

SOFT LAW Y SUS EFECTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional

Sumario: 1. Concepto y manifestaciones del *soft law*. 2. Significado y efectos del *soft law*. El caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Presencia del *soft law* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Algún dato numérico. B) Tipo de presencia: (1) Simples citas. C) Tipos de presencia: (2) *Obiter dicta*. D) Tipos de presencia: (3) *Ratio decidendi*. 4. Una propuesta de clarificación: el caso de *Daymar y Baykara c. Turquía*. 5. El por qué y el cuándo de la utilización del *soft law*. 6. ¿Extensión del *soft law* más allá del Derecho Internacional? 7. Algunas consideraciones finales.

1. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DEL *SOFT LAW*

No es ciertamente fácil definir el significado de un término, popularizado en inglés como *soft law*, y que tiene difícil traducción en otros idiomas¹. El término empezó a generalizarse en los años setenta del pasado siglo en el ámbito del Derecho internacional² al menos con dos sentidos. Desde un punto de vista estricto, se entendería por *soft law* aquellos instrumentos internacionales no vinculantes de tipo multilateral, en que las partes expresan deseos o propuestas que habrán de llevarse a cabo en el futuro, pero sin resultar obligatorias en el presente. Desde una perspectiva amplia, los instrumentos considerados como *soft law* incluirían no sólo acuerdos multilaterales, sino también declaraciones o recomendaciones de los órganos ejecutivos o deliberantes de orga-

nizaciones internacionales, o incluso de órganos asesores o de supervisión. En términos recogidos por la juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Françoise Tulkens, el *soft law* ha podido definirse como “reglas cuyo valor normativo sería limitado, bien porque los instrumentos que las contienen no sean jurídicamente obligatorios bien porque, figurando en un instrumento vinculante, no crearían obligaciones de Derecho positivo”³

Desde luego, el término *soft law* se refiere a una amplia variedad de instrumentos. Puede tratarse de textos elaborados por organizaciones internacionales de alcance global o mundial, como los textos elaborados por las Naciones Unidas: el más conocido ejemplo de este tipo sería la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* de la Asamblea General de Naciones Unidas. Pero podemos encontrar otros ejemplos de menor alcance geográfico. Así, entre los documentos de alcance regional

valga señalar la amplia variedad de instrumentos de *soft law* en la Unión Europea, incluyendo (hasta el Tratado de Lisboa en 2010, en que se le dio fuerza vinculante) la misma *Carta de Derechos Fundamentales* de la Unión.

Dentro también del contexto regional europeo y en el ámbito del Consejo de Europa se ha aprobado un buen número de instrumentos de *soft law*. Como tales pueden citarse por un lado los emanados de aquellas instituciones del Consejo que representan, en el nivel ejecutivo o en el parlamentario, a todos los países miembros del mismo, como pueden ser las Recomendaciones o las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, y las Recomendaciones del Comité de Ministros; pero, por otro lado, también podrían considerarse como *soft law* los documentos, con diversas denominaciones, emanados de otros órganos especializados del Consejo, como el Comité para la Prevención de la Tortura, o la Comisión de Venecia.

Ahora bien, el uso de reglas del *soft law* (en cuanto manifestación de una voluntad formalmente expresada, pero a la que no se confiere fuerza vinculante) se ha extendido a otros ámbitos jurídicos, más allá del Derecho internacional. En nuestro país pueden encontrarse ejemplos de *soft law* en muchas manifestaciones de la actividad de los poderes estatales: tal sería el caso en aquellos supuestos en que las autoridades administrativas aprueban códigos de buenas prácticas, como pudiera ser el “Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado”, aprobado por el Consejo de ministros en 2005⁴. Otro ejemplo, referido a las asambleas legislativas pudiera ser el representado por la aprobación parlamentaria de mociones o proposiciones sin fuerza vinculante, como las “proposiciones no de ley”: valga recordar la, en su momento muy difundida, “Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia” aprobada por el Congreso de los Diputados en 2002⁵. Incluso las autoridades judiciales pueden producir algo muy parecido al *soft law*; por ejemplo cuando un tribunal (particularmente los tribunales constitucionales) “recomienda” determinadas

líneas políticas u ofrece consejos al ejecutivo o al parlamento⁶. Y esta práctica no resulta totalmente desconocida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que muy frecuentemente hace recomendaciones no vinculantes a los Estados demandados, referentes por ejemplo a las formas más adecuadas de ejecutar sus sentencias.

No es tampoco infrecuente el empleo del *soft law* en Derecho comparado. Se ha señalado, así, su utilización en el caso del Reino Unido⁷; conviene señalar en todo caso que debe diferenciarse en el Derecho constitucional británico, la presencia de Derecho no escrito, como las convenciones constitucionales (que son auténtico Derecho “clásico”, en cuanto su fuerza vinculante se ve reconocida sin discusión) del fenómeno del *soft law*. Este se manifiesta, en el caso británico, en forma de emisión de documentos de carácter oficial por los poderes públicos, tanto por el ejecutivo como por el parlamento, documentos que, sin tener un carácter de normación legal o reglamentaria, reflejan la voluntad de los órganos del Estado: un ejemplo serían los diversos tipos de acuerdos administrativos relativos a las competencias de los entes territoriales (así los llamados *devolution contracts*)⁸. Un fenómeno similar se ha producido en los Estados Unidos, asumiendo formas tales como declaraciones presidenciales o resoluciones no legislativas del Congreso⁹. Y se ha puesto de manifiesto recientemente que el empleo del *soft law*, al menos en el ámbito del Derecho Constitucional, se ha extendido a áreas geográficas distintas de las tradicionalmente estudiadas por los tratadistas europeos y americanos¹⁰.

2. SIGNIFICADO Y EFECTOS DEL *SOFT LAW*. EL CASO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Desde el momento de la aparición del fenómeno del *soft law* se inició una amplia discusión sobre la naturaleza y efectos de ese tipo

de reglas. Dado el campo en que se originó esta nueva categoría de disposiciones, esto es, el Derecho internacional, en forma de instrumentos que no ostentaban fuerza vinculante, fue la doctrina internacionalista la que primeramente se ocupó del tema. Una primera posición, desde luego, fue la de negar naturaleza jurídica a tales instrumentos o disposiciones, considerando que no puede hablarse de un *tertium genus* entre lo que es Derecho vinculante (*hard law*) y lo que no lo es; por tanto, o bien se identificaba al *soft law* con las reglas clásicas del Derecho, o bien se catalogaba como manifestación cuasi-académica de buenas intenciones o deseos. En consecuencia, y en esta dirección, se venía a considerar la extensión del concepto de del *soft law* como deplorable¹¹. Ahora bien, tal opinión, si bien fundada sólidamente en la lógica clásica de la teoría del Derecho, no resultaba de excesiva utilidad. Por una parte, porque se mantenía y se mantiene la cada vez más abundante producción de este tipo de textos; y por otra, porque tales textos mostraban (y ahí residiría precisamente el problema) tener consecuencias propias en el mundo jurídico, al producir efectos distintos de los derivados de las normas del *hard law* por un lado y de las simples opiniones académicas por otro. Pero además porque, según no pocas opiniones, la misma introducción de la categoría de *soft law* respondía a una necesidad en el mundo jurídico, desde la misma perspectiva del Derecho internacional. De acuerdo con algún autor, la categoría del *soft law* derivaría en forma general, “de la suposición de que la naturaleza binaria del Derecho no es adecuada para enfrentarse con la creciente complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas, y de que hacen falta instrumentos normativos complementarios para regular los problemas multidimensionales del mundo moderno”¹².

