

# NUEVOS HORIZONTES del Derecho Constitucional

*Quedan rigurosamente prohibidas, sin autorización escrita de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendiendo la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo público.*

**Dirección:**

Daniel Fernández Cañueto  
y Pablo Guerrero Vázquez

**Edita:**

Fundación Manuel Giménez Abad

**Palacio de la Aljafería**

Calle de los Diputados, s/n  
50004 Zaragoza

**Teléfono:** 976 28 97 15

**ISSN** 2792-7873

**Diseño gráfico:**

Inés Bullich

La revista **Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional** pretende dar a conocer anualmente las tesis doctorales ya defendidas en España.

La creación de la misma responde a dos anhelos principales. Por un lado, aspira a ser la herramienta que permita a quienes estén interesados en este ámbito de conocimiento disponer de forma resumida del contenido esencial de una parte sustancial de las tesis que se vayan defendiendo en España. Y, por el otro, pretende ser un altavoz a través del cual los nuevos doctores difundan las conclusiones e implicaciones teórico-prácticas de sus recientes investigaciones.

Asimismo, la singularidad de la temática quiere extenderse también a la forma de presentar los contenidos. Por ello, los autores han tenido que seguir una directriz, una recomendación y una solución de posibilidad para redactar los textos que aquí se ofrecen al lector.

La directriz es la ausencia casi total de notas a pie de página, pues como quiera que es posible acudir a las fuentes originales, se ha decidido apostar por un formato que permita una lectura lo más ágil posible.

La sugerencia es la de convertir la introducción en una suerte de resumen del entorno personal y sociopolítico que les llevó a iniciar su investigación científica. Texto y contexto son, a nuestro entender, elementos esenciales que nos permiten comprender mejor los matices de toda producción intelectual.

Y la solución de posibilidad reside en que, excepcionalmente, los autores pueden incluir aquellas partes de la investigación doctoral que versen sobre el mismo objeto de estudio y no hayan sido incorporadas en la tesis pero que hayan sido publicadas. Aunque casi siempre tesis doctoral e investigación doctoral son términos equivalentes, puede no ser así, de manera que creemos pertinente adoptar una cierta laxitud con el objetivo de que el resumen permita el mejor entendimiento posible del objeto de estudio analizado y de las conclusiones a las que dicho nuevo doctor ha llegado.

No quisiéramos dejar pasar la oportunidad de manifestar nuestro agradecimiento a los comentaristas y miembros del comité científico del Seminario Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional. Sin su inmensa generosidad, ninguna de las ediciones hubiera sido posible, así como tampoco el nacimiento de la presente revista.

Por último, nos gustaría cerrar estas breves líneas con un sentido reconocimiento. La Fundación Manuel Giménez Abad nació por la barbarie de ETA, pero no lo hizo para luchar directamente contra el terrorismo sino con el objetivo de preservar y mejorar nuestra democracia parlamentaria que éste quería derrotar. Gracias a las versadas manos de su actual Secretario General, José Tudela Aranda, la Fundación es hoy uno de los mayores y más dinámicos polos de atracción de conocimiento, debate sosegado, difusión de saberes y apoyo a modestos proyectos como el Seminario y esta Revista.

#### **Dirección**

Daniel Fernández Cañueto

Pablo Guerrero Vázquez

# La mayor protección de los derechos humanos<sup>1</sup>

Pablo  
Sánchez-Molina

Doctor por la Universidad de Sevilla

---

1. El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral defendida en la Universidad de Sevilla. Si el lector desea un análisis en profundidad o consultar el aparato bibliográfico utilizado puede consultarse SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2021): *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*. Thompson Reuters Aranzadi.

**SUMARIO:**

- I. Evolución cronológica de la investigación: de la tesina a la tesis doctoral
- II. Breve resumen de la tesis doctoral
- III. Conclusiones

**NOTA BIOGRÁFICA:**

Pablo Sánchez Molina obtiene el título de Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga en el año 2011. Tras ello, comienza su carrera investigadora (bajo la tutela del Dr. Ángel Rodríguez) en el ámbito del Derecho Constitucional con la defensa, en el año 2012, de una memoria de licenciatura titulada “Europa y la Constitución: la idea europea en las Cortes Constituyentes de 1978 y en las reformas constitucionales de 1992 y 2011”. En el año 2013 obtiene el título de Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Asimismo, ha realizado unas estancias en el Instituto Universitario Europeo de Florencia bajo el paraguas de Academia de Derecho Europeo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Berkeley y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg).

Ha estado contratado por la Universidad de Sevilla, en calidad de Personal Investigador en Formación, a través del programa de becas de la Obra Social “la Caixa” para doctorados en universidades españolas habiendo realizado una tesis doctoral *cum laude* que lleva como título “La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el constitucionalismo global” (defendida en diciembre de 2019). En la actualidad está contratado por la Universidad de Málaga, como Profesor Ayudante Doctor en el Área de Derecho Constitucional.

**I. EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN:  
DE LA TESINA A LA TESIS DOCTORAL**

No estamos descubriendo la pólvora si admitimos que el resultado final de una investigación suele distar de la idea inicial. Este hecho dista de ser indeseable, por el contrario, es una buena noticia. Admitir la evolución de una investigación es corroborar su madurez. Si, por el contrario, un investigador no evoluciona de la mano de su investigación no estaremos ante un verdadero trabajo de ese calado.

En nuestra opinión, investigar es más que corroborar varias hipótesis. Es cierto que las hipótesis son esenciales en cualquier investigación, pero creemos que

son el medio y no constituyen un fin en si mismo. Plantearse diferentes hipótesis y el afán por comprobarlas actúan como el combustible que nos hace avanzar. Es cierto que la finalidad de una investigación es argumentar en base a derecho una respuesta afirmativa, negativa o incluso eclécticas a las hipótesis iniciales, pero también es muy importante lo aprendido por el investigador en este camino.

Como apuntábamos, la energía en la investigación la suministra el interés en resolver una o varias hipótesis y, precisamente, en nuestro trabajo se trataron de resolver un gran número. Estas, como veremos, parten de un origen (y a partir de ese momento todo comienza a fluir). En cambio, como apuntábamos al final del párrafo anterior, no consideramos que dar solución a las hipótesis planteadas sea lo más importante en la realización de una tesis doctoral. Sin duda, lo más importante son las habilidades que un trabajo de este calado aporta a quien lo realiza. Entre estas habilidades, imprescindibles para el devenir de una carrera investigadora, destacan la mejora de la lectura, la escritura, la argumentación, la capacidad de empatizar con ideas no compartidas o la humildad, pues hay trabajos impresionantes por el ancho mundo del Derecho Constitucional. A su vez, la posibilidad de acudir a otras universidades a investigar contribuye a alcanzar una visión cosmopolita del mundo y valorar su diversidad, también jurídica.

