

EL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN ACTOR REGIONAL AL SERVICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES*

MARKUS KOTZUR**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: UNIVERSALIDAD, RELATIVIDAD CULTURAL Y PARTICULARIDAD CULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—2. LA PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: A) Una cuestión previa estructural: Consejo de Europa y Convenio Europeo de Derechos Humanos; B) Marco de universalidad y contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos.—3. FACTORES Y ARGUMENTOS DE UNIVERSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: A) Referencias explícitas e implícitas al Derecho internacional universal; B) Pluralismo jurídico versus universalismo de los derechos humanos; C) Universalidad y precomprensión en la labor de creación jurídica judicial: D) La validez extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos; E) Universalidad, condición y límite a través del *margin of appreciation* en los Estados miembros.—4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO ACTOR REGIONAL PARA LA UNIVERSALIZACIÓN DEL ESTÁNDAR JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL SER HUMANO.—5. OBSERVACIÓN FINAL.

* El original de este trabajo puede encontrarse en Markus KOTZUR, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: ein regionaler Akteur im Dienste universeller Menschenrechte», en Bernd von Hoffmann (coord.), *Universalität der Menschenrechte*, Peter Lang-Kulturelle Pluralität, Frankfurt am Main, 2009, pp. 41-63.

** Catedrático de Derecho público, europeo e internacional de la Universidad de Hamburgo. Ha ejercido el mismo puesto docente en las Universidades de Leipzig, Münster, Wurtzburgo, Dresden y Colonia. Maestría (*Master of Law*) en la *Duke University* de Durham (EE.UU). Director interino del Instituto de Asuntos Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburgo. Director del Seminario *European and European Legal Studies* del *Europa-Kolleg* de Hamburgo. Es profesor invitado asiduamente en distintas Universidades como, por ejemplo, en Granada (España) y Kolkata (India).

RESUMEN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un instituto regional a nivel europeo para la protección de los derechos humanos. En este trabajo se examina la base normativa de sus funciones, en concreto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la relevancia de su labor jurisprudencial. Ahora bien, paralelamente, se estudia, sobre todo, una competencia adicional de este órgano supranacional no siempre suficientemente estudiada: sus posibilidades en orden a la difusión a nivel internacional de la necesidad de respeto y protección de los derechos y libertades fundamentales. Esta labor de universalización de los derechos humanos se realiza por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también a través de su jurisprudencia, que se puede comprender como un modelo de garantía de los derechos humanos para otras instancias similares de otros escenarios internacionales.

Palabras clave: Dignidad humana, derechos humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights is a regional institute at european level for the protection of human rights and fundamental freedoms. This essay examines the most important aspects of its regulations, specifically the European Convention on Human Rights, and its competences to analyze the importance of its jurisprudence. However, in a parallel form, it describes one supplement function of the European Court, not always appreciated: His possibility in favour of the generalisation and diffusion of the faith and respect for the human dignity and the human rights. The European Court make this universalization's work of the human rights and fundamental freedoms by means of its jurisprudence, that can be understood as a model for the guarantee of the human rights in other similar instances in another international stages.

Key words: Human dignity, human rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

1. INTRODUCCIÓN: UNIVERSALIDAD, RELATIVIDAD CULTURAL Y PARTICULARIDAD CULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tratado normativo y vinculante más antiguo para la protección de los derechos humanos, a nivel regional, parte de una premisa de la Convención Europea de los Derechos Humanos que ya había expresado la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en los prolegómenos del Preámbulo: «El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» como «fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo»¹. Bajo esta formulación se esconde una pretensión de validez universal

¹ Ch. TOMUSCHAT, «The Universal Declaration of Human Rights and the Place of the Charter in Europe», en S. V. SCHORLEMER (coord.), *Praxishandbuch-UNO*, Springer, 2003, p. 219; el mismo autor, «Menschenrechte als universelle Norm», en *Jahrbuch für internationale*

para la humanidad², que puede ser interpretada de diferente forma: por un lado, desde la perspectiva del ideal platónico de preexistencia o de la teoría de la realidad, que enlaza las perenne situación de necesidad y de riesgo del ser humano al hecho de la realidad histórica particular del hombre y, por otro lado, asimismo, teniendo en cuenta el marco social, económico y político³ en el que se inserta el hombre. Para muchos la universalidad de este aserto se ve como un *specificum Europeaum*, que encuentra su base en el Derecho natural cristiano⁴, que, después, pasaría al espíritu de la Ilustración como postulado de racionalidad (*Rationalitätspostulat*)⁵. Igualmente, la idea de universalidad influiría en el espíritu de la Revolución francesa y se empezaría a entender desde un prisma político. Por otra parte, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formula también, de forma mesiánica, el universalismo constitucional⁶, y, con ello, principia un mal comprendido universalismo cultural que se interpretaría, más tarde, en los estertores del colonialismo, como deber de imposición de la

Politik 24, 1999, p. 24; Ch. GUSY, «Das Grundgesetz im völkerrechtlichen Wirkungszusammenhang», en U. BATTIS / D. Th. TSATSOS, *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang*, 1990, pp. 207 y ss.

² Una explicación más explícita se puede encontrar en P. HÄBERLE, «Das «Weltbild» des Verfassungsstaates – eine Textstufe zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und «letztem» Geltungsgrund des Völkerrechts», en *Festschrift M. Kriele*, 1997, p. 1277; el mismo autor en «Nationale Verfassungsrecht, regionale «Staatenverbände» und das Völkerrecht als universales Menschenheitsrecht: Konvergenzen und Divergenzen», en *Festschrift M. Zuleeg*, 2005, pp. 80 y ss. Véase, también, R. C. MEIER-WALSER / A. RAUSCH (coord.), *Die Universalität der Menschenrechte. Argumenten und Materialien zur Zeitgeschichte*, n.º 44, 2005. Asimismo, por otro lado, puede consultarse el manual publicado por el «Deutsches Institut für Menschenrechte», *Jahrbuch Menschenrechte*, edición de 2006 y 2005.

³ Ch. TOMUSCHAT, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, 2003; H. BIELEFELD, «Ein «von allen Völkern und Nationen» zu erreichendes gemeinsames ideal. Der Streit um die Universalität der Menschenrechte», en el libro editado por Amnistía Internacional *Menschenrechte im Umbruch*, 1998. Sobre la referencia a los riesgos y necesidades existenciales, véase, G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, 2002. Sobre la separación del ideal universal y las condiciones de realidad universal con relación a la situación específica de los riesgos del hombre y los derechos humanos, véase, por ejemplo, M. KOTZUR, «Universality, a Principle of European and Global Constitutionalism», en *Historia Constitucional*, n.º 6, 2005, pp. 201, disponible en red en <http://hc.rediris.es/06/index.html>.

⁴ H. MAIER, *Wie universal sind die Menschenrechte?*, 2007, pp. 53 y ss.

⁵ Si se habla de Ilustración europea, esto presupone algo más que una mera tendencia del pensamiento de la época, sino que es la base de la realidad política en Europa. De hecho, la Ilustración en Europa presenta matices de desarrollo diferenciados, por ejemplo, en Inglaterra, Francia o Alemania, de ahí que, quizás, sería más apropiado utilizar el plural «ilustraciones». Así, C.D. OSTEHÖVENER, en el colectivo W. JUN / M. HONECKER / M. MORLOK / J. WIELAND (coord.), *Evangelisches Staatslexikon*, nueva edición 2006, pp. 136 y ss.

⁶ «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

civilización. El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando reconoce expresamente el concepto de pueblos civilizados (*civilized nations*), ofrece, todavía hoy, testimonio textual sobre ello⁷. En este sentido, ha destacado, por ejemplo, Henkin: «Every effort has been made to almost existentially enclose the non-Western world into a European schema, and then to blame unwilling elements for being backward, ignorant or without vision»⁸.