El hecho es que en el ámbito de los estudios de Derecho Internacional la delimitación y explicación de los efectos del *soft law*, tal como se derivan de la práctica, aparece como una cuestión sometida a amplio debate. Se ha destacado así que este tipo de reglas suele versar usualmente sobre materias que se encuentran

reguladas también por las normas vinculantes de Derecho Internacional clásico, de modo que tendrían simplemente un carácter explicativo o clarificador de éstas; también se ha señalado que sus efectos podrían atribuirse a que asumen un carácter de Derecho consuetudinario internacional, o que reflejan principios generales de Derecho internacional. Se ha podido señalar igualmente que las prescripciones del *soft law* deben considerarse como Derecho *in fieri*, y que sus verdaderos efectos derivarían de su posterior reconocimiento o paulatina inclusión en el Derecho (*hard law*) de los Tratados, o de su conversión como se apuntó en costumbre internacional (fenómeno definido como *hardening of soft law*).

La discusión sobre el *soft law* se ha producido pues, inicialmente, en el ámbito del Derecho internacional, y respondía a las características y peculiaridades de este tipo de Derecho. Pero el empleo del término *soft law* se ha extendido a otras áreas jurídicas, ya incluidas en el Derecho “interno” y, en consecuencia, también en estas áreas se ha planteado la pregunta de cuál es la función (si hay alguna) que este tipo de instrumentos cumplen y cuáles son sus efectos en el mundo del Derecho.

Es en este aspecto donde resulta relevante el estudio del empleo del *soft law* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, para ayudar a la comprensión del significado del *soft law* en el Derecho interno, pudiera ser útil el análisis de su empleo en un nivel jurídico que cabría considerar, por sus características, como intermedio entre el Derecho internacional y el Derecho interno (especialmente el Derecho constitucional). Me refiero a lo que pudiera denominarse “Derecho internacional de los derechos humanos” y más precisamente “Derecho europeo de los derechos humanos”, por cuanto que su versión más desarrollada es la representada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³.

Hay que tener en cuenta que el sistema europeo de protección de los derechos humanos

muestra elementos que derivan tanto de una perspectiva del Derecho internacional como de otra que pudiera considerarse de Derecho constitucional. En cuanto a la primera, porque su instrumento normativo clave es un Tratado internacional, el Convenio de 1950, elaborado y modificado según las normas del Derecho internacional, y cuya interpretación se ha llevado a cabo, según la misma jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, dentro de los cauces establecidos en ese Derecho, y más precisamente, en los términos del Convenio de Roma de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Pero, en cuanto a la segunda, ha de destacarse que el sistema resultante del Convenio va más allá de los contornos clásicos del Derecho internacional, en cuanto viene a establecer un orden jurídico objetivo, superando un enfoque meramente bilateral, o incluso multilateral, de las obligaciones en que incurrir los Estados parte. Al crear un orden público europeo de los derechos humanos, el cumplimiento de las obligaciones resultantes del Convenio deja de depender del principio de reciprocidad; esto es, del cumplimiento también de sus obligaciones por la otra u otras partes; el texto del Convenio se impone como derecho objetivo, a aplicar por el órgano jurisdiccional encargado de su garantía; esto es, el Tribunal Europeo de derechos humanos. En palabras del mismo Tribunal “El Convenio desborda el marco de simple reciprocidad entre los Estados parte, en la medida en que crea, además de una red de compromisos bilaterales sinalagmáticos, obligaciones objetivas que se benefician de una garantía colectiva” (Irlanda *c. Reino Unido*, 1978). En palabras de José Antonio Carrillo Salcedo, antiguo juez del Tribunal, “los Estados parte no ha querido concederse derechos y deberes recíprocos útiles para la protección de sus respectivos intereses nacionales, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa, e instaurar un orden público comunitario de las democracias libres de Europa, a fin de salvaguardar su patrimonio común de tradiciones políticas, sus ideales de libertad y de preeminencia del Derecho”¹⁴.

Todo ello convierte al Derecho europeo de los derechos humanos (y al Tribunal Europeo) en instituciones *sui generis*, resultantes de un proceso iniciado en el marco del Derecho internacional, pero que se ha desarrollado en el sentido de establecer, en el ámbito europeo, un sistema equivalente a los sistemas constitucionales de protección de derechos fundamentales. Por ello, la utilización del *soft law* en este campo puede ser muestra de cómo ese tipo de reglas ha ido extendiendo su presencia y efectos, a partir del Derecho internacional, pero extendiéndose a otras áreas, más afines al Derecho interno.

3. PRESENCIA DEL *SOFT LAW* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) ALGÚN DATO NUMÉRICO

De una observación general de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede comprobarse que las citas que éste realiza de instrumentos del *soft law* son muy abundantes. Como ejemplo, si se examinan las sentencias emitidas por la Gran Sala del Tribunal en los años 2008 a 2011, puede apreciarse que, de un total de 47 sentencias, no menos de 19 contienen, de una forma u otra, referencias a textos de *soft law*. Estas referencias son de muy variada naturaleza; así, se citan, de una forma u otra, Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, informes de la Comisión de Venecia, y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Partiendo de este muestreo, puede calcularse (en forma aproximativa) que alrededor de un tercio de sus sentencias hacen referencia a este tipo de instrumentos.

B) TIPO DE PRESENCIA: (1) SIMPLES CITAS

Como es lógico, el significado e importancia en cada caso de la utilización del *soft law* por el Tribunal varía considerablemente. En algunas sentencias el empleo de ese Derecho se reduce a una cita en la sección de las mismas denominada “Derecho internacional relevante”, sin mayor referencia en el cuerpo del razonamiento.

