

# La protección de los derechos humanos en España y Europa

**Andrés Ollero Tassara**

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y Magistrado del Tribunal Constitucional Español*

SUMARIO: I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD. II. ESPAÑA: UN ESCENARIO PECULIAR. III. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. “DIÁLOGO DE TRIBUNALES”. IV. DIMENSIÓN HERMENÉUTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. V. UN ENMARAÑADO MAPA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. VI. PRIMACÍA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. VII. CRECIENTE PROTAGONISMO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE LUXEMBURGO. VIII. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN PELIGRO DE MORIR DE ÉXITO. IX. HACIA UN *IUS COMMUNE* EUROPEO.

## I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

Me llamó la atención inicialmente —cuando fui invitado a escribir estas líneas— el tema objeto de nuestro encuentro. No solo por su terminología —que en Europa no es muy habitual—, sino también porque percibo en el ambiente —probablemente con fundamento— una cierta actitud de alarma ante el control de convencionalidad y las consecuencias que de él se pueden estar derivando para las decisiones judiciales. Indudablemente la situación en Europa, así como más concretamente en España, es distinta.

A lo largo de mi aportación ejercitaré una cierta gimnasia mental, para dilucidar en qué medida la situación que describo en la realidad europea y española se asemeja a vuestro control de convencionalidad; o si, por el contrario, no tiene que ver mucho con lo que ocurre en México. Igualmente debo reflexionar sobre en qué medida esos problemas serían trasladables a la realidad española. La situación de España dentro del marco europeo resulta muy peculiar en relación a la realidad que pueda existir en México y en Latinoamérica en general, con predominio de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de régimen difuso. Si bien en ocasiones la realidad mexicana en alguna medida pudiera ser ajena a la europea, señalaría dos cuestiones previas de gran interés práctico.

La primera es la distinción teórica entre el plano de la *legalidad* y el de la *constitucionalidad*, sin duda muy importante para un juez español o para un juez europeo en general. La trascendencia de esta cuestión es en la mayoría de los casos determinante para dilucidar las consecuencias del modelo de control de constitucionalidad adoptado: difuso o concentrado, como es el caso español y el europeo.

## II. ESPAÑA: UN ESCENARIO PECULIAR

España se encuentra, por un lado, vinculada al Consejo de Europa, habiendo suscrito el Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos. Aparte de esta relación con el Tribunal de Estrasburgo, es necesario tener en cuenta su integración en la Unión Europea para constatar que España se va a mover siempre en un triple escenario.

En primer lugar, España está vinculada a su propia Constitución, en la que hay una generosa contemplación de los derechos fundamentales. No todos los llamados *padres* de la Constitución eran partidarios de ello. Algunos proponían una Constitución más “ligera”, menos cargada de derechos y más centrada en el diseño de los poderes del Estado.

Por otra parte, el Consejo de Europa dio paso a ese Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos, suscrito por España. Como es bien sabido, el Consejo incluye a muchos países que no forman parte de la Unión Europea; como por ejemplo Rusia o Turquía, que quiere ingresar en la Unión. Ello obliga a diferenciar diversos aspectos, sin olvidar que —como veremos—, la Carta Europea de Derechos Fundamentales acabó entrando en vigor con bastante polémica.

Existen pues cuatro tribunales en juego: a) el Tribunal Constitucional Español que controla el cumplimiento de la Constitución; b) los jueces españoles de la jurisdicción ordinaria; c) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, vinculado al Consejo de Europa y su Convenio; y, d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo. Todos ellos serán protagonistas de un juego muy complejo dulcificado por la expresión *diálogo de tribunales*. En realidad la cuestión es más simple: *estamos construyendo Europa, perdonen las molestias*.

Se vino manteniendo inicialmente una poco definida actitud del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que no formaba aún parte de los Tratados. Sin embargo, el Tribunal fue asumiendo bastantes aspiraciones de la Carta, mientras se aguardaba su firma por parte de los Estados miembros. Fue haciendo propios algunos elementos de protección de derechos fundamentales entendiéndolos como principios generales

del derecho europeo, fruto de las herencias culturales de los Estados miembros. Otras influencias se fueron consolidando en el derecho comunitario europeo, basadas en la apelación a la existencia de un consenso entre los Estados miembros. Con ese procedimiento comenzaron a entrar a través del Tribunal de Justicia muchos elementos, hasta la consolidación de la Carta de Derechos Fundamentales.