La investigación jurídica no, es más, ni menos, que leer y escribir. En nuestro caso ha supuesto un enriquecimiento tanto personal como profesional, habiendo interiorizado las habilidades anteriormente expuestas. Sin duda, el doctorado ha supuesto una experiencia vital. Esta percepción se ve acrecentada por el principal cambio de rumbo que hizo que la idea inicial se modificara por lo que es el trabajo final (tuvo lugar tras nuestra primera estancia de investigación, en la Universidad de California, Berkeley).

Un investigador no debe perder de vista estos matices que hacen grande la investigación que se le encomienda y que constituyen una fuente de inspiración para el devenir de este tipo de trabajos que son a la vez solitarios y sociables. El día a día en la biblioteca es, a veces, difícil y solitario, pero, por el contrario, el contacto con la comunidad científica, la posibilidad de conocer otras culturas académicas y el diálogo con los autores a través de las lecturas de sus libros y artículos constituyen un valor añadido a esta pasión convertida en profesión.

Sin querer partir de una falsa modestia, simplemente poner al lector en contexto y evitarle sorpresas, nuestra tesis doctoral no es perfecta ni resuelve aspectos imprescindibles para el devenir del Derecho Constitucional. La verdad es que este nunca ha sido nuestro objetivo, sino que el principal ha sido aprender y en ese camino, y con una magnífica dirección, todo ha ido fluyendo. Utilizando un símil que, en ocasiones, utiliza mi director, el despegue se inició según lo esperado, aunque con algo de retraso, algunas turbulencias han aparecido durante el viaje, pero nada importante y, en cambio, el aterrizaje ha sido declarado de emergencia (al parecer, esto no dista mucho de ser lo más habitual). Este trabajo, al fin, ha llegado a buen puerto, pero no debemos auto engañarnos. El camino de

un investigador nunca se acaba, siempre queda espacio para el conocimiento y lo mejor de este ámbito es que cuanto más vas avanzando, te vas dando cuenta su inmensidad, de la inmensidad del conocimiento.

El primer paso consistió en encontrar un ámbito de actuación, en buscar una primera hipótesis. Para ello, tras acabar la licenciatura en derecho decidimos empezar por la realización de una tesina de investigación<sup>2</sup>. Este hito es de importancia por dos motivos. En primer lugar, porque la tesina de licenciatura constituyó nuestro primer acercamiento a la investigación y, por tanto, nos permitió aprender las técnicas investigadoras de primera mano. Y, en segundo lugar, por el tema a tratar: la influencia de Europa en el proceso constituyente y las dos reformas de la Constitución Española.

Aquel trabajo trataba de demostrar la existencia de una cierta «idea de Europa» tanto en el proceso constituyente como en las dos reformas constitucionales posteriores. Esta hipótesis se confirmó en tres vertientes. Una consecuencia de la influencia europea en el proceso constituyente de 1978 fue la calidad jurídica y el carácter mixto de nuestro texto constitucional. La presencia del constitucionalismo europeo hizo que nuestra Constitución fuera más original de lo que a primera vista pueda parecer, ya que entremezcla las técnicas acogidas de las constituciones europeas adaptadas al caso concreto de España, y a esto le añade técnicas propias de gran originalidad, como es el caso de las Comunidades Autónomas. La influencia de las técnicas europeas combinadas con técnicas originales hace que nuestra Constitución tenga un gran componente de mestizaje.

La importancia de este estudio dista de encontrarse solo en sus conclusiones, sino en el florecimiento de una forma de percibir el derecho constitucional que ha sido muy importante en el desarrollo de nuestra tesis doctoral: la globalización del derecho. Consideramos que un investigador en el Siglo XXI, y más aún si se centra en los DDHH, debe estar muy pendiente en las evoluciones internacionales ya que estas tendrán un gran impacto en las regulaciones internas. No podemos perder de vista, se destacó a lo largo de esta tesis doctoral, que el clásico derecho de producción interna ha pasado a interaccionar con otra serie de normas, de producción externa, que ha revolucionado el mundo del derecho.

No es lo mismo la denominación que el contenido, pero, incluso, podemos ir más allá al apreciar la diferente aplicación de una misma norma dependiendo del sistema jurídico en el que se incardine. En definitiva, como ya adelantó Ortega y Gasset en el transcurso de los debates constituyentes de la II República, pero sigue estando plenamente vigente: el «abecedario jurídico» es común a todos los

---

2. SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2012): *Europa y la Constitución: la idea europea de en las Cortes Constituyentes de 1978 y en las reformas constitucionales de 1992 y 2011*, Memoria de licenciatura, inédito.

pueblos, y que la originalidad de cada cual consiste sobre todo en la combinación de dichas «letras»<sup>3</sup>.

Con esta lección aprendida durante un año dejamos la investigación de lado para cursar el Máster del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Tras este importante paso, en el que pudimos centrarnos en los ámbitos esenciales de nuestra disciplina y hubo uno que nos llamó la atención: la protección internacional de los DDHH. Comenzamos a acercarnos a este ámbito a través del derecho de sufragio contenido en el art. 23 CE y las otras fórmulas de participación del art. 9.2 CE. De hecho, el Trabajo Fin de Máster presentado iba en esta línea al centrarse en las Elecciones al Parlamento Europeo, concretamente, en la transposición en España de las Directivas 93/109/CE y 2013/1/UE<sup>4</sup>.

Es cierto que el objeto de estudio se centró en la Unión Europea, pero, también, constituyó nuestra primera aproximación al análisis de un derecho en un ámbito supranacional. De hecho, en esta línea continuamos con otras publicaciones<sup>5</sup>. A partir de ese momento decidimos dar el primer giro a nuestra línea de investigación y, para ello, comenzamos con la doctrina del margen de apreciación en el TEDH. Los primeros trabajos se centraron en analizar los dos ámbitos, el electoral y la doctrina del margen de apreciación<sup>6</sup>.