¿Se puede, por tanto, hablar de relatividad cultural de los derechos humanos⁹ teniendo en cuenta ese matiz mesiánico? Cabe decir que, a pesar de la fragmentación de las formas de comprensión de la idea de universalidad y de la visión jurídica de los derechos humanos¹⁰, frecuentemente se tiende solamente a traer a colación ciertas explicaciones no siempre del todo convincentes de su régimen, que dejan algunos flecos a la hora de hacer un balance sobre la universalidad de la comprensión de los derechos humanos. Asimismo, se puede indicar, sin embargo, que, ciertamente, el origen histórico de los derechos humanos, en gran medida, está unido al pensamiento occidental, sobre todo con las revoluciones de las postrimerías del siglo XVIII en América y Francia. Incluso cabe apelar al hecho de que no hay un enlace único de éstos con la las propias tradiciones de occidente¹¹. Ahora bien, hay, por otra parte, que reconocer, a la vez, que la idea de universalidad de los derechos humanos parte más bien de la propia experiencia de injusticia, de los riesgos y los peligros a los que se ha enfrentado tradicionalmente el ciudadano —bien desde su posición como individuo o como sujeto del colectivo—, el cual está unido al conjunto de la humanidad sin consideración a las particularidades de tipo cultural, económico y político. Esta forma de comprensión se puede entrever, precisamente, en la exégesis del Tribunal Constitucional alemán y en su visión de la «siempre latente situación potencial de lesión insita al dere-

⁷ A. PELLET, «Art. 38», en A. ZIMMERMANN / Ch. TOMUSCHAT / K. OELLERS-FRAHM (coord.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2006, nota al margen 245.

⁸ L. HENKIN, *International Law: Politics and values*, 1995, p. 109.

⁹ Sobre la discusión, véase E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, 2001; el mismo autor, «Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse», en *Human Rights Quarterly*, 19, 1997, p. 136; B. DE SOUSA SANTOS, «Toward a Multicultural Conception of Human Rights», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 18, 1997, p. 1; A. AN-NACIM, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, 1992; J. DONNELLY, «Cultural Relativism and Universal Human Rights», en *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, 1984, p. 400.

¹⁰ U. BAXI, «Voices of Suffering, Fragmented Universality and the Future of Human Rights», en B. H. WESTON / St. P. MARKS (coord.), *The Future of International Human Rights*, 1999, pp. 101-156.

¹¹ Compárese, Th. M. FRANCK, «Are Human Rights Universal?», en *Foreign Affairs*, 80, 2001, pp. 191 y ss.

cho fundamental»¹², la «perenne situación de peligro típica de los derechos humanos» universales o la «constante situación de riesgo específica de los derechos humanos»¹³. Las experiencias comunes de injusticia que ha sufrido la humanidad en algunas ocasiones a nivel universal, de la misma manera que la universalidad de la dignidad humana, presuponen un condicionante «preestatal», y, precisamente por ello, al mismo tiempo, «supraestatal». Esta concepción relativiza el hecho estatal y eleva las posibilidades respecto a los actores de Derecho internacional-regional. Éstos se convierten en «mediadores básicos de la universalidad», que ayudan a la realización del ideal de los derechos humanos universales sobre la base de la particularidad cultural. Universalidad no se comprende así como un pensamiento idealizado, aún cuando *per definitionem* toda codificación se presenta predeterminada y, con ello, con cariz o influjo bien del Derecho natural universal o de la ley de la razón universal. De esta forma, se ha producido un proceso de recepción común, también en su sentido de implementación cultural¹⁴, sobre la idea de unos derechos humanos preculturales¹⁵ que, desde una perspectiva específico-cultural, han sido aceptados por la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional, por lo que pueden ser adoptados precisamente sobre la base de su universalidad, su dualismo y particularidad cultural. La universalidad implica cooperación voluntaria, responsabilidad común, ejercicio de funciones comunes, comunicación y diálogo. En suma, la universalidad no es en sí estática, sino un proceso continuado y un devenir progresivo.

En este «devenir» ha coparticipado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como actor regional decisivo. Bajo el carácter universal de los derechos humanos hay, además, una «particularidad en niveles». Es decir, los pactos de derechos humanos universales de rango internacional y, sobre todo, el *ius cogens* internacional necesita, en materia de derechos humanos, de «capacidad de implementación efectiva» en el marco regional y en el Estado constitucional estatal. Desde esta perspectiva, se debe, en primer lugar, analizar la pretensión de universalidad en texto y contexto del Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950.

¹² BVerfGE 45, 63 (79).

¹³ Véase la nota a pie de página n.º 3.

¹⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª edición, 1998, pp. 715 y ss.

2. LA PRETENSIÓN DE UNIVERSALIDAD DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Una cuestión previa estructural: Consejo de Europa y Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el año 1950 el Consejo de Europa aprueba el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se convierte en el modelo clásico de tratado internacional de protección de los derechos humanos¹⁶. Por mor del reconocimiento jurídico de garantía del Convenio, el individuo gana subjetividad jurídica internacional. Tal es así que la dignidad y libertad de éste se convierten no sólo en el presupuesto de legitimidad del Derecho internacional y del mismo ordenamiento jurídico europeo, sino que más bien –sobre la base de este remozamiento de los derechos humanos¹⁷– se comprenden, además, como los límites inequívocos de la soberanía estatal y que redefina todo el marco del *domaine réservé* estatal¹⁸. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos no presupone una validación en sentido amplio de lo que, recientemente, se ha venido en denominar en la práctica como intervención humanitaria¹⁹. Desde una perspectiva instrumental, a saber, des-

¹⁵ G. DIETZE, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, 1972, p. 10, quien llega a calificar este hecho, incluso, como un «misterio».

¹⁶ Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3.ª edic., 2008; A. PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003; J. G. MERRILLS / A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe: A study of the European Convention on Human Rights*, 4.ª edic.; D. EHLERS (coord.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª edic., 2005. Respecto a la historia de surgimiento del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, puede consultarse, K. J. PARTSCH, *Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 15, 1954, pp. 631 y ss.

¹⁷ Respecto al concepto de dignidad del hombre como fundamento y límite del poder legítimo, véase P. HÄBERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en J. ISENSEE / P. KIRCHHOF(coord.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol. II, 3.ª edic., 2004, § 22; Ch. EENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997; el mismo autor, «Art. 1», en K. H. FRIAUF / W. HÖFLING (coord.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Vol. 1-12, entrega adicional de 2005, donde cabe encontrar una visión global sobre la situación actual en la literatura. Por otro lado, en relación con el marco europeo, K. AOYAGI, *Die Achtung des Individuums und die Würde des Menschen*, 1996.

¹⁸ Ch. TOMUSCHAT, «Menschenrechtsschutz und innere Angelegenheiten», en L. CALFISCH / Th. STEIN / Ch. TOMUSCHAT (coord.), *Eingriff in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes*, (Rechtsstaat in der Bewahrung, 36), 2002, pp. 5 y ss. También sería conocida la denominada fórmula «erga omnes» de la Corte Internacional de Justicia en el caso «Barcelona Traction» (ICJ-Reports, pp. 3 y ss). Compárese, asimismo, T. STEIN / Ch. v. BUTTLAR, *Völkerrecht*, 11.ª edic., 2005, nota 637.

¹⁹ Como prueba, dentro de una abultada literatura, véase, por ejemplo, S. v. SCHORLEMER, «Menschenrechte und «humanitäre Intervention», en *Internationale Politik* 55/2, 2000.

de una comprensión de la soberanía derivada del ser humano y orientada al ser humano, el Convenio fija sólo un estándar básico de derechos humanos en todos los Estados miembros²⁰.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, el Convenio ha superado incluso su carácter de tratado internacional y ha alcanzado también trascendencia constitucional en la integración de Europa. Esto se muestra, en particular, desde el Protocolo n.º 11 (1998), que ha dejado paso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la manera de típico tribunal constitucional al cual puede dirigirse de forma directa el individuo²¹. La, en un principio, «concepción minimalista de la Convención»²², según la cual la protección de los derechos humanos a nivel europeo sólo presupone un ordenamiento receptor elemental con ciertas influencias en lo que a garantías de protección de derechos fundamentales de rango nacional y de las tradiciones conexas a los mismos se refiere, se había así convertido en el devenir del proceso paulatino de integración europea, poco a poco, en un modelo constitucional riguroso con pretensión clara de universalidad²³. De

²⁰ J. P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», en *Symposion L. Wildhaber*, 1997, p. 45; M. KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 322; el mismo autor en «Souveränitätsperspektiven – verfassungstaatslich, europäisch, völkerrechtlich betrachtet», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 52, 2004, pp. 197 yy. Para un análisis en general, véase, U. HALTERN, *Was bedeutet Souveränität?*, 2006.