Para dar algún ejemplo, tal sería el caso de *Kulikowski c. Polonia* (2009), que versaba, entre otros extremos, sobre las consecuencias de la negativa del abogado del recurrente a formular recurso de casación. El Tribunal cita, en la sección mencionada (Normas internacionales relevantes) los Principios Básicos sobre la función de los Abogados (*Basic Principles on the Role of Lawyers*) elaborados por las Naciones Unidas en 1990, así como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia¹⁵, sin que se haga mayor referencia a estas disposiciones en la argumentación de la sentencia. En forma similar, en el caso *Danilenkov c. Rusia* (2009) que versa sobre el ejercicio de la libertad sindical (artículo 11 del Convenio) se cita, en la misma sección relativa a normas internacionales, la Compilación (*Digest*) del año 2006 de las decisiones del Comité sobre libertad de asociación de la Organización Internacional del Trabajo, sin que tal cita se traduzca en algún razonamiento jurídico en los fundamentos de la sentencia. Por añadir otro ejemplo, también del año 2009, en la sentencia en el caso *Feret c. Bélgica*, que versa sobre la condena a un líder de un partido xenófobo, derivada de expresiones racistas, se cita la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el “discurso del odio” (*hate speech*)¹⁶, sin que la cita se refleje en los razonamientos de la sentencia. Y, finalmente, en el caso *Sorguç c. Turquía* (2009), sobre alegada vulneración de la libertad de expresión, se hace referencia, también en la meritada sección, a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de la libertad de

expresión académica¹⁷. En todos estos casos, si bien se citan y reproducen diversos instrumentos de *soft law*, no se hace uso alguno de ellos en la parte de la sentencia que incluye el razonamiento sobre la cuestión planteada. Sin embargo, puesto que se incluyen total o parcialmente, en la sección de las sentencia bajo el epígrafe “Derecho internacional relevante”, parece que debe inferirse que de alguna forma se les tuvo en cuenta a la hora de decidir el fallo sobre el caso.

C) TIPOS DE PRESENCIA (2) OBITER DICTA

Este tipo de inferencia, no obstante, no es necesario en otros muchos casos en que se cita el *soft law*. En la mayoría de los supuestos, se hace referencia no solo a la existencia de documentos de *soft law*, sino también a cómo son tenidos en cuenta en el razonamiento de la sentencia. Ahora bien, hay una notoria diversidad en la importancia que se les da, según los casos.

En muchas de las sentencias del Tribunal, el *soft law* se cita dentro de razonamientos del tipo de *obiter dicta*, para reforzar una conclusión a la que, de todas formas, ya se ha llegado previamente por parte del Tribunal. En diversos supuestos, tras citar y comentar instrumentos internacionales de *soft law*, el Tribunal llega a una conclusión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, sobre la base de la literalidad del Convenio, y a la luz de su propia jurisprudencia. Los instrumentos de *soft law* proveen así un razonamiento suplementario, y usualmente se introducen mediante expresiones como “también” o “en el mismo sentido” o “como se establece en las recomendaciones...”. Posiblemente la mayoría de los casos de empleo del *soft law* por el Tribunal pudieran incluirse dentro de esta categoría.

En *Salduz c. Turquía* (2008), por ejemplo, el Tribunal hubo de examinar si del Convenio se derivaba la necesidad de asistencia letrada durante la fase de detención previa a un procedimiento penal. El Tribunal llega a su decisión (condenatoria del Estado turco) sobre la base

de la interpretación del artículo 6 del Convenio, relativo a los requisitos de un juicio justo. El Tribunal, en la parte dedicada a las normas internacionales relevantes para el caso, cita las Reglas mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de los detenidos¹⁸, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo sobre las reglas penitenciarias europeas¹⁹ así como los informes del Comité para la prevención de la tortura (CPT) de los años 2001 y 2002 sobre la situación en Turquía. Cita asimismo el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sin fuerza vinculante en el momento) así como diversos instrumentos jurídicos, de muy varia naturaleza, de las Naciones Unidas sobre los derechos de los menores (por ejemplo, las Observaciones del Comité de derechos del niño, de 25 de abril de 2007). Ahora bien, y a diferencia de los casos comentados en el apartado anterior, el Tribunal hace referencia expresa a estos documentos de *soft law* en su razonamiento, para apoyar sus conclusiones. Así, en su párrafo 54, la sentencia en el caso *Salduz* establece que “el Tribunal ha tomado también en consideración en esta materia las numerosas recomendaciones del CPT, subrayando que el derecho de todo detenido a la obtención de asesoramiento jurídico constituye una garantía fundamental frente a los malos tratos” y en su párrafo 60 afirma que “remitiéndose a un número importante de instrumentos jurídicos internacionales relativos a la asistencia jurídica debida a los menores detenidos (...) el Tribunal subraya la importancia fundamental de la posibilidad, para todo menor detenido, de tener acceso a un abogado durante su detención”.

En otra sentencia, del año 2009 (*Petkov. c. Bulgaria*) relativa a la prohibición a los recurrentes a presentarse como candidatos, debido a sus conexiones con la policía política del anterior régimen, se ha empleado un tipo similar de *obiter dictum*, empleando el *soft law* referido a materias electorales. Para justificar haber apreciado una violación del artículo 3 del Protocolo número 1 al Convenio, el Tribunal “observa que un sistema efectivo de recursos electorales, tal como se describe en el Código

de buenas prácticas en materia de elecciones de la Comisión de Venecia [CDL-AD (2002) 23 rev.] es una salvaguardia de importancia frente a la arbitrariedad en los procesos electorales”, aunque el Tribunal, inmediatamente decide centrarse en “las específicas circunstancias del caso” para alcanzar su decisión.

En *Slawomir Musial c. Polonia* (2009), relativo a un recurso por tratamientos inhumanos durante la detención, el Tribunal subraya la naturaleza de *obiter dictum* de sus referencias al *soft law*. Refiriéndose a las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas penitenciarias europeas (2006), y sobre los aspectos éticos y organizativos del cuidado de la salud en las prisiones²⁰, afirma que “en Sentencias recientes el Tribunal ha llamado la atención de las autoridades sobre la importancia de estas recomendaciones, a pesar de su naturaleza no vinculante para los Estados miembros” (párrafo 96).

A este respecto, a veces no es fácil determinar hasta qué punto el Tribunal emplea texto de *soft law* únicamente en sus *obiter dicta*. Por ejemplo, el Tribunal muestra un lenguaje más decidido en *Volkan Ozdemir c. Turquía* (2009), en un recurso sobre malos tratos a detenidos, en el que, al analizar los informes médicos sobre el caso, la Corte expresa que “ambos son poco detallados, y quedan muy por debajo de los niveles recomendados por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y los tratamientos o penas inhumanos o degradantes (CPT) que son tenidos regularmente en cuenta por el Tribunal en el examen de aquellos casos que versan sobre malos tratos (...) así como las directivas (*guidelines*) establecidas en el Manual sobre la investigación y documentación efectiva de la tortura y otros tratos o castigos inhumanos o degradantes (Protocolo Estambul) presentadas al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. Esta forma de referirse a las recomendaciones del CPT, y otros documentos sin fuerza (formalmente) vinculante no deja de plantear dudas sobre si el Tribunal las considera únicamente como apoyo complementario de su *ratio decidendi*.

D) TIPOS DE PRESENCIA (3) RATIO DECIDENDI

Este tipo de dudas se ve reforzado cuando se examinan otras sentencias en las que la decisión final del Tribunal parece derivarse directamente del contenido de textos de *soft law*, no ya para apoyar sus razonamientos, sino como *ratio decidendi* del fallo.

