

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# ANALES de DERECHO

## PRESENTACIÓN

Acerca de la proyección del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el ordenamiento español

LUIS LÓPEZ GUERRA

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2008-2018)

Al iniciarse el proceso constituyente, el año 1977, la voluntad de superar el periodo dictatorial suponía la necesidad de introducir en el nuevo sistema constitucional la garantía de los derechos básicos de los ciudadanos, tal como se habían formulado en la segunda posguerra mundial, tanto en las Constituciones de los países democráticos de nuestro entorno, como, en forma más general, en los diversos instrumentos internacionales, estableciendo las líneas y principios comunes que separan a los Estados de Derecho de las dictaduras.

Como tales instrumentos figuraban sobre todo, en esos momentos, la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y, en forma más inmediatamente cercana en el contexto europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales elaborado en 1950 en el marco del Consejo de Europa. En los momentos del proceso constituyente, era este último instrumento internacional el punto de referencia esencial en cuanto a los requisitos para obtener el reconocimiento como Estado de Derecho y para la inserción en cuanto miembro de pleno derecho en el proceso de integración europea. No es por ello de extrañar que el Estado español, inmediatamente tras las primeras elecciones democráticas tras la dictadura, celebradas el 15 de junio de 1977, ingresara en el Consejo de Europa como primer paso en el proceso de integración, y que, en el proceso constituyente, se llegara a proponer que, en lugar de adoptar una tabla de derechos constitucional, se proclamara simplemente la adhesión de España al Convenio Europeo. No fue esta la fórmula seguida; pero muestra de la relevancia para los constituyentes de los cánones internacionales de derechos humanos fue que, más allá de la fórmula general del artículo 96 de la Constitución relativa al valor de los tratados, el artículo 10.2 estableciera que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidos por la Constitución deberían interpretarse de acuerdo con los tratados y convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que, al poco tiempo, figuró destacadamente el Convenio Europeo, ratificado por España inmediatamente tras la aprobación de la Constitución, reconociendo la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo.

Esta doble fórmula constitucional ha dado lugar a que aparezcan dos vías de interiorización del Convenio en el ordenamiento español; por un lado, y como se ha señalado, a partir del artículo 96 de la Constitución, que especifica que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España,

formarán parte del ordenamiento interno; y por otro, a partir del mandato del artículo 10.2 de la Constitución. Hasta el momento (o hasta muy recientemente) esta última ha sido la vía usualmente seguida en nuestro país, de manera que la influencia del Convenio se ha hecho sentir en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Y valga recordar que esta fórmula viene a establecer en la práctica dos puntos de referencia para esa interpretación de los derechos fundamentales, puntos estrechamente relacionados entre sí: primeramente, y como es obvio, el mismo texto del Convenio y sus protocolos; por otro, y en forma más compleja, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como actor decisivo en la determinación del contenido de los mandatos del Convenio.

Ello deriva de la previsión del artículo 32 del Convenio, que reserva a la competencia del Tribunal “todos los asuntos relativos a la a la interpretación y aplicación” del Convenio, dando lugar a la noción de “cosa interpretada”. Se pudo considerar así por el primer juez español de Estrasburgo, el profesor García de Enterría, que se producía un doble reenvío; por un lado el artículo 10.2 constitucional se remite al Convenio como fuente de interpretación de los derechos fundamentales, y por otro, el artículo 32 del Convenio se remite al Tribunal de Estrasburgo como intérprete del mismo. En consecuencia, el Tribunal Constitucional español ha venido a reconocer el carácter vinculante, en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, no sólo del texto del Convenio (como “contenido mínimo” de esos derechos y libertades) sino también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, a quien corresponde concretar ese contenido (STC 91/2000, FJ 7)).

La adopción de estos criterios interpretativos derivados del artículo 10.2 CE ha dado lugar a un proceso de interiorización del Convenio por los diversos poderes públicos, tanto el legislativo (adaptando la normativa legal a las exigencias del Convenio) como el judicial (mediante una interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los mandatos del Convenio y la jurisprudencia del TEDH) como, finalmente, la jurisdicción constitucional. Este último aspecto cobra especial importancia en cuanto el Tribunal Constitucional aparece como garante de la convencionalidad del ordenamiento, coincidente, vía artículo 10.2 de la Constitución, con la constitucionalidad del mismo.

Una exposición de cómo se ha llevado a cabo esta interiorización en esos niveles excedería el objeto de las presentes líneas. Valga señalar, en cuanto al poder legislativo, que en múltiples casos ha procedido tanto a inspirarse *motu proprio* en la doctrina del TEDH a la hora de elaborar textos normativos, como a adoptar regulaciones generales a efectos de eliminar normas resultantes en vulneración de derechos humanos constatadas en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cuanto al primer aspecto, baste citar la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985 y en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988; y no escasean los ejemplos del segundo. Así, tras las Sentencias recaídas en los casos *Castillo Algar* (1998) y *Perote Pellón* (2002) por vulneraciones de derechos procesales de los recurrentes, en el año 2003 ( L.O. 9/2003) las Cortes reformaron la ley 4/1987 sobre competencias y organización de la jurisdicción militar; también el seguimiento legislativo de la doctrina del TEDH se hizo notar, como otro ejemplo, en la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta ( ciertamente con alguna tardanza) la condena a España en el caso *Valenzuela Contreras*, de 1998); como ejemplo adicional, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007 vino a remediar defectos en el procedimiento ante el mismo apuntados en la sentencia del TEDH en el caso *Ruiz Mateos c. España* (1993).