²¹ I. SIEES-SCHERZ, «Das neue Rechtsschutzsystem nach dem Protokoll Nr. 11 zur Europäische Menschenrechtskonvention über die Ungestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus», en GRABENWARTER / THIENEL (coord.), *Kontinuität und Wandel der Europäische Menschenrechtskonvention*, 1998, pp. 1; J. MEYER-LADEWIG / H. PETZOLD, «Der neue ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, p. 1165; L. WILDHABER, «Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2002, pp. 569 y ss.

²² Ch. GUSY, «Wirkungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der europäischen Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten», en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1988, pp. 1 y ss. Véase, también, Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3.ª edic., 2008, § 3, nota 14.

²³ F. HOFFMEISTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», en *Der Staat*, 40, 2001, pp. 349 y ss, 353 y ss. Téngase en cuenta, también, STEDH, de 23 de marzo de 1995, caso Loizidou (Preliminary Objections), Serie A 310, p. 75, donde se muestra el Convenio Europeo de Derechos Humanos como «constitutional instrument of European public order». Véase, asimismo, J. A. FROWEIN, «Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung», en *Juristische Schulung*, 1986, p. 845; P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1991, pp. 261-265 y ss. Respecto a la idea de «ordre public européen», con más detalle, I. PERNICE, «Deutschland in der Europäischen Union», en J. ISENSEE / P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts...*, cit., Vol. III, 1995, § 191, nota 25; Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3.ª edic., 2008, § 2, notas 1 y ss.

hecho, incluso el debate constitucional europeo²⁴ ha tenido en cuenta esta cuestión de forma notoria, pues el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 se comprende como parte constitucional en lo que se refiere al área de los derechos fundamentales y los derechos humanos, y, de conformidad con esto, también, como base del «proceso de constitucionalización»²⁵, y ello a pesar del, hasta ahora, efecto diferenciado de primacía del mismo en cada uno de los Estados miembros²⁶. En este contexto, se comprende bien con rango constitucional, bien con rango suprallegal, o, incluso —como entiende la doctrina mayoritaria en la República Federal de Alemania—, sólo con rango de norma ordinaria²⁷. Empero, a pesar de esto último, tanto desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, se reconoce, en el desarrollo de ciertas estructuras dogmáticas, la cualidad constitucional del Convenio, así como su virtualidad o pretensión de universalidad y su potencial de universalización, sobre todo en cuestiones de primacía en interpretación de los derechos fundamentales, pero también en el tema de ejecución de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸.

²⁴ I. PERNICE / P. M. HUBER / G. LÜBBE-WOLFF / Ch. GRABENWARTER, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», *Veöffentlichungen der Vereinigung der Deutschen staatsrechtslehrer*, 60, 2001, pp. 148 y ss., 194, 246 y 290; A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001; Th. OPPERMAN, «Eine Verfassung für die Europäische Union», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, p. 1234; P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5ª edic. 2008.

²⁵ Ch. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, 1999, pp. 961 y ss.

²⁶ Ch. GUSY, «Die Rezeption der Europäische Menschenrechtskonvention in Deutschland», en C. GREWE y Ch. GUSY (coord.), *Menschenrechte in der Bewahrung*, 2005, p. 129; K. CHRYSOGONOS, «Zur Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in den nationalen Rechtsordenungen der Mitgliedstaaten», en *Europarecht*, 2001, pp. 49 y ss. Respecto a Francia, véase, C. GREWE, «Die Grundrechte und ihre richterliche Kontrolle in Frankreich», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2002, pp. 209 y ss.

²⁷ G. RESS, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Vertragsstaaten und die Vertragsstaaten: Die Wirkungen der Urteile des den Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten», en I. MAIER (coord.), *Europäischer Menschenrechtsschutz – Schranken und Wirkungen*, 1982, pp. 227 y 256; el mismo autor en «Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorgane im innerstaatlichen Recht», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1996, p. 350.

²⁸ En este sentido, el caso «Görgülü» (BVerfGE 111, 307), ofrece abundantes apreciaciones de interés. Al respecto, en la doctrina, véase, por ejemplo, G. BRITZ, «Bedeutung der Europäische Menschenrechtskonvention für nationale Verwaltungsgerichte und Behörden», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 173; E. KLEIN, «Urteilsanmerkung», en *Juristenzeitung*, 2004, p. 1176; E. BENDA, «Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», en *Antwaltsblatt*, 10.2005, p. 602; H. J. CREMER, «Zur Bindungswirkung von den Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte-Urteilen», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, p. 683; Abr. FROWEIN, «Die traurigen Miss-

B) Marco de universalidad y contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos

La mirada retrospectiva a la cuestión previa de la comprensión genérica del Convenio prueba de alguna forma que, en Europa, la idea «imperio de la ley», significa, de forma probablemente más desarrollada que en otras regiones del mundo o en otras culturas jurídicas, «imperio de los derechos fundamentales»²⁹. Los derechos fundamentales se convierten así en precondiciones de legitimación básicas del poder soberano³⁰. En el sistema europeo de ordenamientos de derechos fundamentales integrados³¹, se encuentra, en última instancia, desde sus inicios, una idea elemental de universalidad, como prueba, por un lado, el hecho de su conexión con los propios catálogos de derechos de las Constituciones nacionales —en los que, además, se incardina la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³² y el propio Convenio de Roma de 1950—, y, por otro lado, el

verständnis. Bundesverfassungsgericht und Europäische Gerichtshof für Menschenrechte», en *Liber Amicorum J. Delbrück*, 2005, p. 279; K. GRUPP / U. STELKENS, «Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2005, p. 133; J. MEYER-LADEWIG / H. PETZOLD, «Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des den Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 35; S. MÜCKL, «Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», en *Der Staat* 44, 2005, pp. 403 y ss. Más recientemente, véase, también, por ejemplo, E. HOFFMANN, «Grundrechtskombinationen in der Fallbearbeitung – Kollisionen, Konkurrenzen, Verstärkungswirkungen», en *Jura* 2008.

²⁹ J. LIMBACH, «Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BverfG, Europäische Gerichtshof und den Europäische Gerichtshofs für Menschenrechte», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2000, p. 417. Véase, también, D. KUGELMANN, *Grundrechte in Europa*, 1997.

³⁰ J. HABERMAS, «Zur Legitimation durch Menschenrechte», en, el mismo autor, *Die postnationale Konstellation – Politische Essays*, 1998, pp. 170 y ss.

³¹ Así, M. HERDEGEN, en *Europarecht*, 10ª edic., 2008, quien, en el esquema de integración jurídica (también política) de Europa habla de un «sistema de ordenes integrados». Respecto a la pluralidad de ordenamientos de derechos fundamentales europeos, véase, E. PACHE, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung», en *Europarecht* 39, 2004, p. 393; A. WEBER, «Einheit und Vielfalt der europäischen Grundrechtsordnungen», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, pp. 227 y ss.

³² De entre la muchas aportaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales, véase, por ejemplo, M. MAHLMANN, «Die Grundrechtscharta der EU», en *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2000, p. 419; T. SCHILLING, «Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2000, p. 3; C. BUSSE, «Das Projekt der Europäischen Grundrechtscharta vor dem Hintergrund der 10 Europäische Menschenrechtskonvention», en *Thüringer Verwaltungsblätter*, 2001, p. 73; Ch. CALLIESS, «Die Charta der Grundrechte der europäischen Union», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, p. 261; Ch. GRABENWARTER, «Die Charta

hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede intervenir realizando una comparativa jurídica valorativa que determina los derechos fundamentales de los Estados miembros como principios jurídicos generales³³. Tal es así que el propio preámbulo del Convenio remite, desde su primer párrafo, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que imbuye implícitamente también, por tanto, de pretensión universal a esta *Magna Charta* de protección genérica de los derechos humanos. En este sentido, se puede hablar de la Declaración de 1948 en términos de modelo del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y, asimismo, se puede hablar de los Pactos de 1966 y de los posteriores instrumentos de protección de derechos humanos a nivel regional como formas adicionales de impulso de este carácter inicial.