La idea de comenzar con la doctrina del «margen de apreciación nacional» surgió por las dificultades de considerar la jurisprudencia que contenía este tipo de pronunciamientos como aplicable por terceros Estados. Al iniciar la búsqueda de un tema de investigación que estuviera englobado en la protección internacional

---

3. «Este artículo o el otro, es decir, las piezas del aparato gubernamental, podrán haber sido incluso transcritas de cartas forasteras. ¡No faltaba más! El abecedario jurídico, las piezas del edificio civil son hoy comunes a todos los pueblos y usar otros sonidos elementales no fuere sino arcaísmo o extravagancia. La originalidad, pues, sólo ha de existir en la combinación. No son las letras sueltas sino el enjambre de la palabra quien porta el sentido de quien es o no es original», intervención de José ORTEGA Y GASSET en el Pleno del Congreso de los diputados en la sesión de 4 de septiembre de 1931, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, citado por Oscar ALZAGA VILLAAMIL (2005), en *Derecho político español según la Constitución de 1978 I*, Constitución y Fuentes del Derecho, 3ª Ed, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Pág. 261.

4. SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2013): *Elecciones al Parlamento Europeo, Directiva 93/09/CE y Directiva 2013/1/UE. Análisis y necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico español*, Trabajo Fin de Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, inédito.

5. SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2016): «El derecho de sufragio de los extranjeros: un análisis comparado» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 27, págs. 355-379.

6. SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo (2014): «El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres» en *Revista Estudios de Deusto*, volumen 62/1 de 2014. Págs. 371-386. Y Sánchez-Molina, Pablo (2016): «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos)» en *Eunomia: revista en cultura de la legalidad*, Tirant Lo Blanch, nº9, octubre 2015 – marzo 2016. Págs. 224-231.

de los Derechos Humanos nos dimos cuenta de la existencia de muchas y muy buenas investigaciones sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional» que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), concede a los Estados parte el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, nos sorprendió que la doctrina jurídica no se haya ocupado, con muy pocas excepciones, del importante problema que encierra el uso de esta técnica que, a su vez, pueden hacer los tribunales nacionales de los Estados parte.

La idea que impregnaba nuestro primer proyecto de tesis que se ha mantenido durante todo el desarrollo del trabajo, es la posibilidad de que, mediante la remisión de los tribunales nacionales al margen de apreciación que otorga el Tribunal de Estrasburgo, se limite la protección constitucional interna de determinados derechos. Esa práctica es, además, doblemente paradójica, pues el margen de apreciación supone una deferencia del TEDH a un Estado miembro porque cree que sus tribunales nacionales están en mejor disposición, por su cercanía a los hechos, para apreciar o no la necesidad de una restricción y elaborar su propio estándar de protección. Por lo que no parece coherente que, mediante la aplicación interna de esa doctrina, los tribunales nacionales de otro Estado miembro renuncien a tomar la decisión que, por los mismos criterios de mejor disposición y cercanía, le habría correspondido tomar.

Este riesgo de mal uso de la doctrina del margen de apreciación consumió el primer año de nuestra investigación y nos sirvió para ahondar en un ámbito complicado desde un aspecto concreto. A su vez, nos conectó con otro de los puntos cardinales de este trabajo: la cláusula contenida en el art. 53 CEDH. De hecho, el análisis de la doctrina del margen de apreciación y su conexión con la regresión de los DDHH ha dejado de erigirse en solitario como la preocupación central de nuestro trabajo, que ahora se encuentra compartida con otros problemas que pasaremos a introducir en los siguientes párrafos.

La cláusula contenida en el artículo 53 CEDH llamó nuestra atención por sus peculiares características. Si partimos, en exclusiva, de los beneficios de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos corre el riesgo de pasar desapercibida, pero si nos planteamos los riesgos acapara un primer plano. Su redacción es sencilla: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte». Pero si ahondamos en sus características y funcionamiento encontramos una interesante combinación de aristas que cambió nuestra perspectiva del trabajo y nos dejó absortos.

En análisis de la cláusula de la mayor protección del CEDH ocupa un capítulo de los cinco en los que se divide nuestra tesis doctoral, pero no es el primero de ellos. Tras las investigaciones previas y el análisis del uso de la doctrina del margen de apreciación, el art. 53 CEDH fue el siguiente siguiendo un orden

temporal y ha sido el primer aspecto que, tras profundizar en él, ha ocupado un lugar importante en nuestro trabajo. Aún así, ya hemos adelantado que no es el primer capítulo. Su inclusión como capítulo tercero, como veremos, no se debe a su menor importancia sino, precisamente, a que avances en la investigación nos llevaron a profundizar en otros aspectos que, en una correcta presentación sistemática, deben preceder a este para facilitar una mejor comprensión global de toda la problemática a la que nos hemos enfrentado.

Lo más sorprendente del análisis de esta cláusula, que trata de evitar que no se respete el principio de subsidiariedad es la distancia entre su construcción teórica y su aplicación práctica. La lógica de su inclusión es la misma que la de su primer antecedente, al que nos referiremos a continuación. En definitiva, a su través se pretendía articular una fórmula para permitir la fijación en un texto, en este caso el CEDH, de estándares de protección que pudieran alcanzar todos los Estados parte y, por otro, respetar el principio de subsidiariedad del Convenio sobre la máxima de que constituye un mínimo común de protección. Sin embargo, en la práctica, se ha convertido en una cláusula olvidada que no ha sido activada por el TEDH.

Lo que pretende la cláusula de mayor protección del art. 53 CEDH es, en última instancia, que se respete la configuración de este instrumento internacional como un suelo de protección que ningún Estado pueda limitar (con la excepción de la doctrina del margen de apreciación nacional citada anteriormente). En cambio, el riesgo de incumplimiento no es solo este. No defendemos que la labor del TEDH como garante de que los Estados parte respeten el nivel de protección contenido en los derechos del CEDH sea menor; pero sobre esta cuestión existen numerosas investigaciones. La doctrina, en muchas ocasiones, se ha centrado en analizar el contenido de un derecho concreto, incluyendo su contenido a tenor del propio precepto como de la jurisprudencia del TEDH y que, como hemos hecho referencia, combina pronunciamientos extensivos con otros más restrictivos.

Defendemos que además del riesgo, digamos, tradicional, encontramos otro: que los Estados puedan utilizar los instrumentos internacionales para limitar su protección interna, aunque sin violar con ello el mínimo común de protección recogido en un tratado internacional de protección de los DDHH, en este caso el del CEDH. En esas ocasiones, aunque un Estado parte no infringiera el mínimo establecido por el Convenio, sí lo utilizaría para limitar derechos más protegidos por su propio ordenamiento. La lógica sería diferente a las violaciones tradicionales, al respetarse el contenido mínimo, según el Convenio, de un derecho sustantivo concreto.

