidad con la que ha sido aplicada esta institución (pp. 27-29).

La soberanía no puede ser ilimitada, ya que se le presentan contrapesos externos como la integración europea, que entraña un proceso que condiciona a los Estados constitucionales, y los derechos humanos

que al estar recogidos en una declaración internacional dotada de un control jurisdiccional externo constituyen límites al poder actualizando la noción de democracia constitucional. En este sentido, compartimos la afirmación del autor de que el CEDH “vino a romper la rígida separación tradicional entre los Derechos internacional e interno en el terreno de los derechos humanos” (p. 34). Además, un Estado constitucional debe actuar en la defensa de los derechos humanos *Secundum Conventionem*, cerrando los espacios abiertos en la normativa interna con la doctrina europea de los derechos humanos emanada del TEDH, práctica que ha reconocido en sus sentencias el Tribunal Constitucional español con base en el artículo 10.2 de la CE (pp. 68-70).

La teoría europea de los derechos humanos encuentra su origen en las sentencias del TEDH, que han tratado de asegurar un nivel común en materia de derechos, una cultura jurídica común en el universo de los derechos. Para el autor, y una vez más coincidimos con él, estamos frente a un nuevo derecho común, configurado por las sentencias del TEDH. Por ello, ahora puede hablarse, como muestras de este derecho común, de una extensa vigencia espacial del CEDH, de la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento de control, de las obligaciones positivas con base en las cuales los Estados deben asegurar, por ejemplo, la vida y la salud de los detenidos, la amplia noción de injerencia en el derecho garantizado, y numerosos derechos humanos (pp. 47-50).

A pesar del derecho común el TEDH no puede ni debe imponer una misma regulación en cada Estado, por el contrario, lo que puede y debe hacer es excluir algunas regulaciones nacionales por ser lesivas de los derechos humanos (pp. 57-58).

Si bien el autor nos indica que la tutela jurisdiccional de los derechos humanos mediante lo que denomina un “amparo europeo”, va más allá de las exigencias tradicionales del derecho internacional, adquiriendo unos rasgos materialmente constitucionales (p. 73), también reconoce la dificultad propia de la protección internacional de los derechos humanos al considerar los menguados efectos directos de sus sentencias, las cuales carecen de ejecutividad y no pueden llegar a una plena *restitutio in integrum*, como sí acontece en el ámbito nacional con el amparo constitucional.

Se advierte en la obra una comparación entre lo constitucional y lo internacional, sin que el autor desconozca lo que sucede en este último ámbito en que el cese de la situación ilícita, la naturaleza declarativa de las

sentencias del TEDH y la satisfacción equitativa que permite una indemnización o compensación como medio ordinario de reparación, explican la falta de ejecutividad del amparo europeo. Estas respuestas han quedado muy limitadas, en opinión de García Roca, y por ello si bien advierte que hay una nueva orientación del TEDH en la búsqueda de la *restitutio in integrum*, esto no debe considerarse como suficiente.

Llegados a este punto no podemos dejar de mencionar que García Roca no puede negar dos cosas. La primera de ellas tiene que ver con su férrea formación en derecho constitucional. A lo largo de la obra se observan las categorías constitucionales que mantiene como puntos de referencia de su análisis: el contraste de lo nacional con lo internacional, como en este contenido que acabamos de reseñar; las referencias a la soberanía y la división de poderes (pp. 30 y ss.), la explicación de por qué el derecho común europeo no es todavía un derecho constitucional (p. 59); las constantes menciones a la interpretación constitucional (p. 98); la idea de una función integradora de la jurisdicción constitucional y de la interpretación constitucional que ya estaba en Rudolf Smend y que el autor traslada a la jurisdicción europea (pp. 231, 255); o bien la similitud que traza entre el TEDH y el Tribunal Constitucional (pp. 238, 318); ejemplos todos que muestran con claridad que el tema del libro está siendo abordado por un connotado constitucionalista, algo que pudiera dar lugar a un reproche por parte de los internacionalistas, pero que se desvanecería tan pronto como recordamos que el tema se encuentra en la frontera entre lo constitucional y lo internacional, o mejor dicho, es un punto de unión entre ambos derechos.

García Roca tampoco puede negar su paso por el Tribunal Constitucional español, ya que independientemente de las referencias a dicho tribunal, maneja categorías que le son propias, como el amparo europeo o el principio de proporcionalidad o la misma interpretación constitucional, y ya ni decir del manejo de algunos casos vistos por el Tribunal Constitucional.

Otro de los contenidos que anunciamos de esta reseña, *el cuarto*, tiene que ver con el margen de apreciación nacional como enjuiciamiento.