Efectivamente, en algunos casos el razonamiento del Tribunal muestra que su interpretación del Convenio se ve decisivamente determinada por algún instrumento de *soft law*; de forma que, si tal instrumento ni hubiera existido, su interpretación del Convenio hubiera sido diferente. Valga como primer ejemplo el caso *Manole c. Moldova* (2009) en que se planteaba ante el Tribunal la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio, relativo a la libertad de expresión, de las presiones y sanciones a que se habían visto sujetos diversos periodistas trabajando para la empresa estatal de televisión moldava. El Tribunal cita abundantemente en la sección correspondiente, una serie de documentos de *soft law*: así, la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1994, sobre el futuro de la televisión y radio públicas; la Recomendación²¹ sobre la garantía de la independencia de la radiotelevisión pública, y la Declaración del Comité de 7 de septiembre de 2006, sobre la garantía de la independencia del servicio público de radiotelevisión en los Estados miembros del Consejo. Y la sentencia no se limita a la cita, sino que, en varios apartados, confirma el carácter decisivo para su fallo de los contenidos de ese *soft law*. Así, en su apartado 102, la sentencia afirma que “*los standards relativos al servicio público de radiotelevisión acordados por los Estados miembros del Consejo de Europa (...) proporcionan una guía para el enfoque que debe adoptarse para interpretar el artículo 10 en este campo*”; afirmación que repite literalmente en el apartado 107. Podría tratarse de una expresión retórica, pero inmediatamente, y con referencia al problema concreto planteado en el caso, el Tribunal menciona las citadas líneas directrices para la garantía de la independencia de las emisiones de radio y televisión públicas

para concluir que en el caso de Moldova era esencial que las autoridades hubieran establecido un ordenamiento legal de esa materia. En términos de la sentencia, “Para cumplir con sus obligaciones, era esencial, *según los dispuesto en las líneas directrices mencionadas*, establecer un marco legal que asegurase la independencia de TRM (la entidad de televisión en cuestión) de interferencias y controles políticos”.

Una situación similar se planteó en *Enea c. Italia* (2009). A la hora de examinar la aplicación del Art. 6.1 del Convenio, en relación con los derechos de personas presas sometidas a un régimen especialmente duro (y en concreto el derecho a acceder a un Tribunal), y ante la cuestión de si se estaban o no dilucidando derechos derivados del Convenio, el Tribunal establece, que “la mayoría de las restricciones a las que el demandante se vio sometido según su alegaciones, se refieren a un conjunto de derechos de los presos que el Consejo de Europa ha reconocido mediante las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros en 1987 y reelaboradas en una recomendación de 11 de mayo de 2006, Rec (2006) 2” (apartado 101). En este caso el Tribunal reconoce que está citando *soft law*, en el sentido de Derecho no vinculante jurídicamente: sin embargo, establece indirectamente que se trata de Derecho relevante para el caso. En palabras del Tribunal, “aunque esta recomendación no es jurídicamente vinculante para los Estados miembros, la gran mayoría de ellos reconoce que los presos son titulares de los derechos a que se refiere, y proveen vías de recurso frente a medidas que restrinjan esos derechos”. Como resultado, concluye “de ello se deriva que puede admitirse que existe una “disputa sobre un derecho” en el sentido del artículo 6.1 en el presente caso” (par. 102). Es decir, que la recomendación, aun no siendo jurídicamente vinculante para los Estados individualmente, resulta así y todo de importancia decisiva para el razonamiento del Tribunal, a la hora de establecer que debía pronunciarse sobre derechos reconocidos en el Convenio.

Una muestra adicional de este empleo del *soft law* puede encontrarse en *S. y Marper c.*

Reino Unido (2008) donde el Tribunal se refirió como principios nucleares (*core principles*) de la protección de datos, a aquellos “que parecen haber sido aplicados consistentemente” de acuerdo con el Convenio para la Protección de Datos y las posteriores recomendaciones del Comité de Ministros, citando expresamente la Recomendación²², que regula el uso de datos personales en el área policial, así como la Recomendación²³ sobre el uso de análisis de ADN en el sistema de justicia penal.

Otro ejemplo de la influencia sobre las decisiones del Tribunal de lo que teóricamente era sólo (en aquel momento) *soft law* puede encontrarse en *Scoppola c. Italia* (2009). Se trataba en este caso, de decidir sobre si el mandato del artículo 7 del Convenio, relativo a la irretroactividad de las normas penales, había de interpretarse en el sentido de imponer la aplicación de la pena más ligera prevista por la legislación posterior a la infracción. En este supuesto, el Tribunal observó que la jurisprudencia anterior de la Comisión Europea de derechos humanos (así en *X. c. Alemania* (1978) y más tarde del mismo Tribunal, como en *Le Petit c. Reino Unido* (2000), o *Ziprianov c. Bulgaria* (2003), había considerado repetidamente como manifiestamente infundados recursos que alegaban que los delitos por los que habían sido condenados habían sido des-criminalizados, o sometidos a una pena menor con posterioridad a la condena. Sin embargo, tras admitir que “ha pasado mucho tiempo desde que la Comisión emitió su mencionada decisión en *X. contra Alemania*”, el Tribunal en *Scoppola* consideró que “debe tenerse en cuenta la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Y, ciertamente, el Tribunal no se limitó a citar la Carta. El Tribunal utilizó el artículo 49.1 de la misma, que establece que “*si tras la comisión de una ofensa criminal la ley establece una pena inferior, tal pena será la aplicable*” para modificar su jurisprudencia previa. Hay que señalar que la cita de la Carta Europea de Derechos Fundamentales ha sido durante algún tiempo un ejemplo de la utilización del *soft law* (en tanto, antes del Tratado de Lisboa, no fue parte inte-

grante del Derecho vinculante de la Unión Europea) por la jurisprudencia. En la misma sentencia, el Tribunal hace una afirmación que, como se verá más abajo, viene a explicar por una vía indirecta la relevancia del *soft law* en su jurisprudencia al subrayar que “ha emergido paulatinamente un consenso en Europa” sobre la necesidad de aplicar la pena menos grave, incluso aquella prevista después de la comisión de la ofensa delictiva. La idea del “consenso” aparece así como elemento fundamental en esta materia.

4. UNA PROPUESTA DE CLARIFICACIÓN: EL CASO DE DAYMAR Y BAYKARA C. TURQUÍA

Posiblemente el ejemplo más claro (y posiblemente uno de los más resaltados por los comentaristas de la jurisprudencia de Estrasburgo)²⁴ del carácter determinante que puede asumir el *soft law* a la hora de adoptar una decisión por parte del Tribunal Europeo sea el representado por la sentencia en el caso *Demir y Baykara c. Turquía* (noviembre, 2008). La cuestión que se planteaba era la de si el alcance del artículo 11 del Convenio, relativo a libertad de asociación, se extiende también al derecho de los funcionarios públicos a sindicarse y a acordar convenios colectivos; y uno de los temas que se planteaban en la sentencia era la importancia que había que dar, en el proceso de adopción de decisiones jurisdiccionales por el Tribunal, a instrumentos internacionales no vinculantes. El Gobierno turco, en sus alegaciones en el curso del proceso, manifestó expresamente que en el mismo era de aplicación exclusiva el Convenio Europeo de derechos humanos, sin que pudieran emplearse instrumentos internacionales no ratificados por Turquía. Venía así a plantearse expresamente el significado y posibles efectos del *soft law*.