En efecto, el Convenio formula, además, en el segundo párrafo del preámbulo, de forma explícita, como fin principal, el aseguramiento del reconocimiento y la realización efectiva y universal de los derechos reconocidos en el texto. Universalidad y efectividad son citados conjuntamente de forma consciente, pues universalidad se comprende como base y precondición de la protección efectiva de los derechos humanos. Es decir, cuando el preámbulo destaca la comprensión y el deber conjunto de garantía de las libertades fundamentales como base de los derechos humanos, presupone su carácter universal, si bien dentro del marco específico, dígase particular, europeo. El citado deber de respeto conjunto es expresión de la forma de comprensión común del hombre de la cultura jurídica

der Grundrechte für die Europäische Union», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, p. 1; Th. SCHMITZ, «Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht», en *Juristenzeitung*, 2001, p. 883; P. J. TETTINGER, «Die Charta der Grundrechte der europäischen Union», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 157; N. PHILIPPI, *Die Charta der Grundrechte der europäischen Union*, 2002; M. SCHRÖDER, «Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung», *Juristenzeitung*, 2002, p. 849; N. BERNSDORFF / M. BOROWSKY, *Die Charta der Grundrechte der EU*, 2002; J. MEYER (coord.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2003; A. WEBER, «Einheit und Vielfalt...», cit., p. 220; A. WENTRUP, *Die Europäische Grundrechte-Charta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, 2003; M. RUFFERT, «Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft: Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung», en *Europarecht*, 39, 2004, p. 165; D. EHLERS (coord.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª edic., 2005.

³³ G. TESAURO, «The Role of the Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights», en *Festschrift G. C. Rodríguez Iglesias*, 2003, p. 103; A. VITORINO, «La Cour de justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte», en ibídem, p. 111; G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», *Europarecht*, 38, 2003, p. 719; R. BIEBER / A. EPINEY / M. HAAG, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 7ª edic., 2006, § 2, nota al margen n.º 9 y ss.

europea. Tal comprensión viene dada, asimismo, en última instancia, por una herencia de tradiciones e ideas políticas comunes.

Empero, los derechos y las libertades individuales que reconoce el Convenio conllevan, igualmente, su propia pretensión de universalidad, sobre todo si tenemos en cuenta que éstos se contextualizan, por una parte, junto con los conceptos de *ius cogens* de Derecho internacional, de Derecho consuetudinario universal, de los tratados internacionales y, por otra parte, junto al denominado *soft law* internacional. El derecho a la vida del artículo 2 del Convenio, por ejemplo, es tan fuerte como la prohibición de la tortura del artículo 3, si bien, desde el 11 de septiembre de 2001, se ha derivado cierta erosión y relativización de tal forma de comprensión de la cultura jurídica global. La relativización de un determinado estándar de protección puede, por su parte, igualmente, tener un efecto «universal». Desde la perspectiva del *ius cogens*, queda determinada también la prohibición de la esclavitud en el artículo 4. Los derechos a la libertad y a la seguridad (artículo 5), a la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento (artículo 9), a la libertad de expresión (artículo 10), son, también, ciertamente, previstos como ideales universales. Ahora bien, sólo la convicción concreta, desde una perspectiva cultural, en tales ideales lleva a su configuración específica. Esto mismo tiene validez todavía más en la implementación del principio de no discriminación (artículo 14) o del derecho a la vida privada (artículo 8). Incluso, aún cuando cabe la posibilidad de derogación de las previsiones del Convenio en casos de estado de excepción, hay un resquicio de respeto a las obligaciones de Derecho internacional (artículo 15.1) y un límite de no traspaso, ni en caso de excepción (artículo 15.2).

La perspectiva de universalidad no sólo se percibe bajo premisas de protección de tipo material, sino también de tipo procedimental. La protección de los derechos humanos por medio de medios procedimentales facilita la inmisión de la idea de «universalización», pues presupone, aparte de la previa vinculación valorativa, más bien, un cariz funcional y práctico, y puede facilitar, asimismo, el nivel de implementación en culturas jurídicas diferenciadas. El *fair trial* —principio reconocido en el artículo 6—, la determinación del principio *nulla poena sine lege* —principio reconocido en el artículo 7—, son expresión de un *rule of law* que todavía hoy es objeto de discusión intensa en el Derecho internacional. Piénsese, por ejemplo, en el caso Yusuf y Cadi del Tribunal de Primera Instancia, que ha dado lugar a rico material en el controvertido debate respecto a la vinculación «jurídico-estatal» del Consejo de Seguridad de la ONU.

3. FACTORES Y ARGUMENTOS DE UNIVERSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Referencias explícitas e implícitas al Derecho internacional universal

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene presente —ora a través de pronunciamientos, ora a través de argumentos— la idea de universalidad. Este Tribunal se sirve de diversos métodos para colegir la pretensión de universalidad del Convenio Europeo y, en su caso, señalar ésta como forma de concretización de su estro de garantía universal. En este contexto, siempre se encuentran referencias expresas a la Declaración Universal de Derechos Humanos, como, por ejemplo, en la muy conocida decisión *Golder v. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975³⁴, o en los casos *Glaserapp (1986)*³⁵, *Sigurdur (1993)*³⁶, *Al-Adsani (2001)*³⁷ y *Pretty*³⁸. También, como muestra, pueden ser aquí citados ciertos casos referidos a la problemática de la pena capital, como la decisión *Soering*³⁹ y *Öczalan*⁴⁰. Particularmente frecuentes son también las alusiones de universalidad en *dissenting opinions* y, en su caso, en *concurring opinions*, en las que la argumentación divergente del juez, de algún modo discordante, ofrece un particular grado adicional de legitimación y fundamentación. Así, hacen mención los jueces Sipelmann y Jebens en su *Joint Dissenting Opinion*⁴¹ a una conexión inseparable entre la noción de dignidad del hombre y la idea de universalidad. Y, en la misma línea, afirma expresivamente el juez Van Dijk en *Sheffield y Horsham v. Reino Unido (Dissent)*⁴²: «Moreover, it is a vital element of the «inherent dignity» which, according to the Preamble to the Universal Declaration of Human Rights, constitutes the foundation of free-

³⁴ Recurso n.º 4451/70: «In the present Case, the most significant pasaje in the Preamble to the European Convention is the signatory Governments declaring that they are «resolved, as the Governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of certain of the Rights stated in the Universal Declaration» of 10 December 1948».

³⁵ Caso *Glaserapp v. República Federal de Alemania*, Recurso n.º 9228/80, STEDH de 28 de agosto de 1986.

³⁶ Caso *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Irlanda*, Recurso n.º 16130/90, STEDH de 30 de junio de 1993.

³⁷ Caso *Al-Adsani v. Reino Unido*, Recurso n.º 35763/97, STEDH de 21 de noviembre de 2001.

³⁸ Caso *Pretty v. Reino Unido*, Recurso n.º 2346/02, STEDH de 29 de abril de 2002 (final 29 de julio de 2007).

³⁹ Caso *Soering v. Reino Unido*, Recurso n.º 14038/88, STEDH de 7 de julio de 1989.

⁴⁰ Caso *Öczalan v. Turquía*, Recurso n.º 46221/99, STEDH de 12 de mayo de 2005.

⁴¹ Caso *Asociación de Artistas de Artes Visuales v. Austria*, Recurso n.º 68354/01, STEDH de 25 de enero de 2007 (final 25 de abril de 2007).

