

GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS VERSUS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES: LA PROTECCIÓN SUPRANACIONAL

Javier García Roca

*Catedrático de Derecho Constitucional,
Universidad Complutense de Madrid*

I. ¿HACIA UNA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? LA PROTECCIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL Y EL TRABAJO JUDICIAL EN RED

La ambigua pero indefectible idea de globalización. ¿Qué añade una protección internacional, regional o continental, iberoamericana y europea e incipientemente africana, pero con aspiraciones de eficacia global en la realidad de las cosas¹, a la garantía de los derechos fundamentales?

La expresión “globalización” es ambigua y se aplica en muchos escenarios². Si bien todos sus usos tienen en común la contracción del tiempo y del espacio, la revolución digital y tecnológica, la rápida circulación de ideas de manera muy difusa o capilar, y la creación de nodos y redes de conocimiento y trabajo³. La sociedad global es una sociedad red. Este fenómeno tiene una influencia decisiva

1 En el Caso ND y NT contra España, de 13 de febrero de 2020, una Gran Sala del TEDH valida –cambiando de criterio– la expulsión colectiva (artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH) de un amplio grupo de emigrantes subsaharianos que intentaron cruzar la alta valla de la frontera de Melilla por la fuerza, y fueron expulsados sin procedimientos de revisión individualizados de sus circunstancias personales, las llamadas “expulsiones en caliente”. Comparecieron en el proceso numerosos Estados parte como observadores, los tres Altos Comisionados para los Derechos Humanos y para Refugiados de Naciones Unidas y de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Amnistía Internacional y un largo etcétera de entidades. Puede leerse un comentario de ALONSO SANZ, L., «Deconstructing Hirsi: the returns of hot returns», en: *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 335-352. Es difícil pensar que este discutible estándar no tenga alguna influencia global en situaciones semejantes en otros escenarios: en la frontera de Méjico con Estados Unidos, en los desembarcos en Italia, o las expulsiones del Reino Unido.

En Hassan contra el Reino Unido, de 16 de septiembre de 2014, el TEDH revisa la detención de un iraní por las tropas británicas durante la invasión por Estados Unidos de Iraq. Igualmente, en Jaloud contra los Países Bajos, de 20 de noviembre de 2014, se enjuicia la muerte de un iraquí por tropas holandesas y su responsabilidad criminal por no haber investigado las causas de los disparos.

2 Puede leerse KÖHLER, H., «Hacia una mejor globalización», en: www.imf.org/external/np/speeches, Director General del Fondo Monetario Internacional, defiende una globalización “correcta”; o BARICCO, A., *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.

3 *Vid* CASTELLS, M. (ed.), *La sociedad red una visión global*, Alianza editorial, Barcelona, 2006, primera reimpresión 2009, Parte I «La teoría de la sociedad red» (pp. 27-75). CASTELLS razona la interacción entre tecnología y estructura social, y la importancia de la estructura en red –un conjunto de nodos interconectados– como nueva forma organizacional de la actividad humana, lo que obliga a las sociedades a implementar nuevos paradigmas adaptados a la flexibilidad y constante retroalimentación y reconfiguración del nuevo entorno tecnológico (pp. 23-24, 30, 37).

también en los derechos fundamentales⁴, pues los supuestos de hecho, estándares y controversias adquieren frecuentemente dimensiones espaciales muy amplias, y adoptan soluciones basadas en la cooperación internacional y en la búsqueda de respuestas conjuntas, interactuando los órganos jurisdiccionales⁵. Hay v.gr. una Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, y otra Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. La declaración de Kampala de 2019 auspicia la cooperación, y llevó a la firma de un memorando de entendimiento para mejorar el diálogo y el intercambio de jurisprudencia de los tres tribunales regionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La globalización de los derechos: algunos rasgos. No me ocuparé de “los derechos en un mundo globalizado”, un tema mucho más amplio, sino de la noción de “globalización de los derechos” y de las consecuencias de su protección regional en tres continentes que emana de la protección universal en Naciones Unidas. Esta protección tricontinental⁶ irradia a otros espacios fuera de sus fronteras territoriales, por la propia capacidad suasoria y relevancia de su doctrina: los derechos crecen como buena masa de pan y tienen una gran fuerza expansiva. Del mismo modo que las jurisprudencias de algunos altos tribunales de referencia, sitios fuera de ella, como pueden ser los de la India (con influjo en los países pobres p.ej. en la discusión sobre el voto de los analfabetos), Israel o Canadá (p.ej. en el voto de los presos) irradian hacia esta protección supraestatal y regional y las propias protecciones nacionales. Esta globalización de los derechos en que ya nos movemos ha generado diversos rasgos que trataré de analizar.

4 Véase GARLICKI, L., «Universalism versus regionalism? The role of the supranational judicial dialog», en: GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 27-64. *In extenso*, BREMS, E., *Human Rights: Universalism and Diversity*, Boston-London, La Haya, 2001.

5 Cfr KONDOROSI, F, «Los derechos del hombre en un mundo globalizado», en: *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n° 38/39, 2002, pp. 85-96. PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI», en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, n° 2, pp. 19-33. Hice una primera aproximación en GARCÍA ROCA, J. «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos», en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 5, 2006, México, pp. 139-182, y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 6, 2005, pp. 37-82.

6 Puede consultarse BURGORGUE-LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Editions A. Pedone, Paris, 2020, donde se comparan las tres Cortes supranacionales y se ofrece abundante información.

Primero, conlleva un internacionalismo que permite remover los obstáculos que entrañan la tendencia –consustancial a muchos nacionalismos– a defender viejas inercias históricas, tradiciones obsoletas o prejuicios locales, bajo el pretexto de integrar supuestas identidades nacionales, a veces fundadas en el historicismo, y que distan de ser manifiestas, inequívocas e inamovibles en vez de puro decisionismo voluntarista de algunos altos tribunales. Las identidades constitucionales, de no estar recogidas en cláusulas expresas en normas fundamentales, suelen no ser un concepto normativo.

Segundo, una modernización o tendencia a la actualización de los contenidos de los derechos y la interrelación de las declaraciones en un proceso de fertilización recíproca, donde los textos más nuevos impactan en los más antiguos mediante una interpretación sistemática y los transforman. La Carta de Derechos Fundamentales de 2000, heredera del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ha contribuido a su puesta al día mediante el diálogo entre ambas declaraciones y entre el Tribunal de Justicia y el TEDH. La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 está impulsando la transformación de numerosas normas –las electorales entre ellas– bajo una nueva comprensión de la discriminación por discapacidad como discriminación social, y ya no clínica o individual como era una tradición secular del Derecho⁷. Un verdadero cambio de paradigma de la capacidad jurídica.

Tercero, una progresiva homogeneización y armonización de los derechos en el espacio europeo e interamericano mediante el uso de unos estándares convencionales, a menudo compartidos y tendencialmente globales, por su mismo carácter abstracto y general. Las controversias, conflictos de derechos y sus ponderaciones ya no se detienen en las fronteras nacionales, y aspiran a soluciones derivadas de una lengua franca o común, que arrancan de unas normas constitucionales e internacionales similares y un océano de precedentes que han creado a lo largo de décadas un rico *case-law*. Prácticamente cualquier pretensión de una presunta víctima encuentra una respuesta en ese Derecho de casos salvo los asuntos nuevos o emergentes que reclaman la creación de un precedente. Existe una red de órganos jurisdiccionales que dialogan en sus pronunciamientos, conocen y analizan sus respectivas decisiones, y se matizan sucesivamente los unos a los otros. Es una estructura de trabajo en red, carente de jerarquía, donde rara vez nadie tiene el poder de decir la última palabra, y a veces lo importante es realmente decir la primera y abrir un constante debate, un *ongoing debate*, que tarda un largo tiempo

7 Véase REY, F., *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

en cerrarse. El planteamiento de Waldron no parece adecuado a la realidad del funcionamiento del sistema⁸.

Cuarto, las decisiones de la Corte Interamericana viajan a Europa, y de Estrasburgo vuelan a San José, e influyen más allá de ese diálogo bilateral en otros espacios fuera de ambos continentes. Estrechamente unido, la doctrina científica posee un papel inspirador de estas jurisprudencias que no se detiene en la glosa de las sentencias, y está creando lentamente un nuevo Derecho común: un fenómeno análogo a la creación del *ius commune* medieval⁹, que inspira primero los *ius propria* y luego los suple e integra subsidiariamente, día a día, avanzando en resolver cuestiones para disputar y proponiendo transformaciones y soluciones. Los avances en la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH tienen que ver con buenas prácticas del Comité de Ministros y del propio Tribunal, pero también con diversos estudios doctrinales innovadores que defienden una comprensión “holística” o global de la jurisdicción europea mucho más avanzada que la diseñada por el Convenio Europeo en 1950 y que aún recoge el tratado originario¹⁰. Algunos de estos expertos llegan a ser magistrados, o sus críticas y opiniones influyen en las reflexiones de las sentencias, o en los votos particulares de algunos de los magistrados. Así impacta la doctrina científica del Derecho común en la jurisprudencia.

Quinto, se ha creado, lenta pero progresivamente, una conciencia de una interdependencia en la efectividad de los derechos y en la reparación de las violaciones de las víctimas. Incluso cuando no sea todavía viable la reparación, v.gr. las graves violaciones de derechos que están ocurriendo actualmente en Turquía y en Rusia tras la suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso, o la salida del Consejo de Europa, en otro, y las arbitrariedades en algunas democracias liberales europeas (Polonia, Rumania Hungría) no dudemos que más pronto que tarde tendrán una respuesta regional y global, y algunas autoridades nacionales devendrán responsables ante las opiniones públicas nacionales y la internacional¹¹.

8 WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, Madrid, en su polémica con DWORKIN.

9 Es clásico y muy ilustrativo CALASSO, F., *Introduzione al Diritto Comune*, Giuffrè, Milán, 1970.

10 La expresión y la tesis es de KELLER, H. y MARTI, C., «Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights' judgments», en: *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 4, November 2015, pp. 829-850.

11 Puede verse ESSEN, S., «The right of derogation from the ECHR and the Case of Turkey», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 241-275.

Los gobiernos pasan los Estados permanecen y ningún mal –tampoco las democracias enfermas– dura cien años.

En definitiva, nos movemos hacia una cierta homogeneidad en el entendimiento objetivo de los derechos bajo el impulso de las protecciones regionales. La interpretación convencional es una tarea común, al igual que lo es la interpretación constitucional¹², sus estándares y argumentos –la racionalidad del buen Derecho, su materialidad¹³– no se detienen en fronteras territoriales sino lógicas y normativas, sin perjuicio de las especificidades de cada comunidad.