Los instrumentos que aparecían relacionados con las circunstancias del caso, y a los que se hacía mención en el apartado de la Sen-

tencia con el epígrafe “El Derecho interno e internacional pertinente”, eran señaladamente varios artículos de la Carta Social Europea, en su versión de 1989, no ratificada por Turquía: los artículos 12 y 28 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (aún sin fuerza vinculante para los países de la Unión Europea, y desde luego, respecto de Turquía) y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el estatuto de los agentes públicos en Europa²⁵.

La Gran Sala del Tribunal dedicó una sección entera de su sentencia a expresar su opinión sobre la relevancia de estos documentos, bajo el título “*Diversidad de textos e instrumentos internacionales empleados para la interpretación del Convenio*”. Viene a señalar que el Tribunal, para la interpretación de los preceptos del Convenio, se atiene a las reglas de los artículos 21 a 31 del Convenio de Viena: y añade que puede emplear para ello, desde luego, normas vinculantes de Derecho internacional, como son los Tratados internacionales en vigor, y los “principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (pár. 71). Yendo más allá, en este caso, el Tribunal reconoció explícitamente que en su jurisprudencia había “utilizado, a efectos de interpretar el Convenio, instrumentos intrínsecamente no vinculantes de los órganos del Consejo de Europa, en particular resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria” (pár. 74). E inmediatamente a continuación afirma que “estos métodos de interpretación han llevado también al Tribunal a reforzar su razonamiento mediante la referencia a normas emanadas de otros órganos del Consejo de Europa desprovistos de toda función de representación de los Estados partes del Convenio, tanto de órganos de supervisión como de órganos de expertos”, citando la Comisión para la democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, y el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de los tratamientos o penas inhumanos o degradantes. Así, el Tribunal considera que esos textos vienen a complementar o reforzar

(*supporting*) sus propias conclusiones obtenidas respecto de la interpretación del Convenio. Quedándose, en este aspecto, así dentro de los límites de los *obiter dicta* mencionados más arriba.

Pero el Tribunal va más allá en *Demir y Baykara*. El Tribunal expone que, en el caso de que los medios tradicionales de interpretación se prueben insuficientes, “el Tribunal no puede dejar de lado el conjunto constituido por reglas y principios aceptados por una gran mayoría de los Estados, los denominadores comunes de las normas de Derecho internacional o de los Derechos nacionales de los Estados europeos” que “reflejan una realidad que el Tribunal no podría ignorar” (pár. 76). Y, en la búsqueda de esos denominadores comunes, el Tribunal “nunca ha distinguido entre fuentes del Derecho según hayan sido ratificadas o no por el Estado de que se trate”. Como consecuencia de todo ello, el Tribunal concluye que el consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los estados contratantes puede constituir un elemento pertinente a la hora de interpretar los mandatos del Convenio en casos específicos.

El Tribunal, así venía a referirse al papel de instrumentos no vinculantes (al menos para el Estado afectado) en cuanto exponentes de un “consenso emergente” a la hora de definir los términos del Convenio. Y ello teniendo en cuenta (como el Tribunal también señala específicamente, pár. 146) que el Convenio es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, en las que hay que integrar la evolución del Derecho internacional. Ciertamente, uno de esos instrumentos sería la Carta Social Europea, algunos de cuyos artículos, en su nueva versión, no habían sido ratificados por el Estado demandado, Turquía (para la que no eran por tanto, *hard law*). Siguiendo su línea de razonamiento, en la *ratio decidendi* relativa a la interpretación del artículo 11 del Convenio en cuanto a si incluía en su ámbito el derecho de los empleados municipales a la sindicación, el Tribunal hizo referencia explícita tanto a la Carta Social Europea como a la Recomendación R(2000)6

del Comité de Ministros. Y a la hora de decidir sobre la inclusión del derecho de negociación colectiva dentro del citado artículo 11 del Convenio, el Tribunal se refirió explícitamente a otros instrumentos de *soft law*; esto es, la Carta Europea de Derechos Fundamentales (antes del Tratado de Lisboa) y a los informes de un órgano de la Organización Internacional del Trabajo, carentes también del carácter de “instrumento vinculante”, como era el Comité de Expertos de la OIT; informes que interpretaban el concepto de “empleado público”.

5. EL POR QUÉ Y EL CUÁNDO DE LA UTILIZACIÓN DEL *SOFT LAW*

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos permite contestar a varias cuestiones de interés relativas al significado y efectos del *soft law*, tanto en lo que se refiere a su significado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, como, posiblemente, en otros contextos. La primera sería la referente al papel del *soft law* y el porqué de su utilización: ¿qué función puede cumplir en la adopción de las decisiones del Tribunal a la hora de precisar el alcance de los derechos contenidos en el Convenio y sus protocolos? La segunda sería la referente a la oportunidad y legitimidad de su empleo: ¿cuándo y en qué condiciones el *soft law* puede cumplir esa función? Finalmente, ¿qué consecuencias puede tener el empleo por parte del Tribunal del *soft law* como factor determinante para la misma naturaleza de ese tipo de normas?

La primera pregunta, en relación con la aplicación por el Tribunal del *soft law*, es similar a la que se plantea en términos más generales sobre si (y cómo) ese tipo de normas debe aplicarse en el ámbito del Derecho internacional. Y la respuesta, a la luz de la jurisprudencia analizada, parece clara; el *soft law* como tal no tiene un valor propio, como parámetro suficiente para la adopción de decisiones jurisdiccionales: si lo tiene es como elemento para la interpretación de las normas que sí tienen ese

valor; esto es, el Convenio y sus protocolos. Por decir una obviedad, el *soft law* no es *hard law*. Pero asignarle ese valor (sólo) interpretativo no supone en forma alguna minimizar su función. Como se ha visto, las normas de *soft law* pueden tener una considerable relevancia (a veces una relevancia decisiva) al establecer, de entre las varias interpretaciones posibles de un mandato de la Convención, cuál es aquella que se impone como vinculante para el Tribunal.

Ahora bien, aceptado este punto, se plantea la siguiente cuestión. Como se ha visto, hay muchas formas de expresión del *soft law*, tanto por el tipo de instrumentos en que se expresa (recomendaciones, líneas directrices, resoluciones, informes) como por los entes que lo producen (cuerpos ejecutivos o deliberantes de organizaciones internacionales, órganos de asesoramiento, de control, de propuesta). ¿En qué supuestos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede el *soft law* cumplir ese papel interpretativo, a veces con consecuencias decisivas para el caso a resolver por el Tribunal?