### III. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. “DIÁLOGO DE TRIBUNALES”

El papel del Tribunal Constitucional español como consecuencia de todo ello, acabará siendo un tanto variable. Para empezar, cualquier *juez ordinario* español se convierte de manera lógica y necesaria en el primer responsable de la protección de los derechos fundamentales como *aplicador primario de la Constitución*. Igualmente cualquier juez español habrá de ocuparse de aplicar las leyes que desarrollan esos derechos, estando obligado a hacerlo buscando la interpretación más favorable a su protección y garantía. Esto confiere a todo juez un obvio protagonismo en la defensa de los derechos fundamentales.

El juez ordinario español, “sometido únicamente al imperio de la Ley” (artículo 117 de la Constitución), se encuentra igualmente vinculado al texto constitucional (artículo 93.1). El *sistema concentrado de control constitucional* le impedirá declarar inconstitucional una norma de rango legal; si de ella depende la solución de un caso, habrá de dirigirse al Tribunal Constitucional y plantear una *cuestión de inconstitucionalidad*. Indicará el precepto concreto cuya constitucionalidad cuestiona, dando paso a un doble *juicio de aplicabilidad* y de *relevancia* en relación al caso que ha de resolver.

Diversa sería la situación si tuviera que aplicar una dudosa norma preconstitucional; lo cual, por obvias razones cronológicas, es cada vez menos frecuente, al tratarse de normas anteriores a 1978 en buena parte ya modificadas o sustituidas. En esos casos los jueces ordinarios se habían limitado a aplicar la disposición derogatoria con que concluye el propio texto constitucional, convirtiendo en nula toda norma que se oponga a sus preceptos o principios. Respecto a normas posteriores formulará la cuestión de inconstitucionalidad, paralizando el procedimiento hasta obtener la oportuna respuesta del Tribunal Constitucional.

El carácter subsidiario del amparo por el Tribunal Constitucional de los derechos fundamentales vulnerados a los ciudadanos exige un previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, llegando en su caso hasta el propio Tribunal Supremo. Esto no ha dejado de provocar más de un conflicto, eufemísticamente envuelto bajo el rótulo “diálogo de tribunales”. El amparo se produce por haberse producido la vulneración de un derecho por uno de los poderes del Estado. El previo

conocimiento del asunto por la jurisdicción ordinaria la hace más de una vez aparecer, paradójicamente, como la efectiva vulneradora del derecho, al no haberle prestado la oportuna satisfacción. Los conflictos entre tribunales acabaron siendo inevitables, mientras se multiplicaban los recursos de amparo hasta amenazar con hacer morir de éxito a la jurisdicción constitucional. Afortunadamente, parecen desterradas situaciones nada agradables como las experimentadas entre el Tribunal Supremo y el Constitucional con motivo del llamado caso *Preysler*. Aún fue más tenso el panorama con la sanción por una Sala del Supremo a todos los magistrados constitucionales, por considerar insuficientemente motivada una de sus resoluciones; su posible anulación por vía de amparo se encuentra en trámite. Estas vicisitudes parecen haber llevado a ambos tribunales a esmerarse al máximo en el alcance de sus resoluciones.

Como consecuencia de la plétora, a veces abusiva, del recurso de amparo se procedió en 2007 a la reforma del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De su eficacia puede dar alguna idea que, mientras en diciembre de 2008 el número de recursos ingresados durante el año llegaba aún a 10.279, en diciembre de 2012 se contabilizan 7.205, aun habiendo superado la cifra del año anterior. Entre esas mismas fechas, el número de recursos de amparo pendientes de admisión desciende de 4685 a 2895, mientras los pendientes de sentencia descienden también de 332 a 142. El costo de la operación puede llevar a cierta perplejidad. El número de recursos admitidos a trámite no llega al 2%, dado que la nueva normativa —relativamente inspirada en el *certiorari* norteamericano— exige, además de aportar indicios de vulneración de un derecho fundamental, que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su *especial trascendencia constitucional*, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

El propio Tribunal Constitucional, en el Fundamento 2 de la Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009, ha precisado los casos en que se apreciará dicha trascendencia, en los que no se halla ausente un cierto control, de convencionalidad:

“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que *no haya doctrina* del Tribunal Constitucional;

b) o que dé *ocasión* al Tribunal Constitucional para *aclarar o cambiar su doctrina*, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de *nuevas realidades sociales* o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía

encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o cuando la *vulneración* del *derecho* fundamental que se denuncia *provenga de la ley* o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea *necesario proclamar otra interpretación conforme* a la Constitución;

e) o bien cuando la *doctrina* del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo *incumplida de modo general y reiterado* por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una *negativa manifiesta* del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);

g) o, en fin, cuando el *asunto* suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, *trascienda del caso concreto* porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

En ese contexto, algunos recurrentes pretendiendo encontrarse todavía en los supuestos de procedencia del recurso de amparo buscan acoplarse a la nueva ley, aunque en la mayoría de las veces su intento acabará en inadmisión. Esto quiere decir que, a la hora de la verdad, la jurisdicción ordinaria acaba siendo la auténticamente responsable de evitar la vulneración de los derechos fundamentales. Se entiende que a un ciudadano, tras haber gozado de dos posibilidades al menos de verlos satisfechos en sucesivas instancias, se le puede regatear su satisfacción si no justifica la aludida especial transcendencia.