Encontramos dos vertientes dentro del art. 53 CEDH, una nacional y otra interna internacional. Al analizar teóricamente el contenido de la cláusula, tanto de la del Convenio como de otros instrumentos internacionales, hemos comprobado sus diferentes «personalidades». Nuestra hipótesis sobre las diferentes

«personalidades» explica el diferente comportamiento de cláusulas de mayor protección muy similares, dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se enclaven. En el caso del art. 53 CEDH sus peculiaridades son dos. A ambas ya hemos tenido ocasión de referirnos: la primera, la diferencia entre su configuración teórica y su aplicación práctica; la segunda, el contenido de la prohibición de limitación a la que se refiere que, en el caso del CEDH, además de incluir el derecho interno (vertiente nacional) incluye aquellos otros tratados internacionales que haya ratificado una Alta Parte Contratante (vertiente interna internacional).

A pesar de que el art. 53 CEDH parece un precepto claro y conciso, su aplicación práctica es sumamente complicada. Como «saving clause», no está pensada para blindar el contenido interno de los derechos, sino que busca, en exclusiva, evitar un mal uso del CEDH, lo que no impide que cualquier Estado parte, en virtud del principio de subsidiariedad, acometa por vía interpretativa o, directamente, a través de una modificación normativa, la reducción del nivel de protección interno de un determinado derecho.

Por otro lado, la situación se vuelve aún más compleja cuando nos encontramos ante casos en los que se combinan más de un derecho. En estos casos complicados la mayor protección de un derecho conlleva la limitación de otros y la cláusula analizada perdería su efectividad. Si a ello se le suma su inexistente aplicación por el TEDH, nos podríamos llegar a preguntar para qué sirve en realidad. Es un interrogante que quedó sin resolver en ese momento de la investigación. Para comprender el sentido de este tipo de previsiones habrá que avanzar aún más en el desarrollo de nuestro trabajo.

El siguiente giro de nuestra investigación consistió en localizar el origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Para lograr adentrarnos en las fuentes primarias que nos han permitido conocer el nacimiento de esta figura ha sido clave nuestra estancia de investigación en la Universidad de California, Berkeley. En esta universidad tuvimos la oportunidad de acercarnos a un gran número de autores que, atando cabos, nos permitió conocer uno de los descubrimientos más interesantes de toda nuestra investigación sobre el primer instrumento internacional que recogió la cláusula y los motivos de dicha inclusión dentro de un derecho internacional muy cambiante.

Este descubrimiento partió de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la diferencia entre las limitaciones intrínsecas y extrínsecas. Las primeras buscan evitar un menoscabo de las normas de un tratado, prohibiendo, por ejemplo, el abuso de derecho. Las segundas, las limitaciones extrínsecas, pretenden evitar que un tratado pueda menoscabar normas de otro. Precisamente esta es una de las finalidades de la cláusula de la mayor protección en el campo de los DDHH, aunque, como veremos, todo dependerá del sistema internacional ante el que nos encontremos.

Una vez enmarcada conceptualmente la cláusula de mayor protección dentro del derecho de los tratados, estuvimos en condiciones de datar su origen: una reforma de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Pero, como hemos indicado, lo más fascinante son los motivos de su inclusión. Hasta el momento nos hemos limitado a describir la cláusula en el CEDH y su construcción teórica basada en impedir que el propio Convenio se utilice para limitar regulaciones más protectoras de los Estados que respetarían, en última instancia, tanto el principio de subsidiariedad como su consideración como un mínimo común de protección. En cambio, lo que nos ha aportado el conocer el origen de la cláusula ha ido más allá, permitiéndonos conectar uno de los momentos más relevantes en la construcción del derecho internacional contemporáneo con nuestro objeto de estudio.

Así, en fechas cercanas a la finalización de la II Guerra Mundial, en la ciudad de Filadelfia, se decidió incorporar a la Constitución de la OIT una previsión decisiva para la posterior expansión de este instrumento internacional. La incorporación de la cláusula de la mayor protección en la Constitución de la OIT buscaba superar la siguiente dicotomía: ampliar los Estados parte y lograr niveles de protección realistas para todos los trabajadores, sin que esto supusiese un freno en el avance de la protección de los derechos ya reconocidos. Se trató de combinar una expansión universal con una protección efectiva. Una vez finalizada la segunda gran guerra, la expansión se confirmó y la OIT pasó a formar parte de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como agencia especializada. La inclusión de la cláusula de la mayor protección permitió, por un lado, configurar un grado de protección de los derechos asequible para todos los Estados parte, tanto industrializados como en vía de desarrollo, y, por otro, no resultar un lastre para el nivel conseguido por los países industrializados.

Ese razonamiento que, a su vez, constituyó la piedra angular en la relación entre los intereses de los trabajadores y la industria, condujo a una creciente estandarización de los derechos laborales hasta el mínimo exigido. Además, su configuración como un ámbito sectorial en el que difícilmente podremos encontrar conflicto de derechos, al primar las condiciones más favorables para los trabajadores, ha facilitado su construcción teórica más pura. Como veremos, esto no ha ocurrido en el resto de los instrumentos internacionales analizados, lo que nos permitirá formular nuestra hipótesis de las «diferentes personalidades» en la segunda parte de nuestra investigación.

Además de la importancia de conocer la lógica del origen de la mayor protección en el campo de los tratados internacionales sobre DDHH, su estudio constituyó la primera publicación sobre un aspecto recogido directamente en nuestra tesis doctoral<sup>7</sup>. Con esta publicación, y en otras ocasiones de las que se dará referencia

---

7. Sánchez-Molina, Pablo (2018): "El origen de la cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos" en *Estudios de Deusto*, Vol. 66, núm. 1, enero-junio, págs. 375-391.

cuando sean traídas a colación, se daba cumplimiento al Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, que contempla la publicación previa, a modo de avance, de parte de la investigación que sustenta una tesis doctoral. Sin duda, el cambio de óptica en los estudios de doctorado, en cuya versión anterior la tesis debía permanecer rigurosamente inédita hasta el momento de su defensa, facilita que la investigación predoctoral pueda ser sometida, antes de la colación del grado de doctor, al control de la comunidad académica. Así, tanto a través de publicaciones como de participaciones en congresos se permite al investigador novel contrastar sus resultados con otros investigadores más consolidados e incluir en el desarrollo del trabajo matices que han enriquecido el resultado final. En nuestro caso fue muy importante la participación en el II Seminario de Trabajo: “Nuevos horizontes del Derecho Constitucional”, celebrado en Lérida en febrero de 2018, en el que los planteamientos principales de esta investigación pudieron recibir un beneficioso *feedback* de constitucionalistas de primer nivel.