Con independencia de los principios inherentes al enjuiciamiento a los que el autor hizo referencia en otro apartado (principio de proporcionalidad, necesidad de la medida y subsidiariedad, pp. 89 y ss.), aquí queremos resaltar los elementos que en opinión del autor articulan el jui-

cio del margen de apreciación nacional y los cuales presenta de manera sistematizada.

El margen aparece normalmente en los siguientes temas nacionales: la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración por el legislador democrático de los derechos. No obstante, el autor indica con firmeza que ello no debiera ser así, ya que el amparo europeo no se lleva a cabo por un tribunal de primera instancia, el TEDH, que es quien conoce de este amparo, no es un órgano ubicado en el Poder Judicial de cada ordenamiento como tampoco es un parlamento.

Siguiendo a Paul Mahorney, García Roca señala siete elementos que articulan el margen de apreciación nacional de la jurisprudencia europea, aunque después los amplía con dos más. Estos primeros siete elementos son: la base de una normativa común; la naturaleza del derecho; la naturaleza de la obligación; la legitimidad del fin; la naturaleza de la regulación; las circunstancias particulares del caso, y los límites expresos o implícitos del Convenio, y a ellos nos referiremos a continuación con una breve pincelada a fin de que el lector pueda encaminarse mejor.

La existencia de una base normativa común, o argumento del consenso europeo, implica la identificación de un mínimo denominador común de la institución controvertida en su regulación por los Estados miembros, de manera que de advertirse un consenso legislativo éste se extendería al resto de los países obligándolos a adoptar, en sus líneas principales, la regulación compartida por la mayoría. En caso de no existir este consenso, entonces el TEDH autoriza un amplio margen de apreciación nacional a cada Estado; de lo contrario se refuerza la aplicación de una interpretación evolutiva y se restringe el margen (pp. 146-150).

En cuanto a la naturaleza del derecho, en la medida en que se reconozca la existencia de derechos absolutos o inderogables, en cuanto que no son susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia y, por tanto, ilimitables por las regulaciones nacionales, no cabe deferencia alguna hacia las autoridades nacionales ni margen de autonomía decisoria. Así acontece, por ejemplo, con el derecho a la vida, la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso, la libertad y seguridad personales. En algunos otros derechos, siguiendo a García Roca, hay que tomar en cuenta la intensidad con que juega la configuración legal, pues entre mayor sea ésta mayor será la presencia del margen de apreciación nacional (pp. 150-156).

La naturaleza de la obligación lleva a considerar que no es lo mismo exigir a los Estados miembros la adopción de una medida que se contenta con una actividad ejecutiva, que cumplir con una obligación legislativa. Por ello, entre más difícil sea la solución mayor será el margen de apreciación nacional.

En cuanto a la naturaleza del fin perseguido por el origen restrictivo del derecho, debe tenerse presente que no todos los fines asumidos por un legislador democrático son congruentes con un orden constitucional europeo, por tanto, la sola legitimidad democrática no justifica la aplicación del margen de apreciación nacional, aunque hay que tomar en cuenta que el control de legitimidad de los fines no debiera ser intenso y sólo debiera proceder en casos de arbitrariedad.

La naturaleza de la regulación lleva a considerar que, por ejemplo, si en el derecho turco no se prevén los efectos civiles del matrimonio religioso, el TEDH no puede imponer la obligación de legislar en esta materia, aplicando en consecuencia el margen de apreciación nacional. Situación diferente acontece ante la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades, en que el TEDH admitió, con base en la doctrina del margen, que la vestimenta en la Universidad era una medida necesaria. Se trata, entonces, de un argumento de sensibilidad nacional de la regulación.

El elemento referido a las circunstancias particulares del caso está en relación con el anterior, aunque aquí estamos más bien en presencia de circunstancias concretas. Así, debe tenerse presente la inconveniencia de hacer propaganda religiosa mediante la radiodifusión en sociedades sensibles al tema como ocurre con Irlanda del Norte, o la amenaza para la democracia en una región políticamente sensible. Así, la doctrina del margen ofrece la posibilidad de ponderar realidades nacionales diversas. Se puede violar o no el CEDH dependiendo de las realidades sociales.

Los límites expresos o implícitos del Convenio llevan a considerar que la intensidad de las restricciones a los derechos no es igual en todos los derechos reconocidos en el sistema del CEDH. Ante estas restricciones la revisión europea no debería ser intensa y el margen de apreciación debiera poseer una cierta amplitud.