#### IV. DIMENSIÓN HERMENÉUTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hay un aspecto decisivo en relación al tema que nos ocupa, en cuanto al control de convencionalidad habitual en México, que cobra un peculiar matiz a la luz del derecho español. En el control de constitucionalidad previsto en la Constitución española solo se reconoce relevancia a los tratados internacionales como

criterios interpretativos; no se los considera pues normas de directa aplicación, capaces de condicionar la doctrina establecida por el Tribunal sobre el alcance de su protección. El art 10.2 señala que las “normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Esto refleja un modo de entender el derecho menos normativista y mucho más vinculado al juego de los principios, lo que contribuye a evitar posibles contradicciones entre sistemas normativos. Desde mi punto de vista, el empeño por considerar al derecho como un *sistema* resulta notablemente forzado<sup>575</sup>. Me parece que reflejan más fielmente la realidad práctica de la dinámica jurídica planteamientos cercanos a la llamada *tópica jurídica*. Entender al derecho como un sistema puede responder en ocasiones a una simpática obsesión. En realidad el concepto de sistema no parece que revista mucha eficacia práctica, dada la forma en que juristas y tribunales resuelven los conflictos. A la hora de la verdad, para el juez ordinario, la existencia de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales simplemente le aportará principios que le sirvan de criterios interpretativos.

Se ha llegado a decir en la doctrina que, en el caso español, el Convenio de Roma del Consejo de Europa sería una norma a la vez infra-constitucional y supra-legal. Lo que sí ocurre en el ámbito español y tiende a ocurrir en el europeo, por influjo de la doctrina alemana de la postguerra, es que no se entienden los derechos fundamentales desde una dimensión meramente subjetiva. Se los considera valores básicos del ordenamiento jurídico que los poderes públicos deben proteger y garantizar no solo a instancia de parte<sup>576</sup>. Esto lleva a superar un planteamiento de carácter abstracto, dotándolos de una notable capacidad de expansión sobre las resoluciones judiciales; dejan de servir de instrumento a un mero interés subjetivo o a las pretensiones de un ciudadano concreto, para convertirse en expresión de exigencias de *orden público*.

En el caso de la Constitución española, por ejemplo, su artículo 16 solo admite un límite a la libertad ideológica: “el orden público protegido por la ley”. Ese orden público incluye el núcleo duro de los derechos. En ese contexto, no tendría sentido que alguien se considerase, por profesar determinada religión, con derecho a realizar sacrificios humanos.

---

<sup>575</sup> Lo abordé por extenso en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, 2ª edición; sobre todo, pp. 159-196.

<sup>576</sup> Al respecto QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 41.

Lo que es obvio es que todo ello resalta la dimensión interpretativa, *más hermenéutica que normativista*, de toda actividad jurídica<sup>577</sup>. En ese marco el Tribunal Constitucional español se sabe inevitablemente condicionado por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo; quizá, como se verá, más en lo que tienen de ejercicio de *auctoritas* que como *potestas* impositiva. España ha sido, como tantos otros países europeos, condenada en más de una ocasión; particularmente por aspectos relacionados con garantías procesales o dilaciones judiciales, así como control de garantías específicas en la lucha contra el terrorismo. Esto lleva al Tribunal Constitucional a mostrarse particularmente atento a la hora de analizar en qué medida se ha cumplido ese canon de exigencia que el Tribunal de Estrasburgo va señalando.

## V. UN ENMARAÑADO MAPA DE *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Ahora mismo en España se sigue por los ciudadanos —muy especialmente por los no pocos que han sido víctimas del terrorismo— un caso sometido al análisis del Tribunal de Estrasburgo, sobre la posible retroactividad de un cambio de criterio interpretativo en relación al el efectivo cumplimiento de las penas. De verse España condenada, podrían quedar de inmediato en libertad decenas de condenados por terrorismo a los que se les imputan centenares de asesinatos y atentados. Se produjo un cambio de interpretación en el Tribunal Supremo destinado a evitar que, como consecuencia de determinada aplicación de reducciones de pena, un terrorista condenado a mil años de cárcel acabara en libertad tras cumplir quince. Esto producía asombro y rechazo en la ciudadanía, al pasar a convivir en pequeñas poblaciones los asesinos con familiares de las víctimas. El problema, una vez más, gira en torno a una variante hermenéutica y no a un cambio normativo: pasó a entenderse que las deducciones habrían de operar sobre el global de la pena impuesta y no sobre el tiempo máximo de cumplimiento efectivo previsto.

Si hemos hablado más de *auctoritas* que de *potestas* es por la situación aún inmadura de los procedimientos de ejecución de las resoluciones de Estrasburgo<sup>578</sup>. El Convenio atribuye dicha responsabilidad a los Estados parte, mientras

<sup>577</sup> Interesantes los trabajos recogidos por VIGO, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional*, México, Porrúa—Universidad Panamericana, 2013.

<sup>578</sup> Todo invita a pensar que es más eficaz la ejecución en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Cfr. HERRERÍA CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias* 2012, Ubijus, 2012, pp. 83 y ss.

el Tribunal se limita con frecuencia a fijar alguna obligada reparación por costas procesales o, si acaso, por daños morales. El problema surge cuando el ordenamiento jurídico del Estado no ha contemplado procedimientos específicos para ejecutar dichas resoluciones. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, no encuentra por el momento apoyatura legal para anular sus propias resoluciones. Solo en algún caso ha podido actuar por vía de amparo, entendiendo vulnerado algún derecho fundamental por la negativa del Tribunal Supremo a satisfacer la demanda de ciudadanos cuyos recursos a Estrasburgo prosperaron<sup>579</sup>.

Nos hallamos en realidad ante un enmarañado mapa de control de convencionalidad, dada la necesidad de articular un triple escenario. Aun a riesgo de adelantar cuestiones aún no desarrolladas, habría que aludir a la necesidad de combinar el estándar mínimo europeo plasmado en la Carta de Derechos y la vinculación de las directivas comunitarias, como ha puesto de relieve en España la entrada en juego de la *euroorden*. El Tribunal de Estrasburgo ha de respetar a su vez un *margen de apreciación* de los Estados. A la hora de presentarse o no por un Estado cuestión prejudicial en Luxemburgo, habrá de calibrar el juego del principio de *cosa interpretada*, que llevaría a descartarla. Por otra parte, las vías de ejecución de las sentencias de Estrasburgo han de combinar su intento de satisfacción del derecho vulnerado con la menos específica exigencia de medidas *pro futuro* al Estado vulnerador. En España, por ejemplo, resultará problemática la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional si no se producen reformas legislativas<sup>580</sup>.

## VI. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Asunto distinto de esta vinculación al Convenio de Roma del Consejo de Europa son las consecuencia derivadas de la integración de España en la Unión Europea, cuyo número de Estados miembro es bastante inferior. En este caso entra en juego el Tribunal de Justicia radicado en Luxemburgo, que garantiza la primacía del derecho comunitario. Las Directivas de la Unión Europea, que se convierten en derecho interno de los Estados miembros, son interpretadas por

---

<sup>579</sup> Cfr. FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos y JIMÉNEZ GARCIA, Francisco, *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional* Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 54 y ss.

<sup>580</sup> Significativo al respecto el Auto del Tribunal Constitucional español 3/1996, de 15 de enero, que desestima la posibilidad de dejar sin efecto sentencias propias recaídas en amparo por considerar que, una vez dictada sentencia, el Tribunal “ha agotado su jurisdicción respecto del recurso por ella definitivamente resuelto” y por ello declara su falta de jurisdicción.

este Tribunal —como vimos— con no poca presencia de la Carta de Derechos Fundamentales; al menos entendiéndolos como expresión de principios generales del derecho derivados de las culturas jurídicas de los Estados. No en vano en Maastricht el mismo artículo 6.2 del Tratado afirma que “la Unión Europea respetará los Derechos Fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. En este aspecto el papel que juega el artículo 52.3 de la Carta<sup>581</sup> será muy similar al ya mencionado del artículo 10.2 de la Constitución española.

La obligación de los jueces españoles de aplicar el derecho comunitario de modo preferente dará paso a una fórmula muy similar a la *cuestión de inconstitucionalidad*. Tendrá que plantear a Luxemburgo, a través de un control concentrado del derecho comunitario, una *cuestión prejudicial*<sup>582</sup>, si le surge alguna duda sobre la posible contradicción de una norma interna con el derecho comunitario.

En ese mismo contexto, se ha planteado en qué medida deberían también hacer lo propio los tribunales constitucionales de los Estados miembros. El Tribunal Constitucional español se consideró durante años eximido de hacerlo, por entender que esas posibles dudas se movían en el plano de la legalidad, sin gozar en consecuencia de relevancia constitucional<sup>583</sup>. Al fin y al cabo, el propio Trata-

---

<sup>581</sup> Sobre el particular BRATZA, Nicolás, “The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment”, en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, Court of Justice of the European Union / Asser Press-Springer, 2013, pp. 175 y ss.

<sup>582</sup> Para Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ex Presidente del Tribunal de Luxemburgo, la “compétence préjudicielle est la pièce la plus importante du mécanisme judiciaire communautaire. Elle constitue en effet l’instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales qui rend possible une application décentralisée du droit communautaire reposant, néanmoins, sur une interprétation uniforme qui doit être assurée par la Cour de justice. En outre, il n’est pas difficile de constater que les développements jurisprudentiels les plus importants ont été réalisés par la voie d’arrêts préjudiciels et ils ont été souvent induits par les juridictions nationales par leurs questions”. Considera en consecuencia “qu’il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un système de recours contre les décisions des juridictions nationales devant la Cour de justice, qui substituerait un rapport hiérarchique au rapport de coopération existant entre les deux branches du pouvoir judiciaire communautaire” - Cf. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “L’évolution de l’architecture juridictionnelle de l’Union européenne”, en “The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>583</sup> De ello nos ocupamos en su día en “La aplicación del derecho comunitario como cuestión infraconstitucional en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista de las Cortes Generales*, 2009 (76), pp. 117-133. Versión en polaco: *Zastosowanie prawa wspólnotowego jako kwestia*

do de la Unión en su artículo 277 sólo consideraba su planteamiento obligatorio para los tribunales internos de última instancia, y el Constitucional español no se consideraba tal. Se ponía así de relieve la relevancia de la distinción al que al comienzo aludimos entre los planos de legalidad y constitucionalidad.

## VII. CRECIENTE PROTAGONISMO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE LUXEMBURGO

Hace muy poco, sin embargo, el Tribunal Constitucional Español ha optado por plantear una primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo<sup>584</sup>, con ocasión del llamado caso *Melloni*; lo que revela una vez más que el Tribunal de Justicia va cobrando creciente protagonismo con positivos efectos<sup>585</sup>.

La percepción del control de convencionalidad en México me parece un tanto más conflictiva que en España, que es el país menos euroescéptico de la Unión Europea. A lo largo del tardofranquismo, Europa fue nuestro horizonte de cambio, a la espera de convertirnos en un país democrático igual que tantos otros de nuestro ámbito cultural y geográfico. Si a ello se añade la notable aportación económica posterior procedente de los fondos de solidaridad, lo que digan los organismos europeos es visto por el ciudadano con buenos ojos.

En realidad la pertenencia a la Unión Europea implica —como es lógico— la existencia en la práctica de ámbitos de soberanía compartida. Esto hace entrar en juego un nuevo elemento que viene a complicar lo ya inicialmente apuntado. Se ha planteado, por si no fuera poco, la conveniencia de que la propia Unión Europea suscriba el Convenio de Roma. Se pretende acentuar que, más allá de una mera coordinación económica, se aspira a consolidar una mayor musculatura política.

Ya el 28 de marzo de 1996, en medio de un notable debate sobre si debería o no producirse esa vinculación de la Unión al Convenio del Consejo de Europa, el Tribunal de Luxemburgo emitió un dictamen en el que consideraba imposible hacerlo, dada la propia normativa que reguladora de la Unión Europea. No fal-

---

*dotycząca aktów prawnych podrzędnych wobec konstytucji w hiszpańskim porządku prawnym* "Przegląd Legislacyjny" (Varsovia), 2010 (XVII, Nr 1, 71), pp. 51-63.

<sup>584</sup> Resuelta por Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013.

<sup>585</sup> Para Teresa Freixes Sanjuán, "si la CEE y posteriormente la UE, se vieron obligadas a incluir los derechos fundamentales en los Tratados y respetarlos al elaborar sus normas o al ejecutar sus políticas, ello fue debido, en gran medida, a la acción protectora que al respecto adoptó el Tribunal de Justicia". *Cfr.* FREIXES SANJUÁN Teresa, "Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2005 (2/4), p. 47.

taron críticas sobre “la inevitable pérdida de credibilidad, interna y externa, de la CE como paladín de los derechos humanos”<sup>586</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo, mientras tanto, venía procurando evitar todo conflicto, dado que muchos de los problemas que se le planteaban eran suscitados por actos de los poderes públicos de Estados miembros de la Unión, vinculados todos ellos también por el Convenio de Roma. En más de una ocasión, esos poderes públicos actuaban por imperativo del derecho comunitario europeo emanado de Bruselas. Se insiste, por una parte, en la conveniencia de que la propia Unión Europea suscriba el Convenio; mientras, por otra, Estrasburgo procuraba evitar problemas conflictivos, acudiendo a argumentos *ratione personae* —dado que la Unión Europea, como tal, no es parte en el Convenio— o a argumentos *ratione materiae*, indicando que en el problema concreto planteado no habría cuestión que dilucidar relevante para la aplicación del Convenio. Papel similar juega el recurso a la teoría de la *protección equivalente*, para evitar un control del derecho comunitario, al hacer necesaria la prueba en contrario.

Con el paso del tiempo se llega a determinar, con apoyo en el artículo 6.2 del Tratado de Lisboa del 2007, que la Unión Europea debe suscribir el Convenio de Roma en cumplimiento de sus propios Tratados<sup>587</sup>. Dentro de este proceso de crecimiento institucional —en el que está incluida España— esa futura adhesión cuenta con fundamento jurídico, por lo que el citado dictamen 2/94 debe considerarse aparcado. A la vez, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, ha acabado integrándose en los Tratados, cobrando eficacia plena inmediata para todo aquello que se refiere al derecho comunitario y a las relaciones entre los Estados miembros, de acuerdo a lo previsto en su artículo 51. Se entiende en esta Carta que el Convenio de Roma, en lo relativo a los derechos que incluye, se considera expresivo de un contenido mínimo de protección que la Unión Europea hace propio, sin renunciar por ello a mantener en determinados casos un nivel de protección superior.

Esta es la situación, aunque aún no se haya consumado ese compromiso. En Estrasburgo no faltan ciertas tensiones, porque se alteraría absolutamente el papel de los Estados parte que son miembros de la Unión Europea. Su entrada en los órganos colectivos obligaría a cambiar bastantes cosas. Se ha llegado a sugerir que la entrada de la Unión Europea exigiría que sus Estados miembros pasaran a ser solo a través de ella parte en el Convenio. En Bruselas parece reinar cierta

---

<sup>586</sup> CUESTA CIVIS, Yago, “El Tribunal de Justicia y la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma: el dictamen 2/94”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1999 (4/7), pp. 207-232.

<sup>587</sup> Así lo acordó el Consejo de la UE el 4 de junio de 2010.

indiferencia, sin que se aprecie particular entusiasmo por quemar las etapas de ese proceso. A nadie sorprenderá que el Reino Unido se muestre no poco reticente a esa adhesión<sup>588</sup>.

No será fácil hacer compatible esa presencia simultánea de la Unión Europea y de sus Estados miembros. Por ejemplo, cada Estado parte del Convenio de Roma aporta un juez; ello implicaría que el Estado al que pertenezca el juez aportado por la Unión contara con dos. Ya vimos el problema previsible cuando un ciudadano acuda a Estrasburgo planteando una situación conflictiva derivada de la aplicación del derecho comunitario europeo; habría que considerar codemandados al Estado miembro y a la Unión Europea a la vez. Se ha intentado hasta ahora salvar la situación mediante la práctica de dar intervención a la Comisión por invitación del Tribunal como tercero interviniente en virtud del artículo 36 del Convenio. Se trata de una problemática sometida a estudio; no han faltado reuniones, dentro del ámbito del famoso *diálogo entre tribunales*.

Expresivo de la problemática comentada resulta el planteamiento de la cuestión prejudicial que el Tribunal Constitucional español formuló al de Luxemburgo. Como consecuencia del garantismo hacia los derechos que caracteriza a la Constitución española de 1978, cuando se planteaba un problema de extradición se exigía que, si se trataba de una persona condenada *in absentia* —situación en Italia nada infrecuente—, la extradición por España quedara condicionada al compromiso del Estado receptor a repetir el proceso en el que se había condenado a ese ciudadano, estando personalmente presente.

Al surgir la norma europea que configura la *euroorden*, se elimina en su ámbito de aplicación la figura de la extradición entre Estados. Se entiende que dentro de Estados de la Unión Europea —dada la mutua confianza— cualquier tribunal ordinario podrá reclamar la presencia de un ciudadano situado en otro país de la Unión. Se trataría, por tanto, del equivalente a una extradición sin condiciones.