¿Existen desventajas como en la globalización económica? No hay una competencia desleal, situaciones de *dumping* o de competencia hacia la baja en la tributación, o de deslocalización de empresas, ubicándose sus instalaciones donde las legislaciones laborales o sanitarias sean menos exigentes, como es un claro riesgo de la globalización económica y una práctica frecuente. Tampoco se reducen los espacios políticos de decisión de los ciudadanos, tal y como apresuradamente se ha dicho¹⁴, atemorizados por la inercia de los juristas a conservar el estado de las cosas, el temor a salir del confortable Estado nación que hace tiempo que ya no es la única forma constitucional de Estado. Los elementos de los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” se han transformado seriamente. No se genera una crisis del principio democrático, sino que la participación y la información deben ensancharse en un espacio más amplio y organizarse de manera diferente y más compleja. Por más que, ciertamente, se limita o transforma la idea de soberanía nacional, ahora mismo en transición, allí donde existen diferentes procesos de integración supranacional, en particular, en la Unión Europea y el Consejo de Europa¹⁵.

12 ZAGREBELSKY, G., «L'interpretazione costituzionale come compito», en: *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. La garantía jurisdiccional de la Constitución*, FERRER MACGREGOR, E. (editor), pendiente de edición.

13 Esta dualidad, las exigencias materiales de racionalidad o *authoritas* de la ley e imperio o *potestas*, a veces contradictorias, se expresan bien por ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

14 Plantea la polémica DE VEGA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en: *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, 1998, p. 13, una supuesta contradicción entre el ensanchamiento de los espacios económicos y la reducción de los ámbitos políticos como ciudadanos. No creo sea así necesariamente en el ámbito de los derechos regionalmente protegidos.

15 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003. Una colección de ensayos sobre las restricciones a la soberanía –especialmente en la Unión Europea– en un mundo global, cuyo declinar no significa que desaparezca ni tampoco que deba ser refor-

La globalización de los derechos tiende a incrementar su efectividad en los numerosos lugares donde las autoridades nacionales no respetan suficientemente las garantías que entrañan los derechos ante la amenaza de ver sometidas sus arbitrariedades a un control subsidiario, independiente y externo fundado en el juicio de sus iguales, otros Estados pares, y tribunales internacionales. La política judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia la protección del estatuto de la oposición frente a malas prácticas como son las detenciones de sus líderes o las prisiones preventivas por agendas falsas en algunas *illdemocracies*, incluso antes de las concurrencias electorales, es un buen ejemplo de la tutela de elecciones y democracia frente a mayorías irrespetuosas con las reglas democráticas del Estado de Derecho que intentan impedir la alternancia¹⁶.

La protección internacional llega donde no basta con la tutela interna de los derechos o está perniciosamente contaminada. La creación de redes y de amplios espacios de protección permite un movimiento en favor de los derechos: una cultura o lenguaje de unos derechos verdaderamente europeos, interamericanos o universales. Al contrario de la globalización económica, muy discutida por sus efectos en el deterioro del medio ambiente, o en la restricción de los derechos sociales de los trabajadores o las condiciones de empleo, la globalización que nos ocupa no se basa en la desregulación ni en la supresión o privatización de los servicios públicos, sino que contribuye a fortalecer la democracia y el Estado de Derecho. La protección supraestatal de los derechos no fomenta la desregulación como la globalización económica, por el contrario, son frecuentes las obligaciones de legislar y de proteger que vienen impuestas como medidas generales de reparación en las sentencias convencionales. La globalización de los derechos no produce la desregulación, sino que intensifica las garantías normativas e institucionales al crearse: comisionados parlamentarios para la defensa de los derechos humanos, comités de prevención de la tortura, diversos protocolos de actuación de las administraciones o de la policía o de las administraciones y órganos judiciales en materia perspectiva de género, etc.

zada. La cuestión es más compleja, y conviven diversas perspectivas contrapuestas. Pero es un hecho que la Unión aminora, si no sustituye, este concepto mediante la idea de primacía y constantes negociaciones sobre acuerdos y competencias. Otro tanto ocurre con la acción del pluralismo europeo de constituciones sobre la soberanía.

- 16 La construcción por el TEDH de un estatuto reforzado de los opositores políticos puede leerse en GARCÍA ROCA, J., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como tribunal electoral y el estatuto de la oposición política», en: SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ, R. (editores), *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 429-444.

¿*Derechos fundamentales fuera de las constituciones?* Se produce una enriquecedora tensión en los derechos fundamentales protegidos por las constituciones nacionales, los tratados y declaraciones internacionales, y los legisladores de manera que las interpretaciones crean en cada caso un todo armónico: un bloque de la constitucionalidad o un bloque de la convencionalidad. Las tensiones normativas son insoslayables y las consecuencias manifiestas. Se ha creado una teoría de las obligaciones positivas y de aseguramiento que llevan a los poderes públicos, nacionales y supraestatales, a hacerse responsables incluso de las violaciones de derechos ocasionadas por poderes privados en una forma de eficacia horizontal o *Drittwirkung*.

Los derechos fundamentales ya no están sólo reconocidos en las constituciones nacionales, como antaño enseñábamos en las aulas, sino también en algunos tratados internacionales protegidos jurisdiccionalmente a instancias de las propias víctimas. En efecto, algunos derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional adquieren el rango y valor de derechos fundamentales: verdaderos derechos subjetivos, con un contenido esencial, indisponibles por el legislador y los poderes públicos, y protegidos con remedios jurisdiccionales a instancias de demandas individuales o colectivas que permiten dictar variadas medidas de restablecimiento de los derechos.

Numerosos “contenidos nuevos de derechos viejos”, o directamente “derechos nuevos” no previstos expresamente en los Convenios, pero immanentes a los mismos, se han creado en esa protección internacional –a *judge made convention*– y acaban formando parte de la tutela constitucional¹⁷. Son derechos globales o universales, porque no dependen sólo del Estado, y su defensa y efectividad deviene una cuestión internacional.

*Universalismo, fragmentación, relativización*¹⁸. Igualmente se produce una globalización de la sociedad civil donde son frecuentes las colaboraciones entre ONGs y diver-

17 Una justificación teórica de esta distinción en REY, F., «Cómo nacen los derechos», en: GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coord.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327-352. KONDOROSI, F. explica como con el aumento de los retos de la globalización, aumentan los derechos y el catálogo de derechos de nuevas generaciones se ensancha. Algunos de estos derechos no pueden ser realizados dentro de las fronteras nacionales (*op. cit.*, p. 86). Es patente en los derechos digitales.

18 *Ibid.*, pp. 87-89. KONDOROSI afirma que la universalidad de los derechos se puede interpretar de varias maneras: en la constitución de normas, –así en el marco de la ONU–, y en su realización, también en los destinatarios, o en la normalización de todos los derechos en su tratamiento incluidos los sociales. Pero la globalización se alimenta de interdependencias

sas entidades privadas e instituciones públicas dedicadas a la tutela de derechos. La sociedad civil se ha convertido en una “fuerza motriz de la globalización”: los movimientos de conservación ambiental, de defensa de los derechos de la mujer o del colectivo LGTBI, de las personas con discapacidad, de los emigrantes, de diversos grupos étnicos¹⁹ o colectivos de personas vulnerables, y, en general de muchos derechos humanos, producen un efecto globalizador en una corriente de abajo a arriba hacia los tribunales. Muchos asuntos llegan a las jurisdicciones convencionales bajo el impulso de asociaciones de defensa de intereses generales, o éstas comparecen en los procesos en una intervención adhesiva como *amicus curiae*. Se está produciendo una apertura a terceros de los procesos convencionales de tutela de derechos²⁰. Una seria transformación del Derecho Procesal clásico.

Pero, en sentido contrario, hay también procesos de fragmentación del Derecho Internacional²¹, y no siempre existen pasarelas ni suficientes mecanismos de relación entre los diversos ordenamientos jurídicos interconectados, y aparecen disrupciones que deben corregirse por los propios tribunales con mentalidad dialéctica, impidiendo situaciones de bloqueo.

Es asimismo importante recordar la existencia de un relativismo cultural: la presencia de quienes creen que la civilización occidental, la *Western tradition*²², intenta imponerse como cultura universal, a través de los derechos fundamentales, denunciando que responden a unos valores que no son verdaderamente globales y encajan mal v.gr. en las culturas china o, en general, asiática, o árabe, o en los

e influencias mutuas. Algunos autores incluso discuten el adjetivo “universal” dada su tensión con el relativismo cultural y la fragmentación del Derecho Internacional.

19 *Ibid*, p. 95.

20 SALAS CRUZ, A., «Enmienda democrática de la Convención Americana sobre derechos humanos. Una propuesta de participación ciudadana», en: *Revista de Derecho Político*, n° 114, 2022, pp. 387-424, alude al carácter estático de la Convención Americana, con un procedimiento de enmienda en desuso, y cree que la participación ciudadana puede legitimar la presentación de proyectos ante la Asamblea General.

21 KONDOROSI, F., *op. cit.*, p. 88, recuerda que no sólo los representantes del relativismo cultural provienen del Islam o de los países asiáticos sino que hay p.ej. una clara actitud de rechazo de muchos tratados internacionales de derechos humanos en los Estados Unidos, comenzando por la negativa a la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

22 Sobre la *Western tradition*, entre otros, VERGOTTINI, G., «Comparación y tradición constitucional: discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid», en: *Revista de las Cortes Generales*, n° 97, 2016, pp. 7-31.

diversos fundamentalismos religiosos tanto cristianos como islámicos. La cultura occidental, o euroatlántica, posee unos valores basados en la confianza en el individuo y el ciudadano, en su autodeterminación, y en la igualdad, ésta es la cultura que orienta el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Si bien los derechos sociales, que protege la Carta Social Europea revisada en 1996, también el TEDH y la Corte IDH mediante una interpretación sistemática de sus respectivos parámetros y extendiendo los derechos civiles, y algunas normas de la Unión Europea sobre medio ambiente o economía y energía sostenibles (algunos de estos bienes son pilares de las inversiones de los Fondos *Next Generation*)²³, atienden asimismo al valor de la solidaridad, reconocido expresamente en un capítulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y a la interdependencia de los individuos en una comunidad.

El advenimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos. En este sentido, es muy relevante la novedosa perspectiva de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 —que impulsa la declaración de Kampala— y pone gran énfasis: en los derechos de los pueblos (artículos 19 a 24) y los deberes de los individuos (artículos 27 a 29); en no disociar los derechos civiles, políticos y económicos de los sociales y culturales desde una comprensión universal; y en la defensa de la civilización africana y la eliminación del neocolonialismo²⁴. Todo ello se mueve dentro del espacio de Naciones Unidas. No puede orillarse la tremenda importancia que tuvo la extensión de la cultura de los sistemas europeo e interamericano a África en esta Carta de Banjul de 1981 tanto como las especificidades que la Organización para la Unidad Africana añaden a su sistema. La aprobación del Protocolo de 1998 por el que se establece la Corte Africana de Derechos Humanos, con entrada en vigor en 2004, es un hito significativo. Es menester apoyar e impulsar la consolidación del sistema de la Carta Africana. Hay desde luego diferencias entre el sistema interamericano y el sistema del Convenio Europeo e incluso con el sistema de protección de Naciones Unidas y los numerosos —y generosos— pronunciamientos de su comitología. La diversidad cultural, el pluralismo de los diversos pueblos es sobre todo un hecho innegable que la subsidiariedad debe preservar.

23 Véase GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Next Generation: ¿hacia una Europa social», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, *op. cit.*, pp. 339-367.

24 *In extenso*, BURGORGUE-LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, *op. cit.*, con amplias referencias bibliográficas.

*Universalismo y particularismos o prejuicios*²⁵. Pero el universalismo de los derechos permite sospechar que ciertas tradiciones y costumbres nacionales muy arraigadas, que pueden parecer naturales para los miembros de una comunidad política al estar habituados a ellas, pero no para la cultura global de los derechos y que, en consecuencia, se descuelgan de la red global de diálogo jurisdiccional²⁶, del constitucionalismo global²⁷, sean realmente preferencias desnudas, discriminatorias, atavismos culturales que deben ponerse al día y no verdaderas identidades nacionales. Una sociedad abierta y decente –una *open minded society* en palabras del TEDH– debe revisar constantemente sus fundamentos con racionalidad. La globalización rompe las fronteras de los enjuiciamientos y motivaciones, pues su capacidad suasoria permite detectar prejuicios aislacionistas y desprovistos de justificación y diferenciarlos de verdaderas especificidades locales fundadas en hechos objetivos. Globalización no es uniformidad y debe haber un margen de apreciación, especificación y diferenciación nacional. El interrogante es cuán grande debe ser ese margen y la respuesta sólo puede darse caso a caso y en función de la naturaleza del derecho y las diferencias en los contextos.

El alcance global de los estándares. Los estándares internacionales sobre derechos a menudo tienen una aplicación más amplia que la estrictamente típica de una protección regional. Suele haber una cierta extraterritorialidad. Las opiniones de la Comisión de Venecia, donde hay una quincena de países miembros y varios observadores que no son europeos además de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, son un buen ejemplo de una “consultoría constitucional in-

25 Sobre universalismo y particularismo, deben consultarse GARLICKI, L., *op. cit.*, y BREMS, E., *op. cit.*

26 Pueden verse en GROPPi, T., *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Turín, 2020, dos ensayos y muestras del apartamiento del constitucionalismo global, capítulos “La Costituzione tunesina del 2014 nel quadro del costituzionalismo globale” (pp. 23-61), y, sobre todo, “Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese” (pp. 159-179), donde se aborda el debate sobre los “valores asiáticos” y la Declaración de Bangkok de 1993 que apuesta por las especificidades culturales y el valor central de la soberanía nacional en la tutela de los derechos humanos.

27 Luigi FERRAJOLI se manifiesta a favor de un “constitucionalismo global”, de la “extensión del paradigma constitucional”, para defender la misma idea de democracia, lo que lleva a una defensa de los derechos fundamentales a todos los niveles, no solo en los ordenamientos estatales sino en el plano del Derecho Internacional. Sostiene que el constitucionalismo sólo tiene futuro si se extiende más allá del Estado y es capaz de garantizar los derechos en situaciones de vulnerabilidad o debilidad. (FERRAJOLI, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018, traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, pp. 26, 41, 43...).

ternacional”²⁸. Pero hay muchos otros ejemplos comenzando por los Comités de Naciones Unidas.

El secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA) le preguntó a la Comisión de Venecia sobre los límites temporales a los mandatos presidenciales y parlamentarios, y ésta emitió dos informes en marzo de 2018 y marzo de 2019, rechazando que existiera un derecho fundamental a la reelección. El sufragio es un derecho de configuración legal y pueden ponderarse varios intereses en conflicto. El problema no es distinto en uno u otro continente ni en cualquier lugar. Más tarde, el 7 de junio de 2021, dictó también una opinión consultiva la Corte IDH en un sentido coincidente con la Comisión de Venecia en respuesta a una consulta realizada por Colombia. Se concluyó que la reelección indefinida no es un derecho humano. La cuestión surgió en parte, porque ciertos tribunales constitucionales de algunos países de Iberoamérica (Bolivia entre otros) dictaron previamente algunos pronunciamientos —dóciles en exceso respecto del ejecutivo—, afirmando que la prohibición de reelección del Presidente era una restricción injustificada al derecho de sufragio conforme al art. 23.2 CADH, que establece unas limitaciones que deberían entenderse como un *numerus clausus*. Pero no es así y la Corte IDH no aceptó estos argumentos formalistas y literales. En un contexto global, recordemos que la Constitución de los Estados Unidos (vigésimo segunda enmienda de 1951) establece un límite de dos mandatos del Presidente; unas ideas que ya estaban en Washington, Jefferson y Madison. En México, el lema “sufragio efectivo, no reelección” —que luego asumió el constitucionalismo— es clásico desde que Madero compite en 1910 contra el dictador Porfirio Díaz que llevaba 35 años en el poder y tenía el control de todas las instituciones. En definitiva, en el actual contexto del “hiperpresidencialismo” iberoamericano, la reelección continuada supone el evidente riesgo de tener un monarca republicano, un caudillo o un tirano. La restricción del derecho de sufragio que entraña la prohibición de reelección es proporcionada: está prevista en las constituciones, persigue fines legítimos, como es mejorar el funcionamiento democrático del Estado por encima de los concretos intereses del titular de la presidencia o del candidato a la misma, y puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática en cuanto acertada muestra de una división de poderes en el tiempo y de un sistema de frenos y contrapesos que limite el poder del Príncipe. Los ejemplos que podrían ponerse son numerosos. Baste esta muestra para evidenciar que un organismo internacional puede crear estándares y precedentes con un alcance supracontinental y aquí se hizo tras un diálogo entre una institución del Consejo de Europa y otra de la OEA. El mismo debate sobre la reelección del Presidente ha tenido

28 SÁNCHEZ NAVARRO, A., «Los límites temporales del poder político: algunos estándares de la Comisión de Venecia», en: *213_380_Estado_Derecho indd*, p. 320. Donde se citan los informes de la Comisión sobre la limitación del mandato.

lugar en algunas Comunidades Autónomas en España y estas decisiones deberían inspirar las soluciones normativas que se adopten en los respectivos Estatutos de Autonomía en otros contextos pero con problemas semejantes.

El diálogo entre el TEDH y la Corte IDH. Por otra parte, en diversos trabajos hemos puesto de manifiesto la existencia de un relevante diálogo en la jurisprudencia del TEDH y la Corte Interamericana con estándares compartidos en una larga veintena de temas²⁹. No insistiré de nuevo en el asunto, para no repetirme, y razonaré mediante el reenvío a esos estudios, pero recordaré que tanto desde un método principialista y deductivo como desde otro inductivo, fundado en las citas ocultas o expresas en las sentencias de ambas Cortes, se corrobora el diálogo de ambas jurisprudencias y la fertilización recíproca entre ellas.

El razonamiento por estándares convencionales o test de enjuiciamiento generales favorece su aplicación en un espacio global. Me parece significativa la tendencia del TEDH, cada vez mayor, a razonar por estándares, la construcción de tests de enjuiciamiento o criterios generales que se reiteran a la hora de enjuiciar un mismo problema, y se especifican después en cada concreto supuesto de hecho, en vez de motivaciones y decisiones singulares, caso a caso, con razonamientos aislados. Se objetivan de este modo las decisiones de una jurisdicción y se supera el riesgo del puro decisionismo o voluntarismo judicial: quedar al albur de la composición de una Sala o Gran Sala o de los titulares del órgano y sus renovaciones.

Antes o después, estos estándares convencionales se acaban asumiendo también como estándares en las jurisdicciones constitucionales en un proceso de “incorporación” o recepción del Derecho común europeo y por otros tribunales de diversos espacios por su misma razonabilidad. La incorporación y la eficacia de “cosa interpretada” son las herramientas principales del TEDH y la Corte IDH.

El razonamiento por estándares o test es patente, por ejemplo, en la consolidación de los muy conocidos ingredientes para enjuiciar la existencia de unas dilaciones judiciales indebidas (la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y del juzgador, la duración habitual del tipo de pleito), ya sean estructurales o no.

29 Cfr. GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, op. cit.; se publicó una segunda edición por la misma editorial en Perú en 2015 con un prólogo de LANDA, C. También GARCIA ROCA, J., «El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana», en: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (coords.): *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016; una versión en inglés se publicó en Polonia en homenaje a un antiguo Magistrado del TEDH *Human rights in contemporary world. Essays in honour of Professor Leszek Gralicki*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2017.

Pero existen otros muchos ejemplos del empleo de tests objetivos. Mencionaré algunos casos, menos conocidos, para advertir la estructura de la motivación y la eficacia de este método en la confección de la jurisprudencia, que debería —a mi entender— generalizarse.

En el relevante Caso Saquetti contra España, STEDH de 30 de junio de 2020, se condena a nuestro país y se traslada la garantía de la doble instancia penal al Derecho sancionador en ciertos casos (artículo 2 al Protocolo 7 del CEDH). El Tribunal de Estrasburgo aplicó los criterios Engel para saber cuándo una sanción administrativa era asimilable a una “ofensa” o infracción penal: la calificación según el derecho nacional, que no es un criterio decisivo, la naturaleza de la infracción, y la severidad de la pena impuesta —pese a que no comportaba una pena privativa de libertad—, rechazando la existencia de exenciones en este caso, y considerando —acertadamente— que el amparo constitucional no era una segunda instancia penal. Con posterioridad, el Tribunal Supremo, Sala Tercera sentencia de 2 de noviembre de 2021, entendió que el recurso de casación sí satisfacía las exigencias de una revisión penal en segunda instancia.