Puede afirmarse que, en forma general, el legislador ha procurado adecuar el ordenamiento española a la doctrina del TEDH. Lo mismo podría afirmarse respecto de la labor de los tribunales en la interpretación de la ley. Y ello tanto en lo que atañe al Tribunal Constitucional como a la jurisdicción ordinaria. En cuanto en particular al Tribunal Constitucional, el reflejo del artículo 10.2 en lo que se refiere al seguimiento de la jurisprudencia del TEDH en interpretación del Convenio, puede encontrarse en decisiones adoptadas tanto en procedimientos de control abstracto (así en la Sentencia 236/2007, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería) como de control concreto, en colaboración así con la jurisdicción ordinaria en la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad (así STC 145/88 en diversas cuestiones de inconstitucionalidad referidas al papel del juez instructor) como finalmente, en múltiples recursos de amparo. En cuanto a éstos últimos, por lo que se refiere a supuestos concretos en que la jurisprudencia del TEDH resulta elemento decisivo en la interpretación de un derecho reconocido tanto en la Constitución como en el Convenio,

valga referirse, por ejemplo, a las SSTC 31 y 33 de 1987 (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) o 157/ 93 (abstención y recusación de jueces).

El Tribunal Constitucional ha tenido pues un papel destacado, en la aplicación de las previsiones del artículo 10.2 de la Constitución, cumpliendo los jueces ordinarios un papel colaborador. Ahora bien, debe señalarse que, parece apuntarse, siquiera sea indiciariamente, que la otra vía ya señalada de interiorización en España de los mandatos del Convenio, esto es, la derivada de las previsiones del artículo 96 de la Constitución, podría cobrar destacada importancia. Como es bien sabido, en el sistema español, el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio del control constitucional de normas legales. Por ello, en la práctica, cuando un tribunal ordinario considera que una norma legal interna es contraria a un mandato del Convenio, según su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y como consecuencia (en virtud del Art. 10.2 de la Constitución) contraria a un derecho constitucional, ese tribunal antes de pronunciarse sobre el caso, procede a elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad sobre la norma afectada. De esta forma, quien decide en última instancia sobre la compatibilidad entre las normas internas y los mandatos del Convenio es el Tribunal Constitucional y no el tribunal ordinario que conoce del caso concreto. El Tribunal Constitucional no viene a declarar (eventualmente) que una ley sea inconstitucional por oponerse a los mandatos del Convenio (interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo) sino porque sus previsiones se oponen a derechos recogidos en la Constitución, interpretados a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. Es la Constitución, y no el Convenio Europeo, el punto de referencia para determinar la constitucionalidad de una ley. Desde esta perspectiva, el control de convencionalidad por el Tribunal Constitucional es equivalente a un control sustantivo de constitucionalidad. Este tipo de control se ha reservado pues al Tribunal Constitucional, con exclusión de los Tribunales ordinarios.

¿Está evolucionando este enfoque? Debe señalarse que se ha suscitado una cierta discusión en España (paralelamente a desarrollos similares en América Latina) respecto de la posibilidad de introducir en España lo que podría llamarse un control difuso de convencionalidad. La Constitución reserva al Tribunal Constitucional la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, excluyendo a los jueces ordinarios. Y sin embargo, según la Constitución, los tratados internacionales ostentan un rango superior a las leyes (puesto que según el artículo 96.1 de la Constitución, “sus disposiciones sólo

podrán ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”). Lo que vendría a significar que si una ley contradice la previsión de un tratado internacional, deberá aplicarse en principio preferentemente el mandato del tratado, y no la ley que lo contradiga. Según la más extendida opinión académica (y mantenida por el Tribunal Constitucional) tal ley no tiene por qué considerarse inconstitucional, sino simplemente no aplicable al caso.

Como consecuencia, se ha propuesto que, aplicando el artículo 96.1 de la Constitución, cuando juez considere que una ley es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, no necesitaría plantear una cuestión “sustantiva” de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, sino que podría proceder inmediatamente a inaplicar la ley interna y aplicar en su lugar la disposición (interpretada por la jurisprudencia del TEDH) del Convenio. Según esta interpretación, el Tribunal Constitucional conservaría su función de control concentrado de constitucionalidad, mientras que los tribunales ordinarios mantendrían un control difuso de convencionalidad.

Esta propuesta de control difuso de convencionalidad ha encontrado una sorprendente respuesta confirmatoria por parte del Tribunal Constitucional en su ampliamente comentada Sentencia 140/2018. En ella, y tras citar expresamente la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano*, el Tribunal vino a establecer que, en supuestos de contradicción entre una norma interna y un tratado (en el caso, el Convenio Europeo de Derechos Humanos) “, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional *sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE*” (F.J. 6, subrayado del autor, LLG).

Queda por ver si el Tribunal mantiene en el futuro esta línea, expresada hasta el momento en una sola sentencia. Si así fuera, supondría un desplazamiento hacia un modelo en el que se vendría a desvincular el control de convencionalidad del control sustantivo de constitucionalidad. Se abriría así un cauce de interiorización del Convenio en que los protagonistas serían, no solo, como hasta ahora, el legislador y el Tribunal Constitucional, sino, con carácter mucho más accesible a los ciudadanos, los tribunales ordinarios. Y no cabe ocultar que la adopción de esta fórmula acercaría notablemente

los mandatos del Convenio a la posición de primacía que hoy ostentan las normas del “otro” sistema europeo, esto es, el representado por la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales.