

# PROYECCION DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA (\*)

POR  
JAVIER DELGADO BARRIO

*SUMARIO: I. Introducción: El nuevo Derecho Común en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.—II. La jurisprudencia en el Derecho positivo español.—III. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: A) Derecho directamente aplicable en España. B) El problema del rango de las normas contenidas en los Tratados Internacionales. C) El artículo 10.2 de la Constitución española: El Convenio, contexto interpretativo de la Constitución española. D) Consecuencias.—IV. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su trascendencia para el Derecho español: A) Reconocimiento de su jurisdicción. B) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su virtualidad interpretativa de la Constitución española en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. C) Consecuencias: Especial referencia al recurso de revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa. D) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la significación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. E) Una última función de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la orientación de las tareas del legislador interno. F) La aplicación concreta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—V. Conclusión: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la "profección" del sentido de las resoluciones de los Tribunales españoles.*

## I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO DERECHO COMÚN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Hace algo más de cien años, Leopoldo Alas «Clarín», bien conocido por su obra literaria, destacaba la tendencia del Derecho a ser semejante en los países civilizados y criticaba la variedad pintoresca o estética, es decir, la que no era el producto natural de la historia, sino el fruto de un mero gusto de artista. Sin detenernos en el alcance de la crítica dirigida a la diversidad legislativa derivada de un puro afán de diferenciación o de originalidad —por gusto de artista—, de tanta actualidad en este momento de la vida española,

---

(\*) Texto de la ponencia redactada para la Conferencia de Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Madrid, octubre de 1989.

importa subrayar que aquella tendencia a la semejanza va cristalizando ya en un nuevo Derecho Común en materia de derechos humanos y libertades fundamentales que en nuestro Continente encuentra expresión en el Convenio que para su protección se concluyó en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Y en el cometido que tiene por objeto la interpretación y aplicación del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está llevando a cabo una importante labor tendente a definir un nivel europeo en el reconocimiento de la dignidad de la persona a la que son inherentes unos derechos inviolables. Basándose en una tradición cultural común, su labor contribuye a hacer posible un proyecto de vida también común: en esta línea sus decisiones tienen una virtualidad que trasciende de los límites propios del litigio en que se