En el Caso Saber y Boughassal contra España, de 18 de diciembre de 2018, se estimó la demanda por haberse expulsado a dos ciudadanos marroquíes que habían cometido sendos delitos, sin tener en cuenta o ponderar la necesidad de la expulsión de acuerdo con todos los criterios establecidos en la jurisprudencia europea. Son los llamados criterios Üner e incluyen entre otros: la naturaleza y gravedad de la infracción; la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada; el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período; la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio u otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja; si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado; el interés y el bienestar de los hijos; y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino. En definitiva, una ponderación más compleja y equitativa que el tiempo de duración de la pena.

En la STEDH Winterwep contra Países Bajos, de 24 de octubre de 1979, se resolvió que los criterios generales para enjuiciar la liberación de un enajenado del confinamiento obligatorio eran: que no se discutiera que los recurrentes eran enajenados, que sus desórdenes mentales fueran permanentes, y que tuvieran grave entidad; sobre estas bases debe establecerse un sistema de revisión judicial permanente de las medidas de seguridad. El test de enjuiciamiento se ha man-

tenido p.ej. en el Caso Denis e Irvin contra Bélgica, de 1 de junio de 2021, tres décadas después.

El traslado de un juez sin las debidas garantías cae dentro del ámbito del art. 6.1 CEDH, cuando habla de “derechos civiles”, y su violación se enjuicia siguiendo el llamado test Eskelinen (Eskelinen y otros contra Finlandia, de 17 de abril de 2007). Según esta aproximación, el rechazo a la aplicación del art. 6.1 reclama dos condiciones: que las leyes nacionales excluyan expresamente el acceso a los tribunales del puesto en cuestión; y que la exclusión esté justificada en razones objetivas ligadas al interés del Estado y al ejercicio de una función pública de soberanía. Fuera de estas dos condiciones, que incumbe acreditar al Estado demandado, se presume la aplicación del art. 6.1 CEDH a las reclamaciones.

Las jurisdicciones internacionales y constitucionales están condenadas a entenderse, pues se ocupan de unos mismos problemas y supuestos de hechos semejantes. La fuerza expansiva de una motivación judicial mediante un estándar o test de enjuiciamiento fundado en criterios abstractos y generales depende de su capacidad suasoria, y si los criterios y principios que los jueces construyen como buenos juristas son razonables es de esperar que se extiendan con más o menos matices o excepciones a otras jurisdicciones³⁰. La oposición a su empleo no tiene fronteras espaciales sino lógicas o contextuales.

Los paradigmas han cambiado y a menudo son globales: la sociedad red y los derechos digitales. No se trata sólo de una mera similitud y aproximación de los parámetros normativos de enjuiciamiento, nacionales o convencionales, sino también de la presencia de fenómenos globales. Así ocurre con el tránsito de la sociedad analógica a la sociedad red o digital: el nuevo papel de los derechos digitales, el Ciberderecho, los *big data* y la inteligencia artificial. Se ha hablado de otra Galaxia distinta a la Galaxia Gutemberg y de una nueva civilización³¹, la Galaxia Internet, con el de-

30 GROPPI, T., *op. cit.*, capítulo X, «Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri de parte delle Corti Costituzionale», pp. 279-291, citando a BARAK afirma que el Derecho comparado es como un espejo que me permite observarme y comprenderme mejor (p. 290).

31 BARRIO, M., *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, sobre las tecnologías emergentes, los retos y los sujetos de este nuevo Derecho y las responsabilidades de las plataformas digitales, las redes sociales, los Estados y los internautas; y «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», en: *Revista de las Cortes Generales*, nº 110, 2021, pp. 197-233. MEDINA, M., «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49, 2022, pp. 141-171, donde se evidencian nuevas amenazas a este derecho de acceso a la información derivadas de la falta de transparencia y la opacidad técnica.

sarrollo de las herramientas telemáticas de comunicación de masas, y la consideración de los internautas como emisores o creadores y receptores de información con un potencial de crear comunidades globales. Está todavía en buena medida por analizar el impacto de los nuevos medios en nuestros derechos, democracias e instituciones y como está alterando p. ej. el funcionamiento del parlamentarismo y las ideas de publicidad, rendición de cuentas y responsabilidad política.

Otro tanto podríamos decir del impacto de los algoritmos en los poderes públicos: un flujo de datos para tomar decisiones políticas quizás al margen de la representación, pero puede que más participativas e informadas; acaso abonen la construcción de una democracia deliberativa. Moisés Barrio afirma que Internet inaugura una nueva esfera o espacio público en las sociedades democráticas: una nueva ciudadanía en un mundo virtual donde gran parte de la vida cotidiana ha migrado a Internet³².

Sin embargo, hace tiempo que diversos autores señalan que los Estados nación e incluso las organizaciones internacionales o la Unión Europea no podrán aplicar sus leyes a las actividades en línea en una red global y que el ciberespacio puede estar por encima de la supervisión de las regulaciones³³. Otro tanto puede decirse de las censuras y controles de los contenidos en función de los intereses del mercado o de los creadores de los buscadores y las redes sociales, o de los instigadores de noticias falsas (*fake news*) mediante repeticiones fraudulentas. Dista de ser evidente que el ciberespacio sea un mercado libre y, por el contrario, está creando frecuentes problemas en los derechos fundamentales y distorsiones en la veracidad de las concurrencias electorales e igualdad de las campañas. La sociedad digital y global va a transformar también diversos derechos fundamentales como ya ha hecho con las libertades de la comunicación. Estamos en una era digital casi sin derechos digitales: todo un desafío. Surge una nueva generación de derechos que deben ser reconocidos constitucional y convencionalmente; por más que existan ya algunos reconocimientos legales de derechos digitales, e incluso una reciente Carta de Derechos Digitales en España que recoge un conjunto de recomendaciones³⁴.

32 BARRIO, M, «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», *op. cit.*, p. 203 y p. 206.

33 *Ibid*, p. 203 cita el trabajo de JOHNSON and POST: “Law and borders: the rise of law in cyberspace”-

34 *Ibid*, p. 206. Véase la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) en desarrollo del artículo 18.4 CE, que se ocupa de derechos como son la neutralidad de la red, el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digitales, el derecho al olvido o la portabilidad en redes sociales. También la llamada “Carta de Derechos Digitales” de 2021 que carece de valor normativo,

Hay un déficit de regulación y también de autorregulación de las propias grandes corporaciones, si bien algunas como Facebook han creado sus propios *Oversight Committees*, comisiones internas de control que pueden recibir reclamaciones de los afectados y adoptar recomendaciones. Pero es un sistema cuya eficacia futura aun desconocemos. Mas es sencillo imaginarse que los precedentes de estos comités de autorregulación, integrados por juristas normalmente de referencia, serán antes o después revisados por órganos judiciales, y se establecerá un diálogo en red en torno a concretos casos que lleve a la creación de estándares tan globales como es el espacio de Internet. Es imposible poner puertas al campo como nos enseñaron Miguel de Cervantes y Octavio Paz.

II. SOBERANÍA NACIONAL, SUBSIDIARIEDAD, IDENTIDADES CONSTITUCIONALES, MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y PROCEDIMIENTO RAZONABLE DE DECISIÓN

La relación dialéctica entre globalización e identidades nacionales y otras nociones afines. En el otro polo de esta relación, en el sentido contrario de la marcha, y en una tensión dialéctica que reclama una síntesis enriquecedora, pues no entraña necesariamente una situación de incompatibilidad si estas ideas se interpretan adecuadamente, están ubicadas la “soberanía nacional” de los Estados miembros, o sus “identidades constitucionales o nacionales”, o la “subsidiariedad” propia de una protección internacional, incluso, la doctrina del “margen de apreciación nacional”, categorías y nociones que cumplen funciones centrífugas o deferentes semejantes en favor de las comunidades estatales. La integración regional o la globalización de los derechos deben respetar un cierto pluralismo cultural de los Estados en espacios muy amplios, y no eliminar totalmente la autonomía o margen de maniobra de los Estados miembros: unidos en la diversidad. Analicemos este complejo asunto con gran concisión, para seguir el hilo central del discurso.

1. Soberanía nacional

Soberanía nacional en transición o transformación: una soberanía convencionalmente limitada. Neil Walker se ha referido a una “soberanía en transición” en los actuales contextos de integración política y económica, ligando esta idea a la situación de “pluralismo de constituciones” en el que vivimos: las normas fundamentales y originarias del Consejo de Europa, la Unión Europea y las constituciones na-

pero puede guiar proyectos legislativos futuros, reconoce un buen número de derechos digitales y, en realidad, antes bien perfila o especifica algunos derechos en el entorno o espacio digital.

cionales³⁵. Otros autores hablan de “soberanía transformada”, pero el mensaje es el mismo³⁶. Los elementos clásicos de la teoría general del Estado, que creó el positivismo jurídico alemán del siglo XIX, han sufrido una profunda modificación. No es extraño que hace décadas que ningún autor europeo se atreva a escribir una teoría del Estado, pues son hartamente difíciles de describir las dimensiones de los elementos estatales en los nuevos escenarios de integración. El Estado es soberano por definición; es una tautología o argumento circular, una proposición o axioma que no se puede rebatir, como cualquier mito o creencia compartida, pero la globalización y la integración han revelado la fragilidad de los Estados³⁷. Tanto como su fortaleza e inercia. León Duguit dio por muerta la soberanía tras su viaje a Estados Unidos y vivir los horrores de la Gran Guerra, y evidentemente se equivocó, pese a lo que ha llovido desde entonces³⁸. La cuestión no es sencilla. Pero si ha cambiado la idea de que la soberanía es indivisible y sólo reside en el Estado-nación. La soberanía es una relación sobre el lugar de cada ente que se negocia continuamente³⁹.

La vieja idea de soberanía nacional, aparecida en un contexto tan distinto como era el siglo XVI con las elaboraciones en Francia de Juan Bodino en “Los seis libros de la República”⁴⁰, frente a la previa fragmentación de los regalistas en la atribución de facultades singulares al monarca, fue luego impuesta con fuerza en el siglo XIX como Estado nación bajo el romanticismo en Italia y Alemania e incluso en España hasta el punto de identificar Estado constitucional con Estado nacional. Pero se está viendo sometida a una profunda revisión en los “Estados constitucionales convencionalmente limitados” por muy diversas razo-

35 Cfr WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, *op. cit.*, en particular el trabajo de FASSBENDER, B. Me he ocupado del impacto del sistema de protección de derechos fundamentales del Convenio Europeo en la soberanía en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019, entre otros, epígrafe “Principio de integración funcional y soberanía en transición”, pp. 136-139.