⁴² Recurso n.º 31-32/1997/815-816/1018-1019, STEDH de 30 de julio de 1998.

dom, justice and peace in the world»⁴³. Asimismo, el juez Levits, en una *Concurring Opinión*, señal: «In my view, that is a compelling conclusion, which derives from the inherent universality of human rights and democratic values, by which all democratic institutions are bound»⁴⁴. Finalmente, es muy destacable en este sentido, respecto a la interrelación entre universalidad y particularidad cultural (aquí, concretamente, en relación con la diversidad religiosa), la formulación del juez Tulkens en su *dissent* del caso *Líe-la Sattín v. Turquía*⁴⁵: «I therefore entirely agree with the view that the Court must sep reconcile universality and diversity and that it is not its role to express an opinión on any religious model whatsoever».

B) Pluralismo jurídico versus universalismo de los derechos humanos

Empero, los argumentos referidos a la universalidad se vuelven ciertamente insuficientes cuando, por ejemplo, entran en conflicto aspectos de normación religiosa y de legalidad derivada jurídico-estatal, a saber, cuando se producen controversias deducidas de conceptos legitimados desde el propio Estado de Derecho. Es decir, ¿hasta qué punto es suficientemente versátil y plástica la afirmación estatal secular de universalidad y en qué medida no presupone a su vez límites a la libertad religiosa universal? Las resoluciones que analizan cuestiones como el proselitismo o la captación de fieles⁴⁶, el tema del pañuelo o velo islámico⁴⁷ o el ritual de degüello de un animal según el rito religioso ofrecen muestras ilustrativas que evidencian ciertas dificultades y situaciones de conflicto al respecto. Piénsese también en la reciente exigencia realizada por el Obispo de Canterbury en pro, dentro de ciertos límites, de cierta aplicabilidad en Inglaterra del régimen de la *Sharia* junto al Derecho estatal. Pluralismo jurídico y universalismo de los derechos humanos son pues así, en no pocas ocasiones, conceptos contradictorios, pero que obligan de igual manera al Derecho internacional⁴⁸. Junto a los casos relativos a la libertad religiosa, cabría

⁴³ Compárese, también, J. Abr. FROWEIN, «Human Dignity in International Law», en el mismo autor (coord.), *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas*, 2004, pp. 305-310 y ss, donde hace mención a la «Human Dignity as an Element in Interpreting the European Convention on Human Rights».

⁴⁴ Caso *Streletz, Kessler y Krenz v. República Federal de Alemania*, Recurso n.º 34044/96, 35532/97, 44801/89, STEDH de 22 de marzo de 2001, n.º 11.

⁴⁵ Recurso n.º 44774/98, STEDH de 10 de noviembre de 2005.

⁴⁶ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, Recurso n.º 14307/88, STEDH de 25 de mayo de 1993.

⁴⁷ B. SCHÖBENER, «Die «Lehrerin mit dem Kopftuch» – europäisch gewendet!» en *Jura* 2003, pp. 186 y ss.

⁴⁸ J. VANDERLINDEN, «Le pluralisme juridique: essai de synthèse», en J. GILLISEN (edit.), *Le Pluralisme Juridique*, 1971, p. 19; el mismo autor, «Return to legal pluralism: twenty years

aquí también citar las resoluciones referidas a minorías o a formas de vida peculiares como, por ejemplo, las de los gitanos o los romaníes⁴⁹.

C) Universalidad y precomprensión en la labor de creación jurídica judicial

Los argumentos con base en la universalidad juegan un importante papel para el Tribunal, tanto en lo que se refiere al nivel de determinación de aplicabilidad como también respecto a la apreciación de los hechos y posibilidades de limitación. A tal efecto, como prueba, sirve traer a colación nuevamente el ya citado caso *Pretty v. Reino Unido* de 29 de abril de 2002⁵⁰. La recurrente había sufrido diversos estadios de una enfermedad degenerativa incurable que afectaba a su sistema nervioso central y, a la vista de los dolores que padecía y la situación de indignidad a la que le avocaba su sufrimiento, solicitó la posibilidad personal de dar fin a su propia vida. Realmente, un «derecho al suicidio» podría comprenderse como una manifestación del derecho a la vida como también del derecho a la autodeterminación. Empero, aquí se muestra que el concepto inicial unívoco de universalidad puede tener cierto grado de dependencia cultural en algunos aspectos. La importante discusión ética respecto a la eutanasia activa, en relación con la cuestión del derecho a la propia muerte, se encuentra en algunos aspectos de la política secular europea profundamente influida por las ideas morales y los valores cristianos. Este hecho se percibe de algún modo en la precomprensión de los jueces. Ahora bien, hay que decir, aunque sea puntualmente, que tal forma de valoración y de apreciación de los hechos confiere también contornos culturales determinados a la comprensión del derecho a la vida desde una perspectiva universal. Así, por ejemplo, se aduce, en el punto 29 del texto de la resolución, el siguiente argumento: «They emphasised that it was a fundamental tenet of

later», en *Journal of Legal Pluralism*, n.º 28, 1989, p. 149; K. v. BENDA-BECKMANN, «Transnational dimension of legal pluralism», en W. FIKENTSCHER (edit.), *Begegnung und Konflikt – eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, 2001, p. 33; K. v. BENDA-BECKMANN, «Who's afraid of legal pluralism», en *Journal of Legal Pluralism*, n.º 47, 2002, p. 37; A. GRIFFITHS, «Legal Pluralism», en R. BANAKAR / M. TRAVERS (edit.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2002, pp. 289 y ss.

⁴⁹ Caso *Chapman v. Reino Unido*, Recurso n.º 27238/95, STEDH de 18 de enero de 2001. Para mayor información véase http://www.coe.int/t/dg3/romatravellers/jurisprudence/echr_en.asp. Asimismo, véase, sobre ello, HOEKEMA, «European Legal Encounters between Minority and Majority Culture: Cases of Interlegality», en WOODMAN (coord.), *The Journal Legal Pluralism and Unofficial Law*, n.º 51, 2005, p. 6.

⁵⁰ Caso *Pretty v. Reino Unido*, Recurso n.º 2346/02, STEDH de 29 de abril de 2002 (final de 29 de julio de 2007).

the Catholic faith that human life was a gift from God received in trust. Actions with the purpose of killing oneself or another, even with consent, reflected a damaging misunderstanding of the human worth. Suicide and euthanasia were therefore outside the range of morally acceptable options in dealing with human suffering and dying. These fundamental truths were also recognised by other faiths and by modern pluralist and secular societies, as shown by Article 1 of the Universal declaration of Human Rights (December 1948)».

En este sentido, sería muy interesante contar con un estudio comparativo de cómo y en qué forma tratan las religiones del Mundo y las diferentes culturas jurídicas a nivel global el fenómeno del suicidio.

D) La validez extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Asimismo, se muestra particularmente la plasticidad de la pretensión de universalidad cuando la garantía de los derechos humanos se yergue con pretensión de validez extraterritorial⁵¹. De hecho, hay un compromiso en pro de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos dirigido a la actuación estatal en los respectivos territorios de los Estados parte, aun cuando el Tribunal, a tal efecto, ha derivado ciertas singularidades. En continuada jurisprudencia el Tribunal ha vinculado también la obligación establecida en el artículo 3 del Convenio, relativo a los temas de extradición y expulsión, con referencias al Estado en el que pueda haber lugar a una lesión del derecho. Más allá, en esta misma línea, incluso las misiones militares pueden dar lugar a una responsabilidad extraterritorial en materia de derechos fundamentales. Ya desde la Guerra de Kosovo devino esta cuestión en tema de actualidad. Por una parte, formalmente, se determinan las condiciones y supuestos de tipo «jurisdiccional» bajo los cuales cabe colegir dicho efecto de extraterritorialidad derivado del Convenio, también sobre la base de la interpretación del concepto de «competencia jurisdiccional de los Estados». En el caso concreto de las intervenciones militares en el extranjero, esto se comprende también cuando el Estado ha podido ejercer, como sujeto activo, un control efectivo sobre amplias zonas de otro país. Por otra parte, materialmente, hay también, sin embargo, junto a la pretensión tácita de universalidad de los derechos humanos, un reconocimiento de base de toda comunidad

⁵¹ Compárese, Ch. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3ª edic., 2008, § 17, nota al margen 11: Th. GIEGERICH, «Grund – und Menschenrechte im globalen Zeitalter: Neubewertung ihrer territorialen, personalen und internationalen Dimension in Deutschland, Europa und den USA», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2004, pp. 758 y ss.

humana como algo digno de protección, de forma similar a como hace la conocida fórmula del artículo 1.2 de la Ley Fundamental alemana.