Independientemente de los anteriores elementos, García Roca, como ya lo habíamos adelantado, ha extraído de la jurisprudencia otros dos siguiendo un método inductivo. Uno de ellos consiste en la falta de un

justo equilibrio entre los intereses generales y los individuales, pues en ocasiones la medida nacional revisada inflige un sacrificio excesivo al interés individual y privado de un titular de un derecho fundamental, lo que impide que la decisión quede dentro del margen de apreciación nacional. El otro estriba en considerar la imprevisibilidad de las restricciones legales y la ausencia de control, lo que hace que la aplicación del margen resulte excesiva, inclusive no debiera haber aplicación del margen en estos casos.

Después de exponer todos estos criterios, el autor termina cuestionándose la labor interpretativa que debe realizar el juzgador europeo en el margen de apreciación nacional, especialmente ante la presencia de tantos criterios a aplicar, ya que es difícil su ponderación o bien su selección, a sabiendas por supuesto de una acusada dependencia del contexto y la resistencia a la formulación de reglas generales (pp. 184-187).

Por nuestra parte, consideramos que en este apartado surge como muy importante la relación entre el juicio de proporcionalidad y el margen de apreciación nacional, y por ello consideramos que el autor debió haberle dedicado un mayor espacio, ya que el que realizó fue corto, sólo para indicar la incidencia entre el margen y la proporcionalidad (p. 89), aunque tampoco podemos desconocer que a lo largo de la obra aparecen continuas referencias al principio de proporcionalidad. Quizá en otra obra futura García Roca podría terminar de dibujar las relaciones entre la proporcionalidad y el margen de apreciación nacional, haciendo eco de sus mismas palabras: “convendría previamente intentar que la doctrina científica coadyuvara a la jurisprudencia con mayores contribuciones en estos terrenos” (p. 187).

El *quinto contenido* al que haremos referencia tiene que ver con el margen de apreciación nacional en el cumplimiento y la ejecución de las resoluciones internacionales.

El autor parte de una clasificación interesante. Para él existe una fase ascendente, que es la que tiene lugar cuando se recurren las sentencias nacionales ante la jurisdicción europea, y una fase descendente, que es la que se presenta cuando desde el TEDH, mediante sus sentencias, se va a los Estados. En otros términos podemos decir que se trata de una fase de ida y otra de regreso, ya que salió del Estado, llegó al TEDH y después regresa al Estado.

Con base en lo anterior, el autor hace una aplicación analógica del margen de apreciación nacional, de forma tal que así como está presente en la fase ascendente también debe estar presente en la descendente. Son varios los argumentos que expone García Roca a este respecto. Empieza por admitir como lógico un amplio margen de apreciación nacional en esta fase derivado del principio de subsidiariedad, considerando que los efectos de las sentencias europeas difieren de un Estado a otro y que producto de la soberanía los Estados deben seleccionar las medidas con las que deben hacerse efectivas las sentencias europeas, gozando de una amplia libertad de configuración normativa.

El autor también señala y reconoce que ha habido ocasiones en que el TEDH ha obligado, haciendo a un lado el margen de apreciación nacional, a modificar las Constituciones o las estructuras de los Estados no sólo mediante la reforma de las leyes sino también de las Constituciones. En este sentido pueden indicarse los casos *Revénky c. Hungría*, del 2 de mayo de 1999 y *Wille c. Lienchenstein*, de 28 de octubre de 1999. En ambos, como bien lo señala el autor, el TEDH nunca llegó a cuestionarse su competencia para enjuiciar la Constitución o la reforma constitucional.

El autor considera que el margen en esta fase descendente debe estar presente tanto en las sentencias del TEDH como en las medidas cautelares y otras resoluciones, aunque por la naturaleza urgente y suspensiva de tales medidas pareciera que el margen doméstico no puede ser mucho.

Se ha sostenido por el TEDH la naturaleza vinculante de sus medidas cautelares en varios casos, haciendo prácticamente nulo el margen de apreciación nacional, como puede verse en los casos *Olaechea Cahuas c. España*, del 10 de agosto de 2006; *Mostafa y otros c. Turquía*, del 15 de enero de 2008. En estos casos esta facultad se fundó en el artículo 34 del CEDH que hace referencia al derecho a presentar demandas individuales, donde no se alude expresamente a las medidas cautelares. No obstante lo anterior, García Roca señala que será menester ponderar caso por caso con prudencia para no incurrir en excesos ni hacer que cualquier pequeño incidente culmine *per saltum* en una medida cautelar dictada en Estrasburgo, corriendo el riesgo de colapsarse (p. 324).