36 KONDOROSI, F, “Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, *op. cit.*, p. 85.

37 KEATING, M., «Reivindicación de la soberanía: estados naciones y autodeterminación en el contexto europeo», en: <https://revistaidees.cat/es/reivindicacion-de-la-soberania-estados-naciones-y-autodeterminacion-en-el-contexto-europeo/>.

38 DUGUIT, L., *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)*, Granada, Comares, 2013.

39 *Vid.* KEATING, M., *op. cit.*

40 BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 3ª ed, 1997, original en francés de 1576, con un excelente estudio preliminar de P. BRAVO.

nes. La soberanía popular permanece hoy ligada al principio republicano y a la legitimidad democrática de una comunidad política y a los derechos de ciudadanía y participación política. Pero el papel de la soberanía como poder superior e ilimitado, por encima del cual no se reconoce otro, tiende a sustituirse por la categoría jurídica de división de competencias entre diversos sujetos⁴¹. Una de estas transformaciones es la integración en organizaciones supranacionales y otra la atribución de competencias a tribunales internacionales que ejercen una protección jurisdiccional, colectiva y efectiva, de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los grupos frente a sus propios Estados. La soberanía ha sufrido numerosos embates y los derechos fundamentales delimitan el espacio de las decisiones soberanas internas. Los Estados ya no toman decisiones internas sin estar limitados por arriba, sin reconocer superior alguno –ni el Papa ni el Imperio–, los procesos de integración europea y las jurisdicciones convencionales lo impiden. Tampoco son ilimitados por abajo, frente al poder de los aristócratas y señores feudales, pudiendo centralizar todo el poder originario en el monarca, pues los Estados vienen sometidos a procesos internos de distribución de competencias y descentralización política en entes territoriales dotados de un autogobierno constitucionalmente protegido: Estados federados, regiones, CCAA, Provincias, Municipios. La soberanía surgió como un concepto en triple lucha contra la Iglesia, el Imperio y los señores feudales. Hoy esta tensión dialéctica se mantiene, pero con otros sujetos distintos: ciertas organizaciones supranacionales y entes territoriales. Las viejas marcas de la soberanía –de las que hablaba Bodino– son otras distintas y difíciles de identificar, pero ya no p. ej. acuñar moneda que es hoy una competencia del Banco Central Europeo.

El Estado nacional no es en nuestros días un ente de competencia universal e ilimitada. Existe una soberanía en permanente tensión con los derechos fundamentales de los individuos y de los ciudadanos del propio Estado y de las formaciones sociales en que se integran. Esta situación produce una seria división de poderes entre las sociedades civil y política: un sistema de frenos y contrapesos. Hay una frontera que limita la acción de los poderes públicos y marcan los derechos fundamentales. La soberanía nacional no puede entenderse como una patente de corso que autorice a las autoridades a navegar como piratas desprovistos de las ataduras de las normas: una cláusula en blanco de indemnidad para violar los derechos fundamentales de sus súbditos. La misma génesis de la Unión Europea y del Consejo de Europa se encuentra en el intento de frenar los excesos de los nacionalismos soberanistas y a veces supremacistas, y en la voluntad de crear una unión más estrecha, pese a que existan indudablemente disposiciones para prote-

41 Es utilísimo releer LUCAS VERDÚ, P., «El poder político soberano», en: *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1974, vol. II, Capítulo IV.

ger las minorías nacionales. En definitiva, la soberanía nacional no impide el control externo de las decisiones estatales que afecten a las protecciones regionales de derechos fundamentales. La soberanía no puede comprenderse como un escudo.

2. El principio de subsidiariedad

La subsidiariedad como responsabilidad primaria de los Estados y no como una cláusula de indemnidad. No obstante, las protecciones regionales de los derechos que el Derecho Internacional ha creado son subsidiarias y actúan en defecto de las tutelas que las autoridades nacionales deben dispensar como ocurre en toda protección internacional⁴². Robert Spano, Presidente del TEDH, ha dicho que estamos en la “era de la subsidiariedad”. Este eslogan –realmente político– sólo puede entenderse jurídicamente, concluyendo que la responsabilidad primaria en la protección de los derechos corresponde a los Estados parte del sistema. Éste era precisamente el sentido originario del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950, y por eso la Comisión únicamente mandaba al TEDH algunos casos importantes, filtrando el resto, pues se esperaba que los propios Estados repararan por sí mismos la mayor parte de las violaciones, haciéndose responsables del cumplimiento y aseguramiento de los derechos del Convenio.

La idea primigenia debe en parte recuperarse. La subsidiariedad no puede comprenderse como una inmunidad de los Estados miembros: una indemnidad que les permita restringir la jurisdicción del Tribunal Europeo, consagrado indefensiones y violaciones de derechos de los justiciables, o impidiendo que dicte medidas cautelares, o se adentre en la supervisión de la ejecución de sentencias en colaboración con el Comité de Ministros y los propios Estados demandados. Por el contrario, su sentido estructural reside en que, una vez detectadas las brechas convencionales, las violaciones reiteradas, sistemáticas o estructurales de algunos derechos en un Estado parte, es el propio Estado quien viene obligado internacionalmente a adoptar las medidas internas y oportunas de reparación y no repetición, para impedir que esas lesiones sigan produciéndose⁴³. Estas medidas pueden comportar cambios legislativos, reglamentarios o jurisprudenciales, me-

42 Me he ocupado del principio de subsidiariedad a lo largo del libro GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, y, en particular, epígrafes “El impulso de la subsidiariedad a través de las Conferencias de los Estados (pp. 30 y ss.)”, y “Un principio de subsidiariedad propio de una protección internacional...” (pp. 101 y ss.), donde pueden encontrarse abundantes referencias bibliográficas.

43 Recientemente, GARCÍA ROCA, J., «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacionales como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, *op. cit.*, pp. 29-62, en particular, pp. 43-55, posiciones que aquí sintetizo.

jores prácticas administrativas o incluso reformas constitucionales. La entrada en vigor del Protocolo 15 de enmienda al Convenio Europeo añade una mención al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el Preámbulo. Pero una comprensión adecuada, cualquiera que fuera la verdadera voluntad política del Gobierno británico del euroescéptico Sr Cameron en la Cumbre de Brighton, no puede ser la afirmación de la subsidiariedad como una restricción del alcance de la jurisdicción europea, o la concesión de una patente de corso a las naves de los Estados para atacar los derechos de las personas y los grupos. Por el contrario, debe entenderse como la afirmación y el reforzamiento de la responsabilidad primaria de los Estados en la primera línea de defensa de los derechos del sistema del Convenio sin esperar a que las violaciones se reparen en el lejano y subsidiario Estrasburgo.

Los verdaderos instrumentos de la subsidiariedad. En este sentido, en distintos estudios, he razonado⁴⁴ que los verdaderos instrumentos de una subsidiariedad comprendida de manera adecuada para el recto funcionamiento de la jurisdicción europea son otros. Primero, la aprobación del Protocolo 16, el llamado protocolo del diálogo, que permite a algunos altos tribunales de los Estados parte elevar una cuestión prejudicial, llamada opinión consultiva, al TEDH, suspendiendo el litigio que conozcan y esperando al efecto devolutivo de una respuesta para resolver el pleito con un margen de maniobra. Segundo, tomarse, sobre todo, en serio el derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH) y crear instrumentos judiciales internos que protejan con prontitud y eficacia las violaciones de derechos, allí donde se detecten brechas en las garantías por las sucesivas sentencias estimatorias del TEDH⁴⁵. Tercero, la colaboración de las autoridades nacionales en los planes de acción y adopción de las medidas de reparación y no repetición con el departamento de ejecución de sentencias del Comité de Ministros y la oficina creada a tal efecto por el TEDH en toda la fase de supervisión de la ejecución. Hay aquí un amplio espacio de libertad de los Estados al elegir las medidas de cumplimiento respetando con lealtad el espíritu de las sentencias. Por último, el proceso de ejecución de las sentencias convencionales debe ser transparente,

44 GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., epígrafe “El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable” (pp. 104-136). La distinción entre los usos retóricos y estructurales del margen es una reelaboración de la tesis de LETSAS, G., «Two concepts of the margin of appreciation», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 4, 2006, pp 705-732, quien habla de dos conceptos: estructural o sustantivo, si bien estima que ambos son dos conceptos débiles, y advierte del riesgo de que los Estados definan sus propias morales u órdenes públicos frente a la adjudicación europea de derechos.

45 Puede revisarse, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

público y participativo y las ONGs y otras entidades de la sociedad civil pueden colaborar con el Comité de Ministros y el Tribunal, primero, en llevar las violaciones de derechos a la jurisdicción y las nuevas ideas y jurisprudencias, como *amicus curiae*, o apoyando en su estrategia de defensa a los grupos o colectivos cuyos derechos han sido violados, y, finalmente, en asegurarse de que las sentencias se den por cumplidas cuando realmente han sido ejecutadas con lealtad y no antes. Cuando una sentencia internacional ha sido cumplida puede ser una pregunta nada fácil de responder.

3. Las identidades constitucionales o nacionales

Las identidades como terrenos selectivos y de desencuentro. Preguntarse por la “identidad constitucional” o la “identidad nacional” de una comunidad política –usaré ambas expresiones indistintamente como sinónimos–, o incluso sobre la identidad europea, es abrir un interrogante muy difícil de cerrar⁴⁶. Con la lucidez propia de un maestro –y sano escepticismo– Gustavo Zagrebelsky nos ha dicho que la identidad de una colectividad humana es algo demasiado complicado y difícil de entender por cualquier ciencia social, también por el Derecho, que no puede abarcar el asunto en su integridad. Puede que el punto de vista jurídico no sea el más relevante y que la respuesta no esté en las normas de los tratados –nos advierte– y los juristas cometamos un “pecado de orgullo”⁴⁷. No es una pregunta que pueda contestarse desde una dimensión formal, sino que reclama otro material, no menos propia de la dualidad y racionalidad inherente al Derecho⁴⁸. Es tanto un problema de legalidad como de legitimidad. El interrogante sólo puede ser comprendido –afirma– como una tarea que tiene que ser construida; “cuando me pregunto quién soy, significa que no lo sé”, y precisamente, por eso, indago en qué me diferencio como comunidad en relación con otras⁴⁹. A veces esta línea de pensamiento desemboca en un puro historicismo⁵⁰. En suma, construir

46 Sigo la breve pero sugerente ponencia de ZAGREBELSKY, G., «La identidad europea», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, n° 12, 2009, pp. 17-22.

47 *Ibid*, p. 19.