Contestar a esa pregunta requiere tener en cuenta algunas peculiaridades del sistema europeo de protección de derechos humanos. En primer lugar, que se trata de un sistema dotado de una garantía judicial general: esto es que, a diferencia de otros sistemas de protección internacional de derechos humanos, toda reclamación basada en una alegada vulneración de derechos reconocidos en el Convenio tendrá acceso directo al Tribunal (sin intermediación de órgano “de filtro” alguno), deberá ser examinada por éste, y, eventualmente, y si cumple los requisitos de admisibilidad, será objeto de una resolución sobre el fondo. La decisión sobre la demanda se atribuye pues en exclusiva a un órgano judicial: esta judicialización es completa a partir de la reforma del Convenio por el Protocolo número 11, que suprimió la capacidad decisoria de que previamente disponía el Comité de Ministros, órgano político que, a partir de ese Protocolo, se convierte en supervisor de la ejecución de las Sentencias del Tribunal. Las demandas al Tribunal serán pues

resueltas por un órgano judicial, y por criterios jurídicos.

Ahora bien, a la hora de apreciar la extensión de esos criterios, un dato se hace evidente al respecto: la relativamente escasa densidad de la normativa que debe regir las decisiones del Tribunal. En efecto, tal normativa, en sus aspectos sustantivos, se reduce a unos pocos artículos del Convenio (arts. 2 a 14) y de sus protocolos. En comparación con la prolija regulación legal y constitucional relativa al reconocimiento y garantía de derechos común hoy a los ordenamientos nacionales, el texto del Convenio europeo es llamativamente parco. Y, habida cuenta del tipo de derechos que reconoce, y su proyección en prácticamente todos los aspectos del mundo jurídico (piénsese por ejemplo en el derecho a un juicio justo), es evidente que, para conseguir una mínima seguridad jurídica, esa normativa ha de verse completada por otros mandatos, que precisen el sentido y alcance de las disposiciones del Convenio ante la multiplicidad de situaciones con las que el Tribunal ha de enfrentarse. Es en este aspecto donde cobra decisiva importancia la jurisprudencia del Tribunal, en cuanto, resolviendo los sucesivos casos que se le plantean, va estableciendo pautas de interpretación, sentando precedentes que sirven de guía para la resolución de casos posteriores. En gran manera, el Derecho europeo de los derechos humanos es un derecho jurisprudencial, creado a lo largo ya de más de cincuenta años de ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Si en otras ramas del Derecho cobra especial protagonismo el papel del legislativo (así en el Derecho penal) o el del ejecutivo (como es el caso en el Derecho internacional), en el Derecho europeo de los derechos humanos es el papel del órgano jurisdiccional el que se destaca como más relevante.

A ello debe añadirse otra consideración. Desde un primer momento, el Tribunal ha afirmado que su labor de garantía de los derechos del Convenio debe traducirse en que éstos sean derechos efectivos, esto es, no meramente formales o teóricos, sino traducibles a la vida real (*Airey c. Irlanda*, 1979). Y ello

supone, necesariamente, la interpretación de los mandatos del Convenio de acuerdo con las necesidades reales y las peculiaridades del momento: en otras palabras, y como el Tribunal ha afirmado continuamente, la efectividad del Convenio supone que éste debe considerarse como un instrumento vivo (*Tyrer c. Reino Unido*, 1978). La condición de instrumento vivo del Convenio supone separarse de una concepción de tipo originalista; esto es, la consistente en estimar que el sentido de los términos del Convenio es el que tenían en mente sus redactores en 1950. Al definirse el Convenio como un Derecho vivo, capaz de enfrentarse con necesidades cambiantes, el Tribunal debe adaptar su interpretación a esas necesidades. Y, por otra parte, sólo el Tribunal tiene esa capacidad, si tenemos en cuenta el carácter extremadamente rígido de la norma convencional, cuyo cambio solo es posible mediante un complicado mecanismo, que supone la aquiescencia de (por el momento) cuarenta y siete entidades estatales.

La puesta al día continua de los mandatos del Convenio por la jurisprudencia del Tribunal exige que éste tenga en cuenta los cambios que se producen en cuanto a las amenazas a que se ven sometidos los derechos del Convenio, así como a los cambios en los valores sociales que inspiran esos derechos. Obviamente, esta tarea de adaptación progresiva presenta un innegable peligro: que, en lugar de proporcionar una guía de conducta estable y sólida, en interpretación del Convenio, el Tribunal altere impredeciblemente su jurisprudencia, atendiendo a supuestos cambios, materiales o ideológicos, por él mismo definidos en forma más o menos aleatoria, creando por tanto una situación de indefinición, y en consecuencia, de inseguridad jurídica.

Es aquí donde el *soft law* puede representar una destacada ayuda a la hora de orientar al Tribunal en cuanto a la existencia y general aceptación de circunstancias que puedan y deban afectar al desarrollo de su jurisprudencia. El Tribunal ha señalado (y *Demir y Baykara* es un ejemplo) que “puede y debe” tener en cuenta consideraciones sobre estas circunstancias que sean objeto de un consenso general. Para esta labor de adaptación

del “Derecho vivo” del Convenio a las necesidades de cada momento por la jurisprudencia del Tribunal, siguiendo en lo posible líneas objetivas y predecibles, el *soft law* proporciona una serie de materiales (propuestas, recomendaciones, evaluaciones) que no son expresión de meras preferencias o análisis individuales (como pueden ser, por ejemplo, los estudios propios de la literatura académica), sino resultado de la actuación, directa o indirecta, de los mismos sujetos creadores y destinatarios del Derecho en su conjunto, y por lo tanto expresión de convicciones y principios compartidos por ellos. Concretamente, en lo que se refiere a los documentos de *soft law* elaborados por los órganos del Consejo de Europa, puede suponerse razonablemente que su contenido es compartido por todos los países firmantes del Convenio, y por tanto que expresan un consenso sobre los valores a tener en cuenta a la hora de interpretar sus mandatos. Incluso en los supuestos en que ese consenso no sea unánime, la aceptación de determinados principios o valores por la gran mayoría de los países firmantes del Convenio puede legítimamente llevar al Tribunal a considerar que existe una base objetiva para interpretar las normas del mismo de acuerdo con esos principios y valores, recogidos en el *soft law*. Así, éste al reflejar un consenso general puede desempeñar un relevante papel a la hora de definir los conceptos empleados en el Convenio: el *soft law* vendría a prestar una base de certeza objetiva a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, sin separarse de las exigencias de la seguridad jurídica. Naturalmente, es tarea del Tribunal (y ello queda dentro del margen de apreciación ineludible en toda actuación jurisdiccional) decidir si ese consenso general existe, y hasta qué punto los textos existentes de *soft law* efectivamente reflejan ese consenso. El Tribunal en varias ocasiones ha considerado expresamente que determinadas recomendaciones de órganos del Consejo de Europa no podían considerarse (por el momento) como orientaciones con fuerza decisiva: por ejemplo, en *Sulejmanovic c. Italia*, el Tribunal reconoció que el standard mínimo deseado por el Comité para la prevención de la tortura en sus informes sobre el espacio disponible por los detenidos en una celda (al menos siete metros cuadrados) no era universalmente