La cláusula de la mayor protección aparece en multitud de tratados internacionales de protección de los DDHH. En nuestra tesis doctoral nos hemos centrado en los instrumentos regionales más importantes, dos europeos y uno americano. Dentro de los europeos, como es sabido, nos encontramos, además del citado CEDH, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Y, en el sistema americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

La hipótesis de las «diferentes personalidades» se potencia con los análisis de la CDFUE y la CADH. En los casos del origen en la OIT y el CEDH la finalidad de la cláusula era la misma pero lo que variaba era su aplicación práctica. En cambio, como veremos, y por diferentes motivos, las previsiones contenidas en la CDFUE y en la CADH han actuado de forma diferente. En primer lugar, en el análisis de la cláusula del art. 53 CDFUE ha sido necesario adentrarnos en el análisis de la Unión Europea (UE). Como es sabido, su evolución, hasta la fecha, culminó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consideración de la CDFUE con valor de tratado originario junto al Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este orden supranacional, el derecho originario coexiste con otra serie de normas, de derecho de derivado.

Además, el derecho de la UE rige el principio de primacía en el ámbito de sus competencias. En materia de DDHH, esto implica que el estándar de protección de la Unión Europea desplazará al nacional dentro de su ámbito competencial. Este aspecto es esencial para el devenir de la cláusula de la mayor protección de los DDHH en este ordenamiento jurídico supranacional. Para llegar a la «personalidad» de la cláusula del art 53 CDFUE partimos del contenido de la disposición y las explicaciones de la carta para, acto seguido, analizar su evolución en el proyecto de redacción del Consejo Europeo de Colonia al Consejo Europeo de Biarritz. A continuación, nos centramos en la jurisprudencia al respecto para concluir que nos encontramos ante una cláusula con una personalidad muy diferente a las analizadas hasta el momento. En su virtud, no prevalecerá un estándar

interno más protector al reconocido por el derecho de la UE a no ser que la limitación afecte a la identidad nacional. En ocasiones, las cláusulas se crean con diferente finalidad de un tratado a otro y, en este caso, lo que buscaba el legislador europeo al incluir la cláusula era, precisamente, garantizar el respeto del estándar de protección de los Estados miembros en aquellos supuestos que no quedaban impregnados por el ámbito de competencias de la Unión.

En nuestra evolución como investigador novel, probar una «personalidad» de la cláusula de la mayor protección diferente a la que dio lugar a su primer antecedente fue muy importante. Esto demostraba la riqueza de este ámbito y la importancia del ordenamiento jurídico ante el que nos encontremos. Aún así, es lógico que el ámbito de la UE, por sus especiales características, contase con una cláusula *sui generis*. La sorpresa vino al comprobar que un instrumento muy próximo al que dio lugar al origen de la cláusula, la CADH, también contara con una personalidad diferente. Es cierto que las causas son diferentes, en el caso del CDFUE primó el ordenamiento jurídico en el que se enmarcaba, en cambio, la cláusula de la CADH estuvo influenciada, sobre todo, por la entidad de las violaciones y el activismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Tras su origen, la cláusula del CEDH había sido olvidada por el TEDH; en cambio, en el caso de la CADH, la Corte IDH había potenciado una cláusula con una muy similar redacción. Como veremos, una numerosa jurisprudencia avala este extremo.

Nuestra tesis doctoral se iba completando, pero faltaba un elemento aglutinador. Habíamos sido capaces de elaborar un análisis de la cláusula de la mayor protección, pero no contábamos con un sustento teórico que fuese más allá. Así, casi por sorpresa, dimos con la teoría de la fragmentación del derecho internacional en nuestra estancia de investigación en el instituto Max Planck de Heidelberg. Una teoría que trataba de analizar las actuales consecuencias del pluralismo legal existente. Su idea principal es que las técnicas de gestión del pluralismo implementadas en el pasado, sobre todo a través de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no eran suficientes para la racionalización del derecho internacional. La deficiente gestión de este pluralismo legal traía como consecuencia su denostada fragmentación. Por ello, algunos autores abogaban por volver a la unidad del derecho internacional. En nuestra opinión, retrotraernos en la evolución de la globalización en el ámbito jurídico es impensable y lo deseable es beneficiarnos de su potencial a través de nuevas técnicas para la gestión racionalizada del pluralismo legal. Este es el papel que creemos que puede atribuirse a la teoría del «constitucionalismo global».

El constitucionalismo global se nos presenta como una teoría facilitadora en la búsqueda de la racionalización del pluralismo legal, dentro de la cual podemos enmarcar la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Así, una teoría particular con un origen claro estaría englobada, en nuestra opinión, en una teoría general de gestión del pluralismo normativo en el ámbito de los DDHH. Nuestro objetivo distó mucho de buscar una teorización completa de estos dos fenómenos complejos, sino que pretendió tan solo utilizar sus enseñanzas y defender los

beneficios del pluralismo legal de los DDHH siempre que se haga un uso correcto de la cláusula de la mayor protección de los DDHH.

## II. BREVE RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL<sup>8</sup>

A través de nuestra Tesis Doctoral se analizaron las cláusulas de mayor protección de los derechos humanos. La cláusula de la mayor protección en los tratados sobre derechos humanos se configuró con el objetivo de conciliar la ampliación del número de Estados parte y el mantenimiento del nivel de protección de los derechos en los Estados. En concreto, nos detuvimos en las previsiones contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos. Con carácter previo se examinaron dos teorizaciones relevantes para comprender la gestión del actual pluralismo normativo: la fragmentación del derecho internacional y el constitucionalismo global.

Tanto la fragmentación del derecho internacional como el constitucionalismo global parten de un concepto previo: el pluralismo legal, este concepto parte del constitucionalismo multinivel en el ámbito de los DDHH como nuevo paradigma. La esencia de este fenómeno, muy ligado a la globalización en el ámbito jurídico, la encontramos en la convivencia de diferentes fuentes de producción del derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El clásico derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas de producción externa que, a pesar de provenir de una instancia internacional, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional. Dicho esto, por fragmentación nos referiremos a su concepción como consecuencia del pluralismo legal. Esta consecuencia, atenderá, principalmente, al fracaso de los mecanismos tradicionales en la gestión de dicho pluralismo.