Los tribunales españoles habían emitido sentencias negando la posibilidad de extraditar a Italia sin el citado compromiso previo. De ahí que el Tribunal Constitucional, que ha de atender recursos de amparo al respecto, optara por plantear al Tribunal de Justicia de Luxemburgo una cuestión prejudicial. En ella

---

<sup>588</sup> “Concretamente la oposición de fondo a esta incorporación, aunque no se reconoce claramente, proviene del Reino Unido, aunque detrás de él le siguen otros países, igualmente recelosos”, afirma en *Pasado y futuro de las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea* el ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Álvaro GIL— ROBLES Y GIL-DELGADO —en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Madrid, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011, p. 36 en soporte informático.

se preguntaba en primer lugar, si esa norma comunitaria cumple las exigencias del derecho a un debido proceso, que la propia Carta Europea de Derechos Fundamentales establece. La respuesta, que ha surgido hace pocos días, es que la norma cumple esas condiciones siempre que se respeten determinados requisitos: que al ciudadano en cuestión se le haya citado al proceso y tenga conocimiento del día y el lugar en que se va a celebrar la audiencia; igualmente, que haya dispuesto de un abogado que le defienda de manera efectiva, nombrado por él mismo o en su defecto por el Estado.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español planteaba, en segundo término, si la sobreprotección hasta ahora exigida por España, condicionando la entrega a la repetición del proceso, era o no compatible con la doctrina europea. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo ha sido que no es compatible, ya no cabe ampararse en la propia Constitución de un Estado miembro para negarse a entregar a un ciudadano por esa exigencia adicional. Resulta curiosa la situación, porque la Carta Europea de Derechos Fundamentales insistía precisamente en que nada de lo que contiene puede entenderse como una limitación del nivel actual de protección de los derechos en los Estados signatarios. Sin embargo, para el Tribunal de Luxemburgo, las Directivas europea no admiten en modo alguno condicionamientos de ese tipo que, afectarían a la primacía del derecho comunitario.

En contexto similar se están planteando problemas en otros países, al verse obligados sus tribunales constitucionales a equiparar su sistema de protección de los derechos humanos con el presente en el derecho comunitario. Por ejemplo, hace poco los Magistrados del Tribunal Constitucional austríaco, en visita a sus colegas del Tribunal español, expusieron situaciones similares que les ha llevado a formular una cuestión prejudicial a Luxemburgo. La causa ha sido la existencia de una Directiva europea que establece diversas obligaciones a las empresas de telecomunicaciones, relativas a los datos de los intercambios que transmiten. Se exige a las empresas conservar hasta dos años, todos los datos de las comunicaciones que se hayan producido; tanto de quién ha emitido la información como de quién la ha recibido, incluyendo fechas y otros extremos; todo ello para facilitar la persecución de delitos graves.

En el caso español se entiende por delitos graves aquellos a los que puede aplicarse una pena que supera el mencionado plazo de dos años, mientras en el caso austríaco se considera ya delito grave el que implica pena de un año o más. Como consecuencia, el volumen de información que han de conservar las empresas es enorme, así como muy problemática la garantía de que no llegue a afectarse a la intimidad de los ciudadanos de modo indiscriminado.

## VIII. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN PELIGRO DE MORIR DE ÉXITO

Añádase a todo ello que el Tribunal de Estrasburgo se encuentra ante el mismo problema ya detectado en el Tribunal Constitucional español: morir de éxito. El número de demandas presentadas es excesivo. En este momento existen 150.000 sin resolver y suelen encontrar solución unas 50.000 al año. Esto ha llevado a una situación de colapso, que explica que en el año 2004 se elaborara el llamado Protocolo 14, que se añadió al Convenio de Roma; acabaría siendo ratificado con las necesarias firmas sucesivas en el año 2010. En este Protocolo 14 se establece la figura de un juez único, para la inadmisión de recursos. El juez único desde 2010 ha llegado a inadmitir 50.000. Igualmente las demandas consideradas repetitivas, por referirse a aspectos sobre los que ya existe doctrina consolidada por el Tribunal de Estrasburgo, son ahora resueltas en trámite de admisión por tres jueces, como ocurre también en el Tribunal Constitucional español.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo 14, se ha considerado todavía necesario buscar nuevas fórmulas. De ahí la Declaración de Brighton en el año 2012, en la que el plazo para presentar las demandas, en vez de ser de seis, se rebaja a cuatro meses. Se sugiere también, entre otras posibles medidas, un criterio que se ya venía utilizando para eliminar recursos: la *inexistencia de un perjuicio significativo*. En los casos de inadmisión estaría vinculado a que el asunto hubiera sido tratado con anterioridad por algún tribunal interno de un Estado miembro. Ahora, se propone que dicho criterio entre en juego, sin que sea siquiera necesario que haya habido ese previo conocimiento por un tribunal nacional.

No se ha llegado a admitir otra de las sugerencias planteadas: establecer un plazo para la resolución de los recursos, de manera que si se superara caducarían, decayendo el recurso; dentro siempre de un intento desesperado de achicar la tarea pendiente. Como ya habíamos visto antes, entra aquí también en juego el carácter subsidiario del Convenio de Roma y la consiguiente obligación de los jueces de respetar un *margen de apreciación* por parte de los Estados miembros.