aplicable, y que otros factores habrían de tenerse en cuenta. En forma aún más expresa, en *Sitaropoulos y otros c. Grecia* (2012) en relación con la previsión del voto de los residentes en el extranjero, el Tribunal reconoce que existen numerosos documentos del Consejo de Europa que incitan a los Estados miembros para que permitan en lo posible a sus ciudadanos residentes en el extranjero la participación en los procesos electorales. Pero ello no le lleva a interpretar el artículo 3 del Protocolo n. 1 del Convenio en el sentido de que imponga una obligación al respecto: el Tribunal concluye que de esos documentos no puede aún deducirse que exista un consenso que obligue al Tribunal a hacer una interpretación en ese sentido. En palabras del Tribunal, “En lo que se refiere a las modalidades de ejercicio de ese derecho (al voto, LLG), la variedad de las soluciones empleadas por los países miembros del Consejo de Europa que autorizan el voto en el extranjero revela la ausencia actual de un consenso sobre esta materia”.

El *soft law* cumple así un papel no desdeñable, en cuanto, al actuar como indicador expresivo de un consenso sobre el significado y evolución de los conceptos jurídicos, puede convertirse en elemento decisivo para su interpretación. Y ello da lugar a una curiosa paradoja en relación con la tercera de las cuestiones a que se hacía referencia; esto es, las consecuencias del empleo del *soft law* sobre su propia naturaleza. La experiencia muestra que los Estados (en el marco del Consejo de Europa, o de otras organizaciones) en ocasiones, en ausencia de una voluntad o capacidad política para comprometerse formalmente a respetar determinados standards, pueden preferir aprobar instrumentos de *soft law* para mostrar buenas intenciones sin llegar por ello a vincularse a un nuevo conjunto de normas. Pero el resultado puede ser exactamente el contrario al deseado debido a la acción de la jurisprudencia. En el caso del sistema europeo de derechos humanos, si, en opinión del Tribunal de Estrasburgo, esos instrumentos de *soft law* vienen a reflejar un consenso común sobre el significado actual de los derechos reconocidos en el Convenio, lo que inicialmente se concie-

bió como un pronunciamiento de buena voluntad puede convertirse, a partir de un punto crítico, derivado de la acumulación de reglas de este tipo, en un elemento decisorio para la determinaciones de las obligaciones y deberes de los Estados parte.

6. ¿EXTENSIÓN DEL *SOFT LAW* MÁS ALLÁ DEL DERECHO INTERNACIONAL?

El Derecho de los derechos humanos, particularmente dentro del sistema derivado del Convenio de 1950, representa, como se vio más arriba, un ámbito *sui generis* en el mundo del Derecho, y muestra las posibilidades de que el *soft law* se extienda más allá del ámbito clásico del Derecho internacional. Los casos examinados, referentes a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pueden servir para efectuar algunas reflexiones sobre esta extensión, proyectando las peculiaridades del sistema europeo de protección de los derechos humanos sobre otras áreas del Derecho.

Podría aventurarse que esa extensión será posible cuando se den, en esas áreas, algunas de las peculiaridades de ese sistema. Entre ellas, podría destacarse la reducida densidad normativa, el papel central del órgano jurisdiccional y la consideración de que las normas básicas de su actuación deben considerarse como Derecho vivo, que debe adaptarse (aun sin modificación textual) a las nuevas necesidades y circunstancias.

Quizás el ámbito del Derecho donde ese tipo de peculiaridades puede encontrarse más fácilmente, *mutatis mutandis*, sea el del Derecho constitucional. Por lo que se refiere a su densidad normativa, hay que reconocer que —al menos en el caso de España— el Derecho constitucional no se ve afectado por una parquedad de disposiciones similar a aquella con la que debe enfrentarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las disposiciones constitucionales sobre derechos y libertades tienen una cierta extensión (casi un tercio del texto

constitucional) y se encuentran complementadas con abundantes normas de tipo legal y reglamentario. Aún así, no cabe negar que la naturaleza del Derecho Constitucional hace que esa densidad normativa sea más reducida que en otros sectores del Derecho. Ello se debe principalmente al carácter de la Constitución como norma suprallegal, cuyas disposiciones sólo pueden ampliarse y concretarse a ese nivel mediante complejas reformas sometidas a un procedimiento especial. Al convertirse los mandatos constitucionales en reglas que deben inspirar la aplicación de todo el ordenamiento, la determinación de su contenido y significado se convierte en una cuestión de esencial importancia: podría afirmarse que el papel de los Tribunales Constitucionales es, cada vez más, el de ser intérpretes de la Constitución, más que defensores de la misma; máxime cuando la técnica de la interpretación conforme a la Constitución se hace cada vez más usual. Pero esas reglas constitucionales se formulan, primeramente, en forma forzosamente sucinta (si no se quiere elaborar una Constitución con carácter de Derecho omnicompreensivo) y además mediante remisión a conceptos también forzosamente generales (como cuando se proclaman “valores” y “principios” constitucionales, o se reconocen derechos mediante conceptos que exigen una precomprensión inicial). ¿Qué debe entenderse por “dignidad de la persona”, por “tratos inhumanos y degradantes” o por “contenido esencial” de los derechos fundamentales, por referirnos a expresiones de la Constitución española? Se trata de expresiones que revelan la presencia de un Derecho “concentrado” que requiere elementos adicionales para determinar su efectivo alcance.

En relación con ello, otra característica del Derecho constitucional se muestra relevante: esa determinación del sentido de los preceptos constitucionales se atribuye, cada vez en más contextos y desde luego en nuestro país a un órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, como “supremo intérprete” de la Constitución. Es al Tribunal al que compete (no exclusivamente, pero sí en último término) extraer el significado, en cada caso, de los mandatos

constitucionales, utilizando los medios adicionales de interpretación a su disposición. Y ello (y de ahí su carácter jurisdiccional) con plena independencia frente a órdenes, indicaciones o sugerencias de otros poderes, y sin que deba someterse a otra instancia superior.

Finalmente, y al menos en lo que se refiere a nuestro país, el Derecho constitucional, en la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional, aparece como un Derecho vivo esto es, no sometido a interpretaciones de tipo originalista, que busquen fijar un concepto inalterable y consolidado de sus preceptos, sino un Derecho en persecución continua de una mayor eficacia desde la perspectiva de la realización de los valores constitucionales. La presencia de esos valores convierte así a la Constitución en un orden abierto, sujeto a una interpretación evolutiva.