48 Vid ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*

49 ZAGREBELSKY, G., «La identidad europea», *op. cit.*, p. 20.

50 Por el contrario, HERRERO DE MIÑÓN defiende el valor de la identidad constitucional frente a la todavía más ambigua globalización y sus “pródromos” supranacionales: el malestar que precede a una enfermedad. HERRERO DE MIÑÓN, M., «El valor constitucional de identidad», en: *XXI Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*, BOE-CEPC, Madrid, 2020, p. 164, citando a MEINECKE. No obstante, recordaré que los pródromos son también los

identidades históricas y culturales es un sendero muy arriesgado e inseguro para el Derecho, difícil de andar, con salidas inciertas y donde es fácil despeñarse. Las identidades nacionales o la europea son un terreno a menudo de desencuentro, pues toda identidad es el producto de una selección, insiste Zagrebelsky; requiere preguntarse no sólo quiénes somos sino quiénes no queremos ser. La discusión sobre las raíces cristianas de Europa ilustra bien el problema. La pregunta sobre la identidad quizás sea realmente una decisión sobre el futuro: una opción sobre las diversas estrategias en el campo de batalla cuando el enfrentamiento no ha acabado. Estas preguntas grandilocuentes –concluye Zagrebelsky– pueden crear dificultades en vez de allanarlas.

Estimo también, en esta misma línea, que deberíamos centrarnos con realismo en ponderaciones de derechos en concretos supuestos de hecho. Pese a las apariencias, si se ahonda en el asunto, preguntarse qué es la globalización de los derechos puede ser una pregunta más sencilla de responder, como creo haber demostrado, que identificar unas identidades constitucionales no previstas expresamente en cláusulas escritas de intangibilidad en las Leyes Fundamentales. Identificar de manera general y abstracta identidades nacionales, se asemeja a interrogarse sobre cuál sea el “alma rusa”⁵¹, la manera de entender el mundo por los rusos, pregunta retórica que en manos de un tirano pueden llevar a excluir a los homosexuales –como se ha dicho–, o el alma húngara, que supuestamente permitiría excluir a los no cristianos por mandato constitucional; dos absurdos en la cultura de los derechos fundamentales de las personas. ¿Quién decide las identidades? Es preferible la autodeterminación de individuos, titulares de derechos fundamentales que desarrollan libremente su personalidad en un escenario multinivel de protección nacional, regional y universal.

La trama de las identidades constitucionales o nacionales en la Unión Europea: una aproximación peligrosa. Retengamos pues que la idea de identidad constitucional-nacional es pues, por definición, un concepto peligroso. Es una trama comprendida más en su acepción como un enredo que como un conjunto de hilos entrelazados que formen una tela compacta. Se basa en una selección de ingredientes, más o menos arbitraria o subjetiva, ya que depende de la condición del intérprete y de la existencia o no de un parámetro normativo en cada ordenamiento constitucional, que predetermine la respuesta con suficientes dosis de seguridad jurídica.

signos sensibles de un parto: algo próximo a nacer o en proceso de nacimiento, como ocurre con algunos ingredientes en construcción de la identidad europea.

51 FIGES, O., explora el alma rusa en *El baile de Natasha. Una historia cultural rusa*, EDHASA, Barcelona, 2006. Muchos clásicos rusos han reflexionado sobre este asunto, de hecho, el autor arranca de una conocida frase de TOLSTOI.

Por eso el modelo de la Unión Europea (la idea de “identidad nacional“ en el artículo 4. 2 del Tratado de la Unión Europea) no me parece bueno. De hecho, ha producido malos resultados: una suma de ingredientes heterogéneos en su uso por bastantes altas cortes nacionales, cuando no se ha utilizado directamente para oponerse a la primacía del Derecho Comunitario, o para efectuar un control del llamado *ultra vires*. Veámoslo sin el detenimiento que la complejidad del asunto merece por razones de espacio.

El origen de las identidades constitucionales como límites implícitos a la reforma de la constitución: un límite ad intra y un concepto decisionista. María Roca ha desandado la historia del dogma, porque el concepto de identidad nacional-constitucional no nace en el vacío ni en el Derecho de la Unión⁵². El resultado es muy revelador. El concepto de “identidad constitucional” surge en el período de entreguerras en la República de Weimar (1919) y no llega a precisarse jamás. Tenía como función establecer límites materiales inmanentes y no escritos o expresos a la reforma constitucional. Algo en sí mismo muy discutible. Hacía referencia al núcleo esencial e indisponible de un texto constitucional que –se decía– no puede ser cambiado por una enmienda sin fracturar el sistema constitucional. La identidad –pensaban algunos iuspublicistas– preserva la continuidad de la Constitución como un todo frente a la revisión. La tesis no fue siquiera entonces pacífica y autores de la talla de Anschütz o Thoma se opusieron a ella con muy variadas razones⁵³.

Me parece que esta idea sólo puede entenderse en el contexto del concepto positivo y decisionista de Constitución, típico de la época⁵⁴ y expresado por Carl

52 ROCA, M., «La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, op. cit., pp. 63-90.

53 *Ibid*, p. 66.

54 Mucho más tarde la misma polémica que abrió SCHMITT volvió a producirse en los años setenta en Italia entre C. MORTATI y P. BISCARETTI DI RUFFÍA. MORTATI, en su *Istituzioni di Diritto Pubblico*, con la misma abstracción y oscuridad con la que escribió su libro sobre la Constitución material, sostenía que la ley de reforma ocupa en la jerarquía de fuentes un grado inferior a la Constitución y de ahí derivan una serie de límites, el primero es limitar la revisión total, porque la reforma debe respetar los principios esenciales del orden constitucional de un Estado. Una prohibición implícita de subvertir el núcleo de los principios fundamentales, para impedir la caída del ordenamiento y garantizar su continuidad. Pero no alcanza tampoco a identificar esos límites implícitos, más allá de la prohibición expresa de reformar la forma republicana (art. 139 de la Constitución) y acaba por admitir la posibilidad de la reforma del mismo procedimiento de revisión. Cfr. MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1976, tomo II, pp. 1241 y ss. En cambio, BISCARETTI, en su *Derecho Constitucional*, y en artículos previos de los años cuarenta y cincuenta), por el contrario, rechazaba la existencia

Schmitt en su Teoría de la Constitución junto a otros posibles, quien distingue las decisiones políticas básicas del resto de las normas de una Constitución o Ley Fundamental y fue uno de los defensores de la idea de identidad. Es una noción incompatible con el moderno concepto racional normativo de Constitución donde todas las normas integran un sistema, tienen la misma jerarquía y son iguales en rango. No es una categoría normativa sino decisionista. A mi entender, los límites a la reforma o incluso a la revisión total de una Constitución deben ser expresos, aunque no se trate de verdaderas cláusulas de eternidad y puedan ser modificados. No es extraño pues que nunca llegaran a decantarse, tampoco en Weimar, estos supuestos límites esenciales constitutivos de la identidad constitucional.

Las identidades constitucionales como límites ad extra de las competencias de la Unión. En la Unión Europea, en cambio, la idea es un límite externo que restringe la acción de la Unión e impide que sus competencias puedan lesionar la identidad nacional de los Estados: “sus estructuras fundamentales políticas y constitucional”, “la autonomía local y regional” y las “funciones esenciales del Estado especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional” (artículo 4.2 TUE).

El precepto procede en términos casi iguales del proyecto de tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, que no fue ratificado, y, al regular las relaciones entre la Unión y los Estados miembros (artículo I-5), determinaba que la Unión respetará “la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional inherente” a las cláusulas que acabamos de mencionar. Una especie de llamada a preservar la estatalidad o la soberanía nacional en la edificación de una Constitución europea. Pero el mismo precepto también sostenía que la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente conforme al principio de cooperación leal, y que éstos últimos se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro los objetivos de la Unión. Las tres cosas están en una síntesis indisoluble: respeto a la identidad nacional, cooperación leal, y mantenimiento de los objetivos de la Unión. Tres principios que no pueden utilizarse de forma separada como expresaba bien el tratado constitucional, quizás mejor que lo hace el actual Tratado de Lisboa (véase el artículo 4.3 TUE).

Las dudas sobre la jurisprudencia constitucional alemana: control del ultra vires y respeto a los derechos. Desde este anclaje de la identidad en los tratados comunitarios, se

de límites implícitos absolutos, pues todo Estado puede modificar el propio ordenamiento supremo como corroboran las cláusulas de reforma constitucional total. Una Constitución no es inmodificable y no determina el modo a través del cual pueda luego cambiarse o extinguirse. BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 271 y ss.

ha usado por algunos tribunales constitucionales nacionales como un escudo defensivo frente al Derecho de la Unión y el principio de primacía. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre todo, ha sostenido que las decisiones de los órganos de la Unión no pueden producir efectos que pongan en peligro principios –tan amplios– como son la dignidad humana, la vinculación a los derechos fundamentales, el orden constitucional democrático de la República, y la división de la Federación en Estados (que garantizan los artículos 1, 20 y la cláusula de intangibilidad o eternidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) sin lesionar la identidad constitucional de la República como Estado abierto a la Unión. Los derechos fundamentales forman parte de esa identidad inmutable y el Tribunal Constitucional puede revisar, mientras tanto no exista una protección equivalente, que la Unión ofrezca una protección compatible con la alemana, y controlar el *ultra vires* de las decisiones adoptadas por sus órganos para que no alteren la esencia de esos principios. Bien es verdad que todo este bloque normativo debe ser también interpretado con el artículo 12, párrafo 1º, que pide a Alemania que contribuya a la realización de una Europa unida y al desarrollo de la Unión: una cláusula constitucional de apertura a Europa. La identidad constitucional se conecta con la cláusula de eternidad y con los límites a la reforma del contenido esencial de la Ley Fundamental por el Derecho de la Unión.

El azaroso uso de las identidades por muchos otros tribunales constitucionales: una simple commixtio. Veamos algunos ejemplos que María Roca ha recopilado y a la que reenvío⁵⁵. Austria, en la sentencia Sayn-Wittgenstein, puso en conexión la identidad nacional con el concepto –no menos ambiguo– de *orden público* que considera parte de su identidad constitucional, adentrándose en las competencias del Tribunal de Justicia. Algo que sólo podría aceptarse, en línea de principios, si se trata de una violación manifiesta y un asunto de cierta entidad. Pero, en Alemania, se ha relacionado con el orden de los apellidos de los padres adoptivos que no podría alterarse por la adquisición de otra nacionalidad. Hungría ha puesto en conexión su identidad constitucional con la cultura cristiana. Mientras Francia ha subrayado, por el contrario, su laicidad como parte de su identidad republicana. Bulgaria ha introducido en la noción una idea tradicional de familia, que estaría consagrada por la Constitución, e impediría que un niño tenga más de un padre o una madre, con la finalidad de impedir progenitores de un mismo sexo. Para Lituania la ortografía de los apellidos, a la luz de la historia del país dada la larga influencia polaca y luego rusa, sería parte de esa identidad nacional. Letonia se refiere a la retribución de los jueces a tiempo parcial y las indemnizaciones por despido o jubilación. Chequia ha mencionado el complemento de las pensiones eslovacas de ciudadanos checos. En Francia, la idea de servicio público. En Irlan-

55 ROCA, M., *op. cit.*, pp. 72-76.

da, el referéndum. En suma, la recopilación de jurisprudencia que María Roca ha realizado con detalle en nuestra investigación colectiva produce una sensación de vértigo y evidencia los rasgos de una simple *commixtio*: los razonamientos identitarios han generado una suma de cosas demasiado heterogéneas. No hay una clara zona de certeza positiva y seguridad jurídica sobre qué sean las identidades nacionales según las jurisprudencias constitucionales. Podemos detectar incluso unos usos más populistas o retóricos e incluso autoritarios y poco respetuosos con los derechos individuales antes que estructurales o ligados a las estructuras fundamentales del Estado (federalismo, república, unidad del Estado...) ⁵⁶.

Me parece un resultado que era previsible a la vista de la construcción dogmática de la categoría de identidad constitucional que la Unión recibe como identidades nacionales, porque ya he razonado que no es un concepto normativo sino decisionista, salvo cuando existan límites expresos a la reforma constitucional que jueguen como identidades constitucionales frente al Derecho de la Unión; si bien, incluso en esos casos, una salida, si no cabe una interpretación conforme, es la reforma constitucional.

Las identidades, como mecanismo de relación entre ordenamientos jurídicos. En nuestra investigación colectiva, sostenemos que las identidades constitucionales sólo pueden comprenderse como bisagras o principios de relación entre unos ordenamientos jurídicos interconectados ⁵⁷ que no deben mantener conflictos irresolubles. Cada identidad constitucional-nacional de un Estado miembro presupone la identidad europea y lo mismo en sentido contrario. Debe existir una relación de convergencia y no de contraposición ⁵⁸. Es preciso un discurso técnico jurídico conforme al cual la identidad europea tenga en cuenta en sentido ascendente las identidades nacionales, y, a su vez, éstas no se decanten o construyan por contraposición a la europea. Una responsabilidad compartida en la protección de los derechos. No pueden comprenderse como obstáculos o escudos sino de forma muy dinámica. Este contexto invita a una solución dialogada de los conflictos sobre identidades. De manera que se rechacen los conflictos estructurales o directos, la negación de la otra identidad, y se entienda el diálogo como requisito existencial de supervivencia del sistema. Simples conflictos coyunturales que deben resolverse mediante distintos instrumentos procesales: el derecho al recurso efectivo, la cuestión

56 *Ibid.*

57 GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., «Conclusión: la trama de identidades europeas» en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, *op. cit.*, pp. 369-390.

58 *Idem*, y ROCA, M., *op. cit.* quien usa la expresión “bisagra”.

prejudicial u opinión consultiva, el margen de apreciación nacional, la doctrina de la protección equivalente, y un largo etcétera de mecanismos que sería imposible resumir aquí. Se trata de que los tribunales con mentalidad dialogística redacten sentencias con interpretaciones equivalentes, compatibles o mutuamente conformes en un esfuerzo de acomodación de los ordenamientos implicados. En definitiva, un concepto procedimental de las identidades como una recíproca invitación al diálogo y a practicar la deferencia y la empatía entre ordenamientos conectados mediante exégesis e interpretaciones amistosas.

*El TJUE como guardián último de las identidades nacionales: el control identitario europeo*⁵⁹. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado buena parte de estas tesis en la Sentencia RS (C-430/21, de 22 de febrero de 2022) en cuyas conclusiones se afirma: que el Tribunal de Justicia es el guardián último de las identidades nacionales, y debe verificar, por mandato del artículo 4.2 TUE, que el Derecho de la Unión las respeta suficientemente; la cláusula de identidad nacional no autoriza a un tribunal o autoridad nacional, incluso de rango constitucional, a inaplicar el Derecho de la Unión; si se considera que una norma de Derecho de la Unión contradice la identidad constitucional se debe plantear una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia se pronuncie y resuelva el aparente conflicto normativo. Con anterioridad, el TJUE ya había precisado que la primacía del Derecho de la Unión se impone también a las Constituciones nacionales (Sentencia de 11 enero de 2000, Asunto C-285/98 Tanja Kreil contra RFA)⁶⁰.

En suma, nos movemos dentro de la comprensión de las identidades como una invitación a un diálogo procedimental, pero que no puede alterar la cooperación leal entre las instituciones de la Unión y las de los Estados ni la edificación de una Unión más estrecha.

4. El margen de apreciación nacional

El margen de apreciación nacional como un corolario de la subsidiariedad. Dentro del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la doctrina del margen de apreciación nacional cumple una función semejante, una restricción o deferencia

59 GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., «Conclusión: la trama de identidades europeas», *op. cit.*, p. 388.

60 UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, J. I. y BUSTOS GISBERT, R.: «El control supraestatal de las normas constitucionales: los confines europeos de la identidad constitucional» en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, *op. cit.*, pp. 91-140.

en el control jurisdiccional europeo, a la soberanía nacional en otros contextos, o a las identidades constitucionales nacionales en el Derecho de la Unión. De hecho, se entiende como una manifestación de un principio de subsidiariedad, típicamente internacional. El nuevo Protocolo 15 introduce una referencia a la subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el Preámbulo del Convenio. Pero ya he razonado que no puede ser entendido como una “*blanket immunity*”, en palabras del Presidente Nicolás Bratza, una cláusula general de inmunidad de los Estados demandados, porque eso impediría la misma subsistencia de una jurisdicción supranacional que se legitima frente a los justiciables por la tutela de los derechos y no sólo por el consentimiento de los Estados parte.

¿Cuándo aplicar el margen? Los usos retóricos y estructurales: el método comparado. Tampoco se identifica con carácter general en el Preámbulo del Convenio o en dicho Protocolo en qué circunstancias, derechos o situaciones debe aplicarse la doctrina del margen de apreciación nacional y limitar la intensidad del juicio de proporcionalidad del TEDH. Es una decisión pretoriana, caso a caso, que depende sobre todo de la naturaleza del derecho y del contexto, pero también del tipo de interferencia o lesión⁶¹. En ciertos casos, El TEDH decide que es mejor no practicar un enjuiciamiento muy intenso y da por buena la solución estatal, teniendo en cuenta esos ingredientes, para evitar problemas mayores ante la sensibilidad de la comunidad nacional hacia un problema en la que no parece conveniente una solución europea uniforme. Pero, a veces, la cita del margen es retórica y no va acompañada de un razonamiento específico, simplemente se menciona como justificación teórica de una decisión deferente o de autocontención del Tribunal Europeo, o incluso, de forma paradójica, se menciona el margen, para luego hacer justamente lo contrario en el razonamiento de la sentencia y revisar la interferencia con alguna intensidad; un uso claramente retórico. Sin embargo, en otros casos, sí existe un verdadero uso estructural del margen y se efectúa un método comparado y el Tribunal analiza cuál es la situación de la institución o de la regulación del derecho fundamental en buena parte de los Estados parte, indagando la existencia de un consenso o *common background* europeo del cuál se aísle el Estado demandado, lo que facilita mucho la decisión. Claro está que cuando no aflora una solución mayoritaria, –como suele ocurrir con frecuencia– un mínimo denominador común, el Tribunal puede optar por armonizar una solución para todos los europeos, o por mantener una prudente autocontención y apostar por la diferenciación o el pluralismo. Estamos ante la justicia de un pretor o de un diplomático experto en política internacional y solución pacífica y arbitral de conflictos.

61 GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, 2010, Madrid,

La necesidad de un procedimiento razonable de decisión. En los últimos años, el TEDH en algunas sentencias —y un sector de la doctrina científica— han apostado por la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Sobre esta tesis he manifestado algunas dudas, aunque no puede dejar de considerarse un avance garantista, si no se convierte en un monocultivo que desplace otros enjuiciamientos de fondo más profundos⁶². Al igual que el control de constitucionalidad de las leyes el control de convencionalidad no puede limitarse sólo a los vicios formales o de procedimiento. Las interferencias, limitaciones o restricciones de los derechos deben hacerse con calidad de ley, es decir, siguiendo un procedimiento deliberativo y participativo, con discusión, garantías y respeto a las minorías. Esta actitud excluye las precipitaciones parlamentarias o gubernamentales, las pasiones poderosas o intereses inconfesables de las mayorías, o cuando menos las dificulta, y otorga una apariencia de razonabilidad o proporcionalidad a la decisión nacional que se revisa y puede respetarse. Seguir un procedimiento razonable de decisión no debe impedir un sucesivo control jurisdiccional europeo, pero puede amortiguar la intensidad de esta revisión externa en cuestiones muy difíciles de ponderar desde fuera y contextos complejos. En todo caso, la presencia de un control supranacional demanda una razonable calidad del procedimiento interno de decisión, y esto ya es una sensible mejora de las herramientas del Estado constitucional contemporáneo para la tutela de los derechos.

III. CONCLUSIONES

La idea de globalización es ambigua y problemática. Pero la “globalización de los derechos fundamentales” es más precisa y ofrece muchas más ventajas, desde una perspectiva garantista, que inconvenientes. La actual sociedad global es una sociedad en red y este carácter tiene consecuencias también en los derechos que tienden a protegerse mediante un trabajo jurisdiccional en una red muy amplia. La protección tricontinental que dispensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana, y la emergente Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos está creando mediante su colaboración un Derecho Común que irradia más allá de sus fronteras y fuera de su espacio jurisdiccional, y a la vez recibe la influencia de otras Cortes señeras de distintos lugares.

Entre los rasgos de la creciente globalización de los derechos están los siguientes. La internacionalización permite identificar las prácticas que son sólo prejuicios locales, más que verdaderos particularismos, soluciones que se descuelgan de

62 Volví al tema del margen una década después para abordar este asunto en GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2019, *op. cit.*, epígrafe «El margen de apreciación nacional y la tesis del procedimiento razonable», pp. 104-136, existe una versión de esta parte publicada como artículo en inglés y otra en francés.

la red del constitucionalismo global y la protección internacional y de las que es razonable sospechar. Una modernización de las declaraciones de derechos y tratados y de las jurisprudencias que interactúan entre ellos en una fertilización recíproca. La armonización de los derechos mediante la incorporación por las autoridades nacionales de los estándares convencionales y el diálogo judicial en red sobre los respectivos precedentes, argumentos y estándares. Es particularmente remarcable la influencia recíproca de las jurisprudencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. La globalización crea una interdependencia que incrementa la efectividad de los derechos y su tutela, así como la tendencia a su regulación y garantía mediante la doctrina de las obligaciones positivas y de aseguramiento. La interpretación convencional es una tarea común al igual que lo es la interpretación convencional. No obstante, junto a la globalización y el universalismo existe un relativismo cultural en ciertas culturas, y supuestos de fragmentación –disrupción– del Derecho Internacional de los derechos humanos.