E) Universalidad, condición y límite a través del *margin of appreciation* en los Estados miembros

En cierta medida, se aprecia cierta circunspección respecto a la problemática de la universalidad en el contexto del *margin of appreciation* de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵². Desde siempre el Tribunal ha remitido a un examen de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprüfung*) en el margen de discrecionalidad de los Estados miembros. Ello indica, ciertamente, una implementación reflexiva más que una configuración de contenido del principio de proporcionalidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de hecho, ha variado, más bien, su grado de control según los derechos fundamentales afectados y el ámbito de relevancia. En este contexto aparecen factores, hasta ahora en mayor grado de tipo dogmático, a veces enfáticos, que no excluyen en algunos casos específicos cierto estro de arbitrariedad. En efecto, la cobertura del *margin of appreciation* presupone razonamientos sobre todo para la concretización de la universalidad en la particularidad cultural. A tal efecto, la medida por antonomasia de concretización en tal sentido es la subsidiariedad, pero, ciertamente, no es el único tipo de argumento utilizado por el Tribunal. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza argumentos de carácter jurídico-funcional, como cuando, por ejemplo —en aplicación del principio de discrecionalidad—, en el caso concreto del derecho a la libertad ideológica, opta por criterios restrictivos, dado que dicho derecho se considera que tiene una condición funcional básica de la democracia y el pluralismo. Desde una perspectiva ética, la casuística gira también sobre aspectos altamente sensibles (como son los casos de

⁵² J. RUBEL, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes. Ein Beitrag zur Beantwortung der Kontrolldichtefrage*, 2005; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, 2002; H. Ch. YUROW, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Construction of Europe», en *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 1998, p. 233; Ch. CALLIESS, «Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität – Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Armen des Art. 10 Europäische Menschenrechtskonvention. Zugleich eine Urteilsanmerkung zu den Entscheidungen des den Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in den Fällen Mark intern und Jacobowski», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1996, pp. 293 y ss. Respecto a esta cuestión se podría también citar el simposio sobre Historia constitucional en lengua alemana realizado en Karlsruhe en 2006, documentado en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2006, pp. 483 y ss.

la eutanasia activa, el aborto, o la integración social de los homosexuales) o que, de otro modo, se determinan al menos en escenarios que han adquirido cierto interés e importancia⁵³.

El tema del estado de emergencia o excepción nacional también ha sido una cuestión que, desde hace mucho, ha sido tratada bajo aplicación de un amplio margen de discrecionalidad y es conceptualizado y dable hoy particularmente ateniéndose a las circunstancias actuales y para la prevención de nuevos riesgos del Estado: «A wide margin of appreciation should be left to the national authorities, since by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and the nature and scope of derogations necessary to avert it»⁵⁴. Esto supone una formulación del elemento de la subsidiariedad en favor de la delimitación y realización de derechos humanos particulares. La triada de los conceptos de comunidad internacional, comunidad responsable regional y Estado constitucional nacional, quedan, además, como la base última más efectiva, si no la más importante, de la garantía universal de los derechos humanos. Igualmente, con el giro en pro del *pressing social need* se ha operado no sólo una ampliación del margen de discrecionalidad, sino también un mayor grado de responsabilidad universal.

4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO ACTOR REGIONAL PARA LA UNIVERSALIZACIÓN DEL ESTÁNDAR JURÍDICO DE PROTECCIÓN DEL SER HUMANO

En el trasfondo de este análisis jurisprudencial se han de tantear, también, los medios principales de actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a efectos, asimismo, de hilvanar una contribución útil en orden al estudio de la universalización de los derechos humanos.

1. Implementación: El estándar de protección universal puede ser garantizado a mayor nivel a través de la implementación en el Derecho nacional y la determinación judicial en el contexto estatal constitucional. De hecho, el Tribunal, la mayoría de las veces a instancias de recursos individuales, insta a la implementación. En tales casos el Tribunal se sirve del potencial de universalización que deriva de este procedimiento de recurso individual

⁵³ Compárese J. Abr. FROWEIN, «European Integration Through Fundamental Rights», en, el mismo autor, *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas*, 2004, pp. 265 y 278 y ss.

⁵⁴ STEDH, caso Irlanda v. Reino Unido, Recurso n.º 5310/71, 1978.

y, de algún modo, se sirve de él como «motor de universalización». Por su parte, la implementación es un proceso cuya intensidad efectiva de acción diferenciada se podría representar por niveles. En términos de máxima intensidad se produce, bajo consideración de la premisa de jerarquía normativa, la constitucionalización de los derechos humanos de procedencia internacional, que adquieren, con ello, rango constitucional⁵⁵. Es por ello que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha adquirido en algunos de los países partes rango constitucional o supralegal. Además, sirve a tal efecto el principio de interpretación conforme o favorable a los derechos humanos como base de la hermenéutica constitucional de aplicación de los estándares internacionales en el Derecho constitucional nacional, aparte de la cuestión de si las garantías de derechos humanos internacionales a nivel estatal interno tienen aplicabilidad inmediata o no (*self-executing* o *non-self-executing*)⁵⁶. Precisamente hay que decir que, en esta cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dado variados y ricos enfoques interpretativos⁵⁷. La incorporación de los derechos humanos internacionales ha sido, igualmente, materializada en algunos casos a través de ley ordinaria. Un caso específico al respecto lo constituye el reconocimiento por escrito de un catálogo de derechos humanos en el *common law System*, en el que la garantía de los derechos humanos y los derechos fundamentales de los Estados constitucionales —aún cuando se carezca de Constitución escrita (Gran Bretaña)— se condiciona recíprocamente⁵⁸. En este contexto, no sólo la asunción de los derechos humanos internacionales, sino también la concretización legal y su protección a través de la configuración conveniente de procedimientos jurídicos son objeto de normación de forma significativa⁵⁹.

⁵⁵ Así, véase, K. P. SOMMERMANN, «Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 114, 1989, pp. 391 y 399 y ss.

⁵⁶ Así, véase, K. P. SOMMERMANN, «Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte...», cit., pp. 391 y 402 y ss. Respecto a Suiza, véase, J. P. MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», en *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45 y 51 y ss. Para referencias doctrinales anteriores, véase, E. SCHWELB, *Die Menschenrechtsbestimmungen der Charta der Vereinten Nationen und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, en *Vereinte Nationen*, 1973, pp. 180 y 182 y ss.

⁵⁷ Así, R. BERNHARDT, «Einwirkungen der Entscheidungen internationaler Menschenrechtsinstitutionen auf das nationale Recht», en *Festschrift für K. Doehring*, 1989, pp. 23 y ss.

⁵⁸ Un ejemplo lo encontramos en la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Derecho inglés a través de la «Human Rights Act» de 1988. Véase, por ejemplo, el trabajo de R. GROTE, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1998, pp. 309 y ss.

⁵⁹ Respecto a la protección procedimental de los derechos fundamentales, véase, P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, 1972, pp. 43, 86 y ss.