Este aspecto se ha mostrado particularmente relevante, en la sentencia *Lautsi* contra Italia. Una ciudadana de origen finlandés acude a Estrasburgo para que se prohíba la presencia de crucifijos dentro de las escuelas públicas, por entender que eso está afectando negativamente a su hijo. La Sala que conoció del asunto en el Tribunal de Estrasburgo, por unanimidad decide, que es contraria al Convenio la presencia de los crucifijos. El gobierno italiano recurre a la Gran Sala, con el apoyo de una veintena de países, Rusia incluida. La Gran Sala anula la sentencia anterior, al estimar que el margen de apreciación de los Estados justificaría en este caso —dada la cultura italiana— la presencia de crucifijos en las aulas; sobre todo, entendiendo que se trata de un simple símbolo religioso no agresivo, en el

sentido de que no implica un adoctrinamiento de los alumnos<sup>589</sup>. Esto nos da, una vez más, idea de en qué medida el juego interpretativo de la tarea judicial, no tiene mucho que ver con silogismos. Dentro del mismo Tribunal y con diferencia de meses, se aportan —pasando de la unanimidad a una notable mayoría— soluciones absolutamente contradictorias.

El peligro de morir de éxito se extiende también al propio Tribunal de Luxemburgo, al multiplicarse las cuestiones prejudiciales; lo que ha llevado a sugerir la posibilidad de descentralizarlas hacia tribunales especializados en derecho comunitario ubicados en los Estados miembros, más que a descargarla hacia una jurisdicción comunitaria paralela<sup>590</sup>.

Se ha planteado también la posibilidad de que el Tribunal de Estrasburgo emitiera opiniones consultivas; similares a las cuestiones prejudiciales o a las cuestiones de constitucionalidad<sup>591</sup>. Se ha hablado de la posibilidad de elaborar un Protocolo facultativo, que los Estados que lo consideren de interés podrían firmar para facilitar así el juego entre un Tribunal y otro.

## IX. HACIA UN *IUS COMMUNE* EUROPEO

El Tribunal Constitucional español está pues colaborando con otros, en el intento de ir consolidando un *ius commune* europeo<sup>592</sup>. Su objetivo consistiría en “ir consolidando los espacios de libertad y de ciudadanía, al mismo tiempo que convirtiendo a la Europa de los Tratados en una Europa constitucional y a la Eu-

---

<sup>589</sup> Sobre el particular nuestro trabajo *La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi*, en “Religión, racionalidad y política” Granada, Comares, 2013, pp. 157-162.

<sup>590</sup> Gil Carlos Rodríguez Iglesias, tras señalar que “le système pourrait être victime de son succès, car le nombre d’affaires préjudicielles dont la Cour est saisie ne cesse d’augmenter”, considera que “telles instances, spécialisées en droit communautaire, se trouveraient plus proches que la Cour de justice du système juridique national dans lequel doit s’inscrire la réponse aux questions posées. Elles fonctionneraient en outre dans les langues de L’Etat concerné, ce qui pennettrait de maintenir l’accès le plus large des juges nationaux a la procédure préjudicielle”, aunque reconoce que eso llevaría consigo un “risque de renationalisation de l’interprétation du droit communautaire” - Cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, *L’évolution de l’architecture juridictionnelle de l’Union européenne*, op. cit., pp. 46-47.

<sup>591</sup> Al respecto Cfr. SALINAS DE FRÍAS, Ana, “Una historia de amor y desamor: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 21 en soporte informático.

<sup>592</sup> Sobre el particular el interesante trabajo realizado en el Max Planck Institut de Heidelberg por SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*, p. 32.

ropa de los Estados en la Europa de los ciudadanos”<sup>593</sup>. Se está llevando a cabo en un ambiente de no excesiva conflictividad, aunque no exento con frecuencia de situaciones paradójicas. Existen casos de sentencias aisladas, que dada la situación política de algún Estado miembro, provocan una situación peculiar. Así ha ocurrido tanto en el citado caso *Lautsi* en Italia como en España con él, aludido y aún pendiente de resolución, caso suscitado por la aplicación de la llamada doctrina *Parot*. Esto puede acabar despertando una particular sensibilidad de la opinión pública española ante la determinación que suscriba el Tribunal de Estrasburgo, pero por el momento prevalece una situación razonablemente estable...

---

<sup>593</sup> FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 63.

# CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DECISIONES JUDICIALES

*Coordinador*

**ANTONIO FLORES SALDAÑA**

*Prólogo*

**Eduardo Ferrer Mc-Gregor**



Universidad Panamericana  
Campus Guadalajara Facultad de Derecho  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

**tirant lo blanch**

México D.F., 2016