En cambio, la idea de constitucionalismo global, a nuestro modo de entender, se focaliza en un campo de actuación anterior, al no atender a las consecuencias de la gestión del pluralismo sino a la propia gestión del mismo. A través del constitucionalismo global se han propuesto nuevas técnicas de gestión de la pluralidad que operan a través de la aplicación de principios constitucionales al derecho internacional. El pluralismo legal en el ámbito de los DDHH no es solo inevitable, sino deseable. Esta pluralidad ha propiciado la configuración de unos canales de comunicación que han revolucionado el mundo del derecho. Una de las consecuencias más interesantes radica en el intercambio de información

---

8. Su título original era: “La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Global (Las diferentes «personalidades» de las cláusulas de mayor protección en el CEDH, la CDFUE y la CADH)”

en la búsqueda de un enriquecimiento mutuo, lo que se ha denominado “*cross fertilization*”. En este punto del relato es donde se percibe la importancia de la cláusula de la mayor protección de los DDHH como un mecanismo favorecedor de la racionalización de dicho pluralismo.

El origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH se remonta a cuatro semanas antes del Desembarco de Normandía. A la reunión en Filadelfia acudieron representantes de los 41 Estados miembros de la OIT y en el seno de dicha reunión se produjo una reforma que añadió al texto original una serie de disposiciones, entre las que se encontraba una cláusula ideada para dar respuesta a la problemática planteada ante la expansión de la OIT al resto de continentes. Ante esta disyuntiva se encontró la Organización Internacional del Trabajo: ampliar los Estados parte sin limitar la protección y el grado de cumplimiento de los derechos. No bastaba con una mera limitación de los derechos consagrados en la ILO original para que la ampliación tuviese éxito, sino que se tendría que evitar, a su vez, que la protección disminuyese en aquellos Estados industrializados.

Mientras una disminución de los estándares podría «afectar al prestigio de la función normativa y, por lo tanto, alienar a los países industrializados», mantenerlos podría dejar «prácticamente sin sentido» el compromiso de aquellos Estados menos desarrollados que, materialmente, no pudieran alcanzar el nivel de protección fijado. El artículo 19.8 de la Constitución de la OIT pretendía conjugar este riesgo sin afectar a la protección nacional de los derechos, algo aparentemente contradictorio. Por lo tanto, la cláusula del art. 19.8 de la Constitución de la OIT permitió conjugar un mínimo de protección internacional, que permitiese cumplir a los nuevos Estados parte, con otro estándar más elevado en aquellos Estados más consolidados.

Los últimos tres capítulos de nuestra tesis doctoral los dedicamos a analizar la cláusula de la mayor protección en los instrumentos internacionales citados (CEDH, CDFUE y CADH). La principal conclusión extraída parte de la hipótesis de las diferentes “personalidades”. Somos conscientes de que las disposiciones no tienen personalidad, pero con esta formulación hemos pretendido describir que ante tenores literales parecidos de las cláusulas de la mayor protección en el art. 53 CEDH, art. 53 CDFUE y art. 29.b CADH, los efectos jurídicos son diferentes. En estos casos, lo relevante no es tanto el contenido concreto de la disposición sino el sistema jurídico internacional en el que se incardinan.

En primer lugar, la previsión reguladora de la mayor protección contenida en el artículo 53 CEDH se caracteriza por tener una personalidad desconcertante, en la que su finalidad originaria ha distado mucho de su nula aplicación práctica. En segundo lugar, el carácter *sui generis* de la UE, destacando el principio de primacía del Derecho de la UE, ha propiciado la diferente personalidad de la cláusula de mayor protección del art. 53 de la CDFUE, en comparación con el resto de cláusulas analizadas. Por último, la cláusula de la mayor protección contenida en el art. 29.b CADH se caracteriza por estar muy potenciada.

### III. CONCLUSIONES

*Capítulo I: La pluralidad de normas como oportunidad para la mayor protección de los DDHH: de la «fragmentación» al «constitucionalismo global»*

1. El pluralismo legal, incluyendo la diversidad jurisprudencial además de la normativa, es una tendencia inevitable. La globalización ha llegado al ámbito jurídico y las relaciones crecientes entre sistemas internos e internacionales son una tónica. Además, el hecho de encontrarnos ante un fenómeno inevitable no quiere decir que su aparición sea negativa. Por el contrario, consideramos que es deseable siempre que se utilicen los métodos correctos para su gestión. En cambio, localizamos una problemática no resuelta en la gestión del pluralismo legal sobre la que es necesario ahondar.
2. La fragmentación es un término utilizado para aludir a una falta de cohesión tanto institucional como normativa entre las diferentes fuentes de producción del derecho, tanto internacionales como internas. La fragmentación se ha empleado con carácter peyorativo para describir un fenómeno que refleja la no adaptación del derecho internacional clásico a la construcción de un nuevo orden internacional (en el que predomina un solapamiento de las regulaciones debido, en parte, a la regionalización del derecho internacional y a la proliferación de tribunales internacionales de protección de los DDHH). En cambio, consideramos clave para cambiar esa tendencia peyorativa del término separarlo del pluralismo legal. La fragmentación no se asemeja al pluralismo, sino que es una consecuencia de una deficiente gestión de este. Defendemos el beneficio potencial del pluralismo bajo unas normas precisas de prelación de fuentes y superando la concepción unidimensional que solo contrapone la unidad con la fragmentación del derecho internacional. Tradicionalmente, la unidad ha sido percibida como una virtud y la fragmentación como una amenaza. Esta posición unidimensional ha sido favorecida por la incapacidad de aplicar mecanismos tradicionales de prelación de fuentes en la construcción actual del derecho internacional. Por tanto, si utilizamos, en exclusiva, los mecanismos tradicionales de gestión del derecho recogidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, corremos el riesgo de perpetuar equiparación pluralismo y fragmentación. En cambio, modificando ciertos aspectos en la gestión del pluralismo, la concepción fragmentada podría virar a otra racionalizada. Por tanto, el déficit no lo encontramos en el pluralismo legal en sí, sino en su gestión.
3. Realizar un análisis global de la fragmentación lo consideramos una tarea muy difícil y ha distado de ser un objetivo realista a lograr en nuestra investigación. De hecho, se encuentran tantas perspectivas de la fragmentación como estudiosos del tema. Por ello, consideramos que existen riesgos de tratar de simplificar la realidad ante una incapacidad de comprenderla y vemos necesario abandonar la idea de realizar una teorización completa del fenómeno. Aunque nos encontramos ante un ámbito que puede generar ansiedad

debido a su dificultad, creemos que debemos aceptar nuestras limitaciones y la complejidad del fenómeno ante el que nos encontramos. En cambio, sí consideramos que existen posibilidades de implementar mecanismos de racionalización en el ámbito de los Derechos Humanos. Nos encontramos ante normativa y jurisprudencia dentro de la protección internacional de los DDHH ya que la fragmentación parte de la aplicación de una serie de criterios interpretativos y aplicativos de la Convención de Viena. No defendemos que los criterios, como el «constitucional», «sistemático» y «conforme» favorezcan la fragmentación en todos los casos, sino que, en algunos de ellos, tal y como ha indicado la doctrina, puede verse esta favorecida. Nuestra posición busca, en sintonía con alguna doctrina, enterrar la palabra fragmentación para superar su concepción peyorativa partiendo de que es consecuencia directa de una determinada gestión del pluralismo legal. Por enterrar la fragmentación entendemos que algunos elementos fosilizarán y otros se mantendrán. Por ejemplo, en el ámbito de los DDHH el principio jerárquico debería fosilizar y utilizarse como experiencia de un criterio poco eficaz para la gestión del pluralismo, al favorecer una concepción fragmentada. No compartimos la aplicación de un criterio que fomente la oposición entre sistemas enfrentados, sino que proteja la existencia de diferentes instrumentos que favorezcan una convivencia heterárquica a favor de la mayor evolución en la protección de los derechos. En cambio, criterios como el sistemático o el de interpretación conforme deberían perdurar. Por tanto, la racionalización del pluralismo normativo pasaría por incluir nuevos elementos y combinarlos con otros existentes.

4. El constitucionalismo global es una teoría de gestión del pluralismo legal que sobresale como facilitadora en la conversión de su concepción fragmentada en una más racionalizada. La diferencia entre fragmentación y constitucionalismo consiste en que mientras que primero es una consecuencia del pluralismo legal y describe un fracaso en su gestión. El constitucionalismo global consiste en una fórmula para revertir la concepción fragmentada del pluralismo. Uno sería una consecuencia y el otro una modificación de las causas para tratar de combatir los aspectos perjudiciales de la propia consecuencia. Además, la defensa del constitucionalismo global lleva intrínseca la de los beneficios del pluralismo legal encontrar de otras posiciones unificadoras del derecho internacional de los DDHH. El constitucionalismo global es una teoría que busca la aplicación de principios constitucionales al derecho internacional. El constitucionalismo global no busca implementar un sistema internacional a imagen de los nacionales, una especie de constitución global, y si lo intentase fracasaría. Nuestra posición parte de una concepción del constitucionalismo global que dista de constituir un elemento definitivo en pro de la unidad del derecho internacional. No le pedimos tanto a este fenómeno y no creemos que sea una herramienta tan potente. En cambio, realzamos su importancia como catalizador de elementos positivos en pro racionalización del pluralismo normativo. Consideramos que el constitucionalismo global trata de racionalizar tanto la relación entre sistemas internacionales distintos como entre estos y los propios Estados (conexión triangular). En este sentido, encontramos reglas

destinadas a la solución de conflictos como las de cortesía constitucional y que en el ámbito concreto de los DDHH se corresponden con las doctrinas del margen de apreciación o la subsidiariedad.

5. La protección internacional de los DDHH cuenta con una entidad propia. Nos encontramos ante un ámbito muy homogéneo, por la existencia de valores compartidos, pero que dista de la plena identidad. Así, en este campo encontraremos conflictos interpretativos y jurisprudenciales que, en muchos casos, parten de diferencias de matiz en los textos o, encontrándonos ante un mismo texto, en decisiones divergentes de sus órganos enjuiciadores. Aunque se ha defendido, por alguna doctrina, la proliferación de los instrumentos regionales como imperios separados que favorecen la fragmentación. En nuestra opinión, aunque es cierto que el pluralismo legal se ha multiplicado con su existencia, instrumentos como el TEDH han contribuido a la racionalización del pluralismo a través de la utilización de principios como el de interpretación autónoma, interpretación dinámica o de efectividad.
6. La posibilidad de una regresión de los DDHH se nos presenta como una consecuencia inevitable de su configuración de los sistemas internacionales de protección de los DDHH. Aun encontrándonos ante un ámbito homogéneo, pueden existir diferencias normativas o interpretativas. Como ahondaremos en la siguiente conclusión, esto no es un problema cuando nos encontramos ante dos instancias internacionales separadas. En cambio, sí podría afectar en la relación entre un determinado tratado internacional de protección de los DDHH y la regulación interna de un Estado parte. Así, para respetar la consideración de los instrumentos internacionales como un acuerdo de mínimos y su incorporación a las fuentes de producción normativa de los Estados, es necesario implementar la cláusula de la mayor protección de los DDHH. La aportación esencial de nuestro trabajo es la incidencia en un criterio favorecedor de la racionalización de la fragmentación de los Derechos Humanos en el constitucionalismo global: la «mayor protección».
7. Dentro de la protección internacional de los DDHH debemos diferenciar una vertiente interna de otra internacional. Dentro de la primera, defendemos la aplicación de la interpretación conforme siempre que se respete escrupulosamente las reglas de las cláusulas de la mayor protección, lo que fomentaría la recepción solo de aquellos estándares de protección más elevados a los que en el momento disponga el Estado en concreto. Dentro de la segunda, defendemos lo contrario, la defensa de la existencia de un pluralismo normativo y el rechazo a aquellos Altos Tribunales que utilicen criterios de interpretación evolutiva de forma desproporcionada. Así, defenderemos su configuración última como un mínimo común de protección.

Capítulo II: La cláusula de la mayor protección de los DDHH: origen y expansión en el derecho internacional

8. El constitucionalismo global constituye el encaje teórico al verdadero objeto del presente trabajo, la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Su interés radica en el riesgo cierto de una regresión de los DDHH. La consideración de los tratados internacionales de protección de los DDHH como un mínimo común de protección, derivado del principio de subsidiariedad, y, por tanto, la posibilidad de que los Estados parte otorguen una protección mayor ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH hayan fijado cláusulas para que esta característica suponga una traba en la evolución de los derechos codificados. Estas cláusulas se encuentran dentro de la prohibición de las limitaciones intrínsecas y que hace referencia a la imposibilidad de que la aplicación o interpretación de un derecho reconocido en un tratado internacional de protección de los DDHH produzca la limitación de otro externo que le sea igualmente aplicable a un Estado parte. Dentro de las prohibiciones de carácter extrínseco encontramos las cláusulas de la mayor protección de los DDHH. Estas tratarían de impedir la utilización de previsiones recogidas en un tratado con la finalidad de limitar la protección nacional o interna internacional. En definitiva, los tratados internacionales de protección de los DDHH al recoger la cláusula de la mayor protección están limitando la aplicación de su propia normativa en los supuestos que sea, a su vez, de aplicación otra más protectora.
9. El origen de la cláusula de la mayor protección de los DDHH lo encontramos en la reforma del art. 19.8 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1944. La cláusula de la mayor protección pretende colaborar en la consecución de los dos objetivos principales de los instrumentos internacionales y protección de los DDHH sin resultar una traba: ahondar en su concepción internacional sin que suponga un detrimento de su eficacia. La tendencia universalizadora de la OIT, que posteriormente se materializó mediante su inclusión en el marco jurídico de Naciones Unidas como agencia especializada, llevó a plantearse esta dicotomía: ampliar el número de Estados sin afectar el grado de cumplimiento y sin ser un freno a los Estados más avanzados. Mientras que mantener los niveles de protección actuales (destinados para los países industrializados) podría dejar en papel mojado el compromiso de los Estados en vías de desarrollo al no poder alcanzar el nivel de protección fijado. La disminución de los estándares de protección, para garantizar su eficacia en aquellos Estados en vías de desarrollo, podría lastrar la evolución de los Estados industrializados (lo que la doctrina ha denominado “*the race to the bottom*”). La cláusula de la mayor protección sería la piedra angular en la combinación de todos los objetivos descritos.

### Capítulo III: La cláusula de la mayor protección en el CEDH

10. Partimos de la teoría de las diferentes personalidades, esto es, la diferencia aplicativa de cláusulas de protección con redacciones muy similares, dependiendo del sistema internacional de protección de los DDHH en el que se incardine. La finalidad original de la OIT no ha sido mantenida en el resto de instrumentos internacionales analizados, el CEDH, la CDFUE y la CADH.
  
11. La previsión reguladora de la mayor protección y contenida en el artículo 53 CEDH se caracteriza por tener una personalidad desconcertante en la que su origen ha distado mucho de su aplicación práctica. Mientras que en su origen se encuentran dos momentos en los que se desprende el motivo de su inclusión por las Altas Partes Contratantes, su aplicación práctica ha sido nula. De hecho, el último momento tuvo lugar con la entrada en vigor del Protocolo nº11, al añadirse el siguiente título al precepto: «Protección de los Derechos Humanos reconocidos». Además, en el plano teórico defendemos la claridad del sentido de la cláusula, a tenor de su redacción, pero, a su vez, la existencia de diferentes aristas que dificultan la comprensión de su extensión. Defendemos que la activación de la cláusula se produciría en el momento que un Estado parte interpretase la CEDH y que, como consecuencia, se produjese un perjuicio o limitación del estándar de protección determinado ordenamiento jurídico de un Estado parte e incluyendo los instrumentos internacionales de protección de los DDHH ratificados por dicho Estado parte. En estos casos, aún respetando el mínimo común de protección establecido por el CEDH, se estaría produciendo una vulneración del mismo. Por tanto, no toda limitación de los derechos nacionales vulneraría el art. 53 CEDH, consideramos que esta no se activará en los casos en que el Estado haya seguido una interpretación autónoma y que devenga en una limitación de los derechos estatales. En caso contrario el CEDH no dispensaría un mínimo común de protección sino 48 estándares mínimos coincidentes con la protección más alta de cada Estado parte. Además, la cláusula tampoco se activaría en los supuestos que existan conflictos de derechos, los denominados casos complicados (sí lo hará en los casos que exista un derecho y un interés particular pero no en los demás). A pesar de la riqueza teórica de la cláusula, su aplicación práctica ha sido inexistente y consideramos necesario un mayor activismo del TEDH para revertir su consideración como cláusula residual, ritual, invisible o ignorada, cuando, en realidad, nos encontramos ante una figura esencial en el equilibrio de la relación entre el derecho internacional de los DDHH y los Estados.

### Capítulo IV: La cláusula de la mayor protección en la CDFUE

12. El carácter *sui generis* de la UE, destacando el principio de primacía del Derecho de la UE, ha propiciado la diferente personalidad de la cláusula de

mayor protección del art. 53 de la CDFUE, en comparación con el resto de cláusulas analizadas tal y como quedó demostrado en la STJUE que resolvió el caso Melloni. Al estar presidido el Derecho de la UE por el principio de primacía, el nivel de protección de los Estados no actuaría en el ámbito de competencias de la UE por lo que no nos encontraríamos con diferentes estándares sino ante un único a aplicar, el Derecho UE. En cambio, esta regla contaría con una excepción, la afectación de la identidad nacional de un Estado miembro. Esta excepción cuenta con una serie de dificultades al no disponer la identidad nacional de un contenido claro, por lo que consideramos que el TJUE debería incidir en este aspecto a través de un *landmark case*. Por otro lado, en el ámbito de competencias de la Unión la cláusula sí tendría una funcionalidad interna, impedir que el derecho derivado utilizase algún precepto de la CDFUE para limitar o lesionar su propio derecho. Además, otra finalidad de la cláusula es mostrar una cierta seguridad jurídica a los Estados miembros de que la CDFUE no va a desplazar la protección de los DDHH otorgada por los propios Estados en aquellos ámbitos que queden extramuros de las competencias de la UE.

#### Capítulo IV: La cláusula de la mayor protección en la CADH

13. La cláusula de la mayor protección contenida en el art. 29.b CADH se caracteriza por estar potenciada. A pesar de contar con una redacción muy parecida a su homólogo europeo, el activismo judicial de la Corte IDH ha favorecido esta personalidad proactiva de la cláusula y cuya causa radica en su enfrentamiento a posibles violaciones graves de los DDHH (las denominadas “*gross violations*”). También, la configuración de una CADH efectiva ha llevado a incorporar dentro de su canon interpretativo otras normas internacionales. Para lograr este fin la labor de interpretación del «o de acuerdo con otra Convención que sea parte uno de dichos Estados» (art. 29.b CADH) ha posibilitado que la Corte IDH haya elevado los estándares de protección de muchos derechos reconocidos en su articulado al nivel de aquél tratado más protector y respetando una condición, que un solo Estado parte lo haya ratificado. Este hecho hace que la vertiente interna internacional, en este caso, pase a ser una vertiente solamente internacional de la cláusula de mayor protección al no necesitar el anclaje interno. A diferencia del caso del CEDH, este carácter expansivo de la cláusula se la otorgado, sobre todo, la jurisprudencia del Corte IDH, del modo que hemos podido analizar. Por otro lado, otra especialidad de esta cláusula es su activación automática. No es necesario que un Estado parte lleve a cabo una interpretación de la CADH que, a su vez, limite un estándar nacional de protección más protector. En cambio, su activación se ampliará a todos aquellos casos en los que el derecho de un Estado parte o de un tratado internacional sea más protector.