2. La proyección de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa, puede fortalecer el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el diálogo respecto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, asimismo, respecto a los Tribunales Constitucionales nacionales. De hecho, actualmente, el Tribunal de Estrasburgo realiza, a través de su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, un «desarrollo constitucional europeo»⁶⁰. Se realiza así una revisión de los actos de soberanía de los Estados parte, de acuerdo al Convenio, y, además, de la conformidad al Convenio de las medidas de la Comunidad Europea⁶¹. Ello recuerda, también —directa o indirectamente—, tanto la idea de universalidad como el ideal de universalidad de los derechos humanos. Una primacía del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del Convenio es obvia. Pero, aparte de eso, hay que resaltar el papel que le corresponde a este ente respecto a su capacidad para conocer de demandas individuales conforme a lo dispuesto en el Protocolo n.º 11 del Convenio, el cual, en lo que se refiere a su alcance, se podría comparar al recurso de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*) o al procedimiento de amparo español. Cuando el Tribunal evalúa los actos de los países de la Unión, bajo los criterios y medida del Convenio, se vuelven, asimismo, más claras las condiciones de representación específica de la Unión Europea en el nivel del Convenio; por ejemplo, a través de la posibilidad de designación de jueces especiales⁶². Así, con este desarrollo constitucional, se incide en la cuestión de la autolimitación indispensable a través de un estándar de control al efecto y de la observancia consecuente del principio de subsidiariedad. Asimismo, dicha capacidad de revisión fortalece la posición y función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como «motor» del proceso de universalización de los derechos humanos. El potencial de conflicto en el área triangular de tensión que se dibuja entre los Tribunales Constitucionales, el Tribunal de

⁶⁰ L. WILDHABER, «Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäische Gerichtshof für Menschenrechte?», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2002, pp. 569 y ss.

⁶¹ Caso *Matthews v Reino Unido*, STEDH de 18 de febrero de 1999, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1999, pp. 200 y ss. Véase, sobre ello, R. BREUER, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrecht», en *Juristenzeitung* 2003, p. 433. La fundamentación es tan obvia como convincente. Cuando los Estados parte se vinculan al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por dicha vinculación, no pueden rehusar tampoco a dicha relación, dada también la cesión de ciertos derechos de soberanía a la Comunidad. Esta condición tiene todavía más validez en tanto la garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos se sujeta precisamente sobre la base de su vocación de validez universal.

⁶² Así, véase, por ejemplo, H. C. KRÜGER / J. POLAKIEWICZ, «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2001, pp. 92 y 102 y ss.

Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refleja, de algún modo, la dialéctica de la universalidad y la particularidad cultural de los derechos humanos.

3. La actuación de modelo de otros tribunales de derechos humanos (regionales) o sistemas de protección: La cooperación para la universalización del estándar de los derechos humanos presupone la cooperación de socios idóneos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros tienen, a tal efecto, a causa de ciertas áreas de tensión, una efectividad relativa. A veces existe el peligro de entrar en un diálogo en sí europeo autoreferencial. Además, existen divergencias estructurales entre los tribunales, aún cuando la cooperación pueda ser elástica en cuanto a la división de facultades decisorias. En este contexto, es también particularmente interesante observar cuál es el ente del que parte el ofrecimiento de cooperación recíproca y qué implica la aplicación de directivas de cooperación. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional federal ha formulado, en la resolución Maastrich (89, 155), su conocido paradigma de cooperación, sin concretar cuáles obligaciones de colaboración y cooperación, bajo tales premisas, pueden corresponder a un Tribunal Constitucional nacional⁶³. Por otra parte, no obstante, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le faltan ciertas estructuras paralelas de socios de cooperación. Tales entidades se podrían encontrar en otros tribunales de derechos humanos de nivel regional, como por ejemplo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴, que cuenta con una doctrina muy perfeccionada y ha sido recepcionada en Europa. Precisamente, también la interconexión judicial más allá del horizonte cultural europeo presupone oportunidades añadidas de universalización. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería tantear, por ejemplo a través de reuniones de jueces o intercambios abiertos, esta posibilidad con mayor ahínco.

4. Conocimiento metódico (*Methodenbewusstsein*): A efectos de dinámica de universalización se presupone un conocimiento metódico preciso y actualizado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como también de su jurisprudencia y del *margin of appreciation*. Aquí cabe recordar el postulado de F. Ermacora, que reza que «la cuestión sobre la positividad y la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales se com-

⁶³ F. C. MAYER, «Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem», en A. V. BOGDANDY (coord.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 229 y 234; el mismo autor, «Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof», en *Europarecht*, 2002, pp. 239 y ss.

⁶⁴ La nueva Corte Africana de Derechos Humanos también puede, ciertamente, adquirir un papel comparable. Por otra parte, respecto al mundo islámico o asiático, sin embargo, la búsqueda de socios de cooperación al efecto se vuelve más infructuosa.

prende de forma integral»⁶⁵. El estudio de la vigencia normativa, así como de la efectividad social, de estos derechos no puede separar el típico análisis jurídico final del juzgador y su grado de validez. Es decir, ello se debe comprender más bien de forma «integral». Si los derechos humanos y los derechos fundamentales referencian la totalidad de la vida social en su ámbito de validez, sea este de nivel internacional, estatal o regional, se ha de poder implementar de forma efectiva su «función de garantía general en una sociedad concreta (...) con pretensión siempre de totalidad»⁶⁶. La teórica jurídica, respectivamente, la problemática típica de fundamentación filosófica, está unida al análisis de «contextos generales»⁶⁷ de tipo cultural, político, económico, etc., de Estados diferenciados integrados y de sus correspondientes regulaciones sociales, así como también del papel propio que los grupos e incluso los individuos pueden jugar por sí mismos en determinados momentos de forma divergente⁶⁸. Tal análisis se puede realizar sólo arduamente a un alto nivel de perfección metódica, sobre todo porque el «contexto general», es decir, la siempre compleja realidad estatal y social, está sometida a continuos y sucesivos cambios. Cada descripción de una situación o contexto es consecuencia, constantemente, por tanto, indefectiblemente, de un determinado «segundo histórico» (*historische Sekunde*). Esto supone que sólo una sistemática metódica, desarrollada a propósito a tales efectos, tiene cualidades y predisposición (J. Esser) suficientemente abierta para subsumir los efectos de cambio con otro tipo de «precondiciones» y, así, el sistema plural y de organización normativa (pluralismo jurídico) puede llegar a lograr una aproximación a un enfoque integral.

5. Derecho comparado abierto: Los derechos humanos consiguen mayor perfilación a través de determinadas experiencias (también experiencias negativas y las injusticias), a través de la realidad política-social, a través de los distintos círculos jurídicos y a través de la cultura. Muchos Estados y pueblos determinan la interpretación de los derechos y libertades bajo un método jurídico-cultural comparativo abierto. Que el Derecho internacional, de hecho, no es ajeno a este tipo de análisis comparativo se prueba ya directamente, por ejemplo, por medio del propio artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es precisamente de «los principios jurídicos reconocidos por las naciones civilizadas» —un topos figurativo como el de «naciones civilizadas» puede ser objeto de crítica—, de donde se reconocen las mismas fuentes del Derecho interna-

⁶⁵ F. ERMACORA, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Vol. I, 1974, p. 35.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*. Sobre ello, véase, además, A. B. FIELDS / W. D. NARR, «Human Rights as a Holistic Concept», en *Human Rights Quarterly*, 14, 1992, pp. 1-9.

⁶⁸ M. KRIELE, *Die Menschenrechte zwischen Ost und West*, 1977, p. 23.

cional, y tal posibilidad solamente puede sucederse por medio de una comparativa valorativa de ordenamientos jurídicos nacionales diferenciados, apreciando el acervo jurisprudencial, la literatura científica, pero también, a la vez, por medio de la inmisión del hecho sociocultural y la dimensión temporal del proceso de desarrollo histórico⁶⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, ha seguido este método. Este instituto ha desarrollado un sistema de comparación jurídica por fases, bajo cotejo de los estándares de los derechos fundamentales de los Estados miembros de la Unión Europea, y teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos como principios jurídicos elementales⁷⁰. Piénsese así, como muestra, en algunas decisiones señeras que, en tal sentido, han ido abriendo paso en cuestiones peliagudas como el caso Stauder⁷¹, el caso *Internationale Gemeinschaftsgrundrechte*⁷² y el caso Nold⁷³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería, incluso, superar esta línea —aunque sea puntualmente y aún cuando ello no sea siempre factible y suponga una sobreexigencia de sus propias posibilidades— y tratar de realizar una comparación profunda más allá del marco europeo. En este sentido, cabe citar, por ejemplo, al especialista de Derecho europeo e internacional Roscoe Pound cuando afirmaba que «if we are to proceed wisely in creative juristic activity in the complex society of today we must study scientifically the legal materials of the whole world»⁷⁴. Por tanto, de lo que se trata es de obser-

⁶⁹ Respecto a la comparativa jurídica en el Derecho internacional, véase, principalmente, C. W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, 1958, pp. 84 y 416 y ss., («cultural value [...] of comparative law»). Asimismo, véase, A. BLECKMANN, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*, 1982, p. 140; L. J. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, 1983; K. P. SOMMERMANN, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1999, pp. 1017 y ss., y 1026 y ss. Para una visión del tema en la doctrina constitucional, P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edic., 1998, pp. 165 y 463 y ss.; M. A. GLENDON, *Rights Talk*, p. 152 y ss. Finalmente, de forma genérica, sobre la cuestión metodológica, véase, E. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 1998, p. 190; K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª edic., 1996, pp. 7 y ss.

⁷⁰ R. STREINZ, *Europarecht*, 8ª edic., 2008, nota al margen n.º 759; R. SCHWARTMANN, «Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Verfassungsvertrag», en *Archiv des Völkerrechts*, 43, 2005, pp. 129 y 132; J. KÜHLING, «Grundrechte», en A. V. BOGDANDY (coord.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 583 y 586; G. NICOLAYSEN, «Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten», en *Europarecht*, 2003, pp. 719 y ss.

⁷¹ STJUE, 29/69, p. 419.

⁷² STJUE, 11/70, p. 1125.

⁷³ STJUE, 4/73, p. 491. Véase, también, C. W. Jenks, *The Common Law...*, cit., p. 88 («multicultural and multi-legal system approach»).

⁷⁴ «The Revival of Comparative Law», *Tulane Law Review* V, 1930, p. 1; C. W. JENKS, *The Common Law...*, cit., p. 88 («multicultural and multi-legal system approach»). Véase, asimismo, H. COING, «Europäisierung der Rechtswissenschaft», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, pp. 937 y 940 y ss.

var todas las dimensiones en la labor de comparación; la comparación de técnica y método, de doctrina y judicatura, de normas materiales concretas y regulaciones constitucionales, así como, finalmente, de principios generales y de los ideales que conforman la base última de todo orden jurídico, es decir, de los conceptos valorativos⁷⁵.

6. Comprensión de los límites de la universalidad: La noción de universalidad se ha de pensar, también, siempre desde la comprensión de sus límites. Universalidad y particularidad son términos complementarios y, a la vez, recíprocos. Es decir, universalidad es por sí un fin válido, pero la pretensión o virtualidad de universalidad requiere que se posibiliten primeramente sus condiciones de vigencia y validez. Este dualismo entre límite y posibilidad es simultáneo y encuentra expresión en la fórmula que define la universalidad como «proceso de universalización continua». Este proceso, por otra parte, se comprende también como un proceso constante de convicción y de convencimiento, que no puede ser ciertamente impuesto por la fuerza pero que obliga a que tal paradigma de universalidad siempre esté presente: La dignidad del hombre es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todos, no sólo de todo poder público.

5. OBSERVACIÓN FINAL

En el sistema de garantía de los derechos humanos del Convenio Europeo de Derechos Humanos encontramos, de forma paralela, formas de protección constitucional conexas y derivadas de tratados internacionales. Qué supone y cómo se muestra la forma de implementación de tal pacto minimalista de garantía de los derechos humanos por medio de tratados se percibe, también, en su perfección a través del transcurso del tiempo y de la integración de Europa por la estructura de protección constitucional. «Constitucionalización»⁷⁶ y proceso de universalización van, por tanto, cada uno por su parte, de la mano; universalismo de los derechos humanos y universalismo constitucional se encuentran juntos⁷⁷. Hoy está en vigor el Convenio Europeo de Derechos Humanos como parte constitucio-

⁷⁵ Así, R. POUND, «The Revival of Comparative Law», cit., pp. 1-15; K. ZWIGERT y H. KÖTZ, *Einführung...*, cit., pp. 4 y ss. Respecto al método del Derecho comparado en el Derecho público, véase, por ejemplo, K. P. SOMMERMANN, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung...», cit., pp. 1017-1021 y ss.

⁷⁶ CH. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention...», cit., pp. 961 y ss.

⁷⁷ J. Abr. FROWEIN, «European Integration Through Fundamental Rights», en, el mismo autor (coord.), *Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europas*, 2004, pp. 265 y 282 y ss.

nal europea en lo que se refiere a los derechos humanos y los derechos fundamentales y con un efecto de irradiación universal hacia el interior —respecto a los Estados parte— y hacia el exterior —respecto de otras comunidades del mundo y de la comunidad internacional, responsables en esta materia. La adhesión al Convenio en la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa (artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea en su nueva redacción), acompañada de la vinculación normativa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea en su nueva redacción), es su base⁷⁸. Todo lo cual puede llevar a un nuevo impulso en pro de la universalización, más si tenemos en cuenta que ha hecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea un socio cooperativo preferente. Ciertas situaciones de tensión pueden ser, ciertamente, mal gestionadas y desembocar en disputas concurrentes, pero si éstas se gestionan positivamente puede llegarse a nuevos diálogos de universalización. Constitucionalización y universalización son conceptos que en la Europa constitucional se articulan a través de procesos mutuos de recepción: por un lado, entre los ordenamientos constitucionales de los Estados parte, y, por otro lado, entre el nivel europeo y de los Estados miembros⁷⁹. Constitucionalización como universalización lleva a la continuidad de la salvaguardia de la garantía de los derechos fundamentales en los distintos ordenes complementarios en Europa. El *multilevel constitutionalism* es, precisamente por eso, a tal efecto, un paradigma típico⁸⁰.

⁷⁸ H. H. FISHER, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum europäischen Reformvertrag*, 2008, p. 115; Th. OPPERMAN, «Die Europäische Union von Lissabon», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2008, pp. 473 y 478 y ss. En general, H. M. HEINIG, «Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassung(svertrag)?», en *Zuristenzeitung*, 2007, p. 905; F. C. MAYER, «Wege aus der Verfassungskrise – Zur Zukunft des Vertrages über eine Verfassung für Europa» en *Zuristenzeitung*, 2007, p. 593; H. J. RABE, «Zur Metamorphose des Europäischen Verfassungsvertrages», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, pp. 3153-3157. Más recientemente, sobre lo mismo, I. PERNICE (coord.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung. Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, 2008.

⁷⁹ P. HÄBERLE, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», en *Juristenzeitung*, 1992, p. 1033; G. FRANKENBERG, «Stichworte zur «Drittwirkung» der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht», en R. GRÖSCHNER / M. MORLOK (coord.), *Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs*, 1997, pp. 105 y ss., en especial 110. Respecto a la conformación progresiva del Derecho de los Estados miembros a través del Derecho de la Unión Europea, puede acudirse al temprano trabajo de K. ZWIGERT, «Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten», en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1964, pp. 601 y ss.

⁸⁰ Respecto a la caracterización conceptual en la doctrina del Derecho europeo, véase, I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», en *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 703, haciendo numerosas referencias, también en orden a la literatura política.

Empero, este proceso no sólo está conducido sólo para Europa, sino que la idea de universalidad de los derechos humanos también conlleva un proceso permanente de universalización, pues, por su parte, presupone, a la vez, una dinámica de constitucionalización del Derecho internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería aquí, en este sentido, ser además modelo de socio de diálogo para otras instancias internacionales y regionales, si bien ello requiere de cierta medida de predisposición y aceptación de otras instancias al efecto. Ahora bien, un estilo de difusión eurocéntrico no haría un buen servicio a la universalidad de los derechos humanos, la actuación europea en esta misión puede y debe hacerse dentro del adecuado equilibrio entre modestia y conciencia de sus obligaciones.

Traducción de Alberto OEHLING DE LOS REYES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional.

Universidad de las Islas Baleares