Por ello, también en el campo del Derecho Constitucional, el *soft law* puede cumplir la función de asegurar que esa interpretación con arreglo a valores no va a ser resultado de apreciaciones subjetivas, basadas en preferencias del momento, sino consecuencia de una evolución de las circunstancias sociales, y de su apreciación, cuyo carácter objetivo puede comprobarse por la existencia de manifestaciones en el mundo jurídico que muestran la existencia de un consenso generalizado al respecto. El papel del *soft law*, como expresión de ese consenso, cumple aquí también una función interpretativa de innegable relevancia. Desde luego, la práctica del Tribunal Constitucional no ha dejado de mostrar la utilidad del *soft law* a esos efectos: baste referirse aquí, por ejemplo, a la utilización de la Carta Europea de Derechos Fundamentales por el Tribunal, no sólo antes de que se convirtiera en *hard law*, sino incluso, antes de su misma aprobación formal²⁶.

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Desde luego, la (relativa) novedad del fenómeno puede llevar —y ha llevado, como

se señaló más arriba— a estimar en ocasiones que la admisión y justificación del empleo del *soft law* conduce en último término a situaciones de indefinición e inseguridad jurídica, al difuminarse, mediante categorías vagas e imprecisas, el orden jurídico como conjunto de mandatos claros y distintos. Pero ese tipo de consideraciones parte de una concepción que la práctica ha demostrado errónea, como es una visión según la cual las normas integrantes del Derecho se caracterizarían siempre por una naturaleza común, esto es, su inmediato efecto vinculante.

La práctica (o al menos la que se deriva de los ejemplos que se han incluido en estas líneas) viene a demostrar la inexactitud de esa concepción. En las decisiones judiciales examinadas se hace evidente que el conjunto normativo aplicable por un órgano jurisdiccional integra no sólo los mandatos contenidos en disposiciones clásicas de Derecho, de tipo imperativo e inmediatamente vinculante, sino también una serie de elementos de muy diverso tipo (recomendaciones, propuestas, declaraciones, informes) de innegables efectos en la aplicación e interpretación de esas disposiciones. En realidad, con ello se viene simplemente a añadir un eslabón más a la serie de reglas de Derecho que el juzgador debe tener en cuenta. Pues, como es bien sabido, incluso dentro de las normas de *hard law*, con pretensión vinculante inmediata, cabe distinguir gradaciones en cuanto a su fuerza y obligatoriedad. El mismo Tribunal Europeo ha podido distinguir, dentro de los preceptos del Convenio, los que constituyen mandatos nucleares (*core law*) que no admiten excepciones o matices (así los derechos incluidos en los artículos 2 y 3, relativos al derecho a la vida y a la prohibición de la tortura) y los que instituyen derechos sin carácter absoluto, y que por tanto deben ponderarse en su aplicación teniendo en cuenta otros derechos e intereses. Y algo similar cabría decir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que no sólo refleja la gradación de derechos derivada de la Constitución, sino también, incluso dentro del ámbito de los derechos fundamentales, realiza una distinción

entre su “contenido esencial” y su “contenido absoluto”²⁷. El *soft law* vendría a unirse así a ese *continuum* de disposiciones como un elemento que, lejos de contribuir a la inseguridad

jurídica, puede, por el contrario, aportar elementos de firmeza y garantía de objetividad a la interpretación “evolutiva” del Derecho.

NOTAS

1. En francés, por ejemplo, se han propuesto los términos *droit mou* o *droit vert* (J. DUPUY) *droit assourdi* (F. RIGAUX) o *droit doux* (M. VIRALLY). Ver sobre el tema CHATZISTEVROU, F., “L’usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit” en *Le Portique* (en ligne) 2007, <http://leportique.revues.org/index591.html> pp. 1-11, p. 3. Una traducción española podría ser “Derecho dúctil”, pero este término ya se ha utilizado con otro sentido (así en la traducción del libro de Gustavo ZAGREBELSKY *Diritto mite* (*Derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, Madrid, Trotta, 1995). Otra traducción posible sería “Derecho flexible”, pero también se ha utilizado con otro significado (así en la traducción, por L. M. DÍEZ-PICAZO del libro de Jean CARBONNIER *Flexible Droit* (*Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1974). Por ello, parece más simple emplear el bien conocido término anglosajón.

2. Ver DI ROBILANT, A., “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 54(3) Summer 2006, pp. 499-554.

3. TULKENS, F., y VAN DROGHENBROECK, S. “Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme” en *Liber amicorum Michel Mabieu*, Bruselas, Larcier, 2008, pp. 505-526. Los autores señalan que recogen la definición de J. SALMON en *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas, Bruylant, 2000, p. 1039. Ver también al respecto, de TULKENS, F., VAN DROGHENBROECK, S. y KRENCK, F. “Le soft law et la Cour européenne des droits de l’homme. Questions de légitimité et de méthode” en VVAA., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2012 (en prensa).

4. Hecho público por la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de ministros de 18 de febrero de 2005. (BOE de 7 de marzo de 2005). El Código, *in fine*, establece que “El Consejo de Ministros, en el supuesto de que hubiera incumplimiento de los principios del Código, adoptará las medidas oportunas”.

5. Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por todos los grupos parlamentarios, el día 16 de abril de 2002.

6. Para esta práctica, ver TOMAS Y VALIENTE, F., “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1976, vol. III, pp. 2196-2204.

7. McHARG, A., “Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law” en *Modern Law Review*,(2008) pp. 853 y ss.

8. *Ibidem*.

9. GERSEN, J., y POSNER, E., “Soft Law: Lessons from Congressional Practice”, *Stanford Law Review*, 61(2008) pp. 573 y ss.

10. Por ejemplo, THIO, Li-ann, “Soft Constitutional Law in nonliberal Asian constitutional Democracies” en *International Journal of Constitutional Law*, Oct. 2010 8(4) pp. 766-799.

11. Así, KLABBERS, J. “The undesirability of soft law” en *Nordic Journal of International Law*, 67(1998) pp. 381-391.

12. D’ASPREMONT, J. “Softness in International Law: A Self Serving Quest for New Legal Material” en *European Journal of International Law*, 19(5) 2008, pp. 1075-1093.

13. Varios análisis de diversos autores sobre la relevancia del *soft law* para el Derecho de los derechos humanos pueden encontrarse en el capítulo bajo el título “Significance for the Human Rights movement of the changing character of customary International law and of soft law” en STEINER, A. J., ALSTON, Ph., Y GOODMAN, R., *International Human Rights in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 160-171. Para el significado del *soft law* en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, los artículos de TULKENS. F. *et alii*, *op. cit.* nota 4.

14. CARRILLO SALCEDO, J. A., “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional” en VVAA. *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 36-76, p. 75.

15. Recomendación R(81)7.

16. Recomendación R(97) 20.

17. Recomendación 176(2006).

18. Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

19. Rec. 2006 (2) de 11 de enero de 2006.

20. R(98)7.

21. R(96) 10.

22. R(87)15.

23. R(92)1.

24. Ver, por ejemplo, MARGUÉNAUD, J. P. y MOULY, J. L. *avènement d'une Cour Européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie*” *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739 y ss. También los trabajos de TULKENS *et. alii*, citados en nota 4.

25. R(2000)6.

26. STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, caso *LOPD*.

27. Así en la STC 91/2000, caso *Paviglianiti*.