Señala García Roca que el margen de apreciación nacional en los efectos de cosa interpretada es mucho mayor, ya que debe dejarse un cierto ámbito de decisión a los Estados para adaptar sus ordenamientos a la doctrina que emana del CEDH. Sin embargo, en el caso *Scordino c. Italia*, del 6 de marzo de 2007, el TEDH deduce del artículo 46 del CEDH,

el cual establece la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias, su competencia para sugerir a los Estados la forma de poner fin a una violación reiterada del Convenio sobre la base de una deficiencia estructural del ordenamiento jurídico y de su aplicación por las autoridades internas, sugiriendo al Estado que ante las expropiaciones indirectas se impida la ocupación de terrenos sin título y se supriman los obstáculos jurídicos que dificultan la restitución de los mismos (pp. 332 y 333).

El autor indica ante la existencia de dos recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las que se invita al TEDH y a los Estados que ante violaciones que constituyan un problema estructural se identifique el problema y se busque la solución, a efecto de reducir el número de asuntos prácticamente iguales por falta de adaptación a la jurisprudencia europea, por lo que estamos frente a una especie de “sentencias de recomendación legislativa” (p. 335).

Por último, el autor se pregunta cuándo una sentencia europea debe obligar a reabrir un proceso judicial ya cerrado por sentencia firme, modificándose la eficacia de cosa juzgada de las decisiones domésticas en virtud de esta obligación internacional, pero sobre todo, cuán amplio es el margen de apreciación nacional. Con base en el caso *Marck*, del 13 de junio de 1979, el autor afirma que el TEDH carece de facultades expresamente reconocidas en el CEDH para anular decisiones judiciales internas, razón por la cual todo queda en las manos de las legislaciones internas quienes poseen un amplio margen de configuración normativa o de apreciación nacional (pp. 338 y 339).

No obstante lo anterior, la deficiente ejecución de las sentencias del TEDH llevó a la adopción de una recomendación mediante la cual se exhorta a los Estados el reexamen de asuntos en el derecho interno tras la aprobación de una sentencia europea, y otra recomendación por medio de la cual se establecen las reglas para la aplicación del artículo 46.2 CEDH, entre las cuales se encuentra el desarrollo de legislaciones que hagan posible la revisión de los procesos concluidos, reconociendo el TEDH la necesidad de garantizar a la víctima la restitución (caso *Papamichapoulos c. Grecia*, del 31 de octubre de 1995), y el Protocolo 14 de enmienda al CEDH refuerza la naturaleza obligatoria y ejecutiva de las sentencias del artículo 46.

A este respecto, el autor indica que hay un grupo de alrededor de 30 países que establecen diversas regulaciones específicas que permiten como mecanismos individuales de ejecución una revisión del proceso

fundada en una sentencia que reconozca la violación al Convenio europeo. Para una pequeña minoría, entonces, resulta directamente imposible la reapertura de los procesos en atención a las previsiones de sus legislaciones (pp. 340-342).

Este último contenido nos parece novedoso, pues no cabe duda que en Europa el cumplimiento de las sentencias del TEDH queda al arbitrio de los Estados. Sin embargo, nos quedan serias dudas en el sentido de si el margen de apreciación nacional debe imperar en este terreno, sobre todo porque presuponemos que el autor parte de la idea que las sentencias son cumplidas voluntariamente por los Estados, pero ¿qué pasaría en el caso de incumplimiento? La aplicación del margen de apreciación nacional en este punto podría acarrear la conclusión incorrecta de considerar el incumplimiento de las sentencias del TEDH como algo natural al margen nacional, lo que no deja de ser algo riesgoso. Nos preguntamos, entonces, si es preferible quedarnos con las nociones de obligatoriedad y cumplimiento de las resoluciones del TEDH en lugar de aplicar la del margen de apreciación nacional.

Al final de todo, nos quedamos con tres frases del autor sobre el CEDH y en las cuales sintetiza, a nuestro parecer, la sustancia del tema abordado:

el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es pues un tratado más, vino a romper la rígida separación tradicional entre los derechos internacional e interno en el terreno de los derechos humanos” (p. 34).

el CEDH no es un código de derechos para toda una nación sino un conjunto de reglas comunes que delimitan unos mínimos estándares europeos (p. 62).

el Convenio no es una verdadera declaración de derechos de un Estado federal sino una garantía internacional de mínimos (p. 379).

Queremos, por último, extender una felicitación al autor de la obra que reseñamos, excelente jurista y querido amigo, de quien esperamos muchas otras obras tan extraordinarias como la actual. Enhorabuena.



Edgar CORZO SOSA
Armando SALAS