La acertada tendencia del TEDH al razonamiento mediante tests generales de enjuiciamiento y estándares convencionales, que se aplican en cada caso sobre un mismo derecho y problemas, favorece su aplicación global por otras jurisdicciones en supuestos de hecho análogos. Añade una fuerza expansiva, abstracción y generalidad, a la motivación judicial.

Existen asimismo paradigmas y espacios globales como claramente ocurre con los derechos digitales. Internet es un espacio público difuso que se resiste a regulaciones locales. La sociedad digital tiene como reto la garantía global de los derechos digitales.

En el sentido contrario de la marcha, en una tendencia centrífuga, frente a la globalización de los derechos se encuentran, en una tensión dialéctica, una serie de ideas que cumplen una función semejante, apostar por el pluralismo cultural, el particularismo y la diversificación: la soberanía nacional, la subsidiariedad, las identidades constitucionales, el margen de apreciación nacional y la doctrina del procedimiento razonable de decisión. Es menester encontrar un equilibrio: unidos en la diversidad. Pese a lo que puede pensarse a primera vista, bastantes de estas ideas son aún más ambiguas e imprecisas que la globalización de los derechos.

La soberanía nacional no ha muerto, pero se encuentra en proceso de transición o transformación, entre otras razones, como consecuencia de los procesos de integración económica y política, de transferencia de soberanía, y de atribución de competencias jurisdiccionales a la protección supranacional de los derechos. La soberanía no impide la tutela externa de los derechos. Vivimos en “Estados constitucionales convencionalmente limitados”. El Estado nacional ya

no es un ente de competencia universal e ilimitada ni hacia arriba ni hacia abajo. La soberanía implica hoy un constante diálogo y negociación sobre el lugar de cada ente. Los derechos fundamentales de las personas y de los grupos crean una frontera y un sistema de frenos y contrapesos a la acción de los poderes públicos, y esta frontera puede ser revisada en la protección internacional. La soberanía nacional o la primacía de la constitución no entrañan ya una cláusula general de indemnidad.

El principio de subsidiariedad, ahora incorporado al preámbulo del Convenio Europeo junto al margen de apreciación nacional por el Protocolo 15, tampoco es una patente de corso para que las autoridades nacionales puedan transgredir los derechos de sus súbditos, y limitar el alcance de las jurisdicciones europea e interamericana. En vez de concebirse como un escudo, debe comprenderse como una asunción por los Estados miembros de su responsabilidad primaria en la garantía de los derechos. Donde se detecten brechas convencionales, reiteradas violaciones sistemáticas o estructurales de los derechos, deben adoptar con prontitud medidas de reparación y no repetición, recursos efectivos y regulaciones adaptadas a las jurisprudencias convencionales para impedir que las violaciones lleguen a los Tribunales internacionales.

La identidad constitucional –sinónimo de identidad nacional– es un concepto peligroso y decisionista, según corrobora la historia del dogma y su génesis en la República de Weimar. Es una idea muy ligada al concepto positivo de Constitución en Carl Schmitt sobre las decisiones políticas básicas de una comunidad, que no es compatible con el actual concepto racional normativo de constitución, pues todas las normas constitucionales tienen igual jerarquía. ¿Quién identifica la identidad constitucional o nacional? Si no existe una disposición escrita y expresa de limitación a la reforma constitucional, una cláusula de intangibilidad o eternidad, es difícil admitir límites tácitos e inmanentes, so pretexto de mantener la continuidad constitucional de un ordenamiento. El modelo del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, con génesis en el fallido proyecto de tratado constitucional para Europa (que hablaba también de cooperación leal y mantenimiento de los objetivos de la Unión), no es un buen modelo sino excesivamente abierto y, en consecuencia, peligroso. Numerosos tribunales constitucionales de la Unión han usado las supuestas identidades constitucionales-nacionales para colgar los asuntos más variopintos y muy discutiblemente esenciales, en simple *commixtio*, practicar el control del *ultra vires* y oponerse a la primacía del Derecho de la Unión. Puro decisionismo voluntarista. Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido su papel de guardián del sistema, reconociendo que puede revisar las identidades nacionales, por mandato del citado art. 4.2, y que estas identidades no justifican inaplicar el Derecho de la Unión sin plantear

una cuestión prejudicial. Las identidades nacionales y europeas deben presuponerse la una a la otra, y converger en vez de contraponerse; son una invitación al diálogo a través de diversos procedimientos.

Finalmente, el margen de apreciación nacional, de uso habitual en Europa y creciente en Iberoamérica, donde hay un debate al respecto sobre su incorporación, es una manifestación del principio de subsidiariedad y del pluralismo cultural. Una herramienta típica de una protección internacional que lleva a que el TEDH detenga su enjuiciamiento pleno conforme al principio de proporcionalidad y practique una deferencia o autocontención, respetando la decisión nacional. Su uso es extremadamente casuístico –la justicia del pretor– y depende de la naturaleza del derecho y del contexto, cuando el asunto es especialmente sensible para la cultura o la historia de una comunidad política, y no existe un consenso europeo sobre el alcance del derecho. Aboca al empleo de un método comparado y a un uso estructural. En los últimos tiempos, el Tribunal de Estrasburgo se pregunta si ha habido en el Estado demandado un procedimiento razonable de decisión. Los vicios de procedimiento no agotan todo el alcance del control de convencional (como tampoco lo hacen con el control de constitucionalidad), pero asegurarse de que las interferencias nacionales en los derechos se tomen siguiendo un procedimiento de calidad, con deliberación, participación, y respeto a las minorías y, sobre todo, a los trámites y formas predeterminados es un avance garantista en un Estado de Derecho, y no un obstáculo a la globalización.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SANZ, L., «Deconstructing Hirs: the returns of hot returns», en: *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, pp. 335-352.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- BARICCO, A., *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002.
- BARRIO, M., «Génesis y desarrollo de los derechos digitales», en: *Revista de las Cortes Generales*, n° 110, 2021, pp. 197-233.
- *Manual de Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BISCARETTI, P., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973,

- BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid.
- BREMS, E., *Human Rights: Universalism and Diversity*, Boston-London, La Haya, 2001.
- BURGORGUE-LARSEN, L., *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Editions A. Pedone, Paris, 2020.
- CALASSO, F., *Introduzione al Diritto Comune*, Giuffrè, Milán, 1970.
- CASTELLS, M. (ed.), *La sociedad red una visión global*, Alianza editorial, Barcelona, 2006.
- DE VEGA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en: *Revista de Estudios Políticos*, n° 100, 1998.
- DUGUIT, L., *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)*, Granada, Comares, 2013.
- ESSEN, S., «The right of derogation from the ECHR and the Case of Turkey», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 241-275.
- FERRAJOLI, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018.
- FIGES, O., *El baile de Natasha. Una historia cultural rusa*, EDHASA, Barcelona, 2006.
- GARCÍA ROCA, J. «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos», en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 5, 2006, México, pp. 139-182, y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 6, 2005, pp. 37-82.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, 2010, Madrid.
- «El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana», en: Pablo SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (coords.): *La América de los derechos*, CEPC, Madrid, 2016.

- *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como tribunal electoral y el estatuto de la oposición política», en: SÁNCHEZ NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ, R. (editores), *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 429-444.
- «La subsidiariedad y el margen de apreciación nacionales como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., «Conclusión: la trama de identidades europeas» en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 369-390.
- GARLICKI, L., «Universalism versus regionalism? The role of the supranational judicial dialog», en: GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. y CANOSA, R. (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 27-64.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Next Generation: ¿hacia una Europa social», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración, op. cit.*, pp. 339-367.
- GROPPI, T., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Turín, 2020.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., «El valor constitucional de identidad», en: *XXI Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*, BOE-CEPC, Madrid, 2020.
- KEATING, M., «Reivindicación de la soberanía: estados naciones y autodeterminación en el contexto europeo», en: <https://revistaidées.cat/es/reivindicacion-de-la-soberania-estados-naciones-y-autodeterminacion-en-el-contexto-europeo/>
- KELLER, H. y MARTI, C., «Reconceptualizing implementation: the judicialization of the execution of the European Court of Human Rights' judg-

ments», en: *European Journal of International Law*, Volume 26, Issue 4, November 2015, pp. 829–850.

- KÖHLER, H., «Hacia una mejor globalización», en: www.imf.org/external/np/speeches
- KONDOROSI, F., «Los derechos del hombre en un mundo globalizado», en: *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n° 38/39, 2002, pp. 85-96
- LETSAS, G., «Two concepts of the margin of appreciation», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 4, 2006, pp 705-732.
- LUCAS VERDÚ, P., «El poder político soberano», en: *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1974, vol. II, Capítulo IV.
- MEDINA, M., «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 49, 2022, pp. 141-171.
- MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padua, 1976, tomo II.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI», en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, n° 2, pp. 19-33.
- REY, F., «Cómo nacen los derechos», en: GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coord.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327-352.
- *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- ROCA, M., «La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales», en: GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 63-90.
- SALAS CRUZ, A., «Enmienda democrática de la Convención Americana sobre derechos humanos. Una propuesta de participación ciudadana», en: *Revista de Derecho Político*, n° 114, 2022, pp. 387-424.

- UGARTEMENDÍA ECEIBARRENA, J. I. y BUSTOS GISBERT, R.: “El control supraestatal de las normas constitucionales: los confines europeos de la identidad constitucional” en GARCÍA ROCA, J. y BUSTOS GISBERT, R., *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 91-140.
- VERGOTTINI, G., «Comparación y tradición constitucional: discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid», en: *Revista de las Cortes Generales*, nº 97, 2016, pp. 7-31.
- WALDRON, J., *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005.
- WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- ZAGREBELSKY, G., «L’interpretazione costituzionale come compito», en: *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. La garantía jurisdiccional de la Constitución*, FERRER MACGREGOR, E. (editor), pendiente de edición.
 - *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.
 - «La identidad europea», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, nº 12, 2009, pp. 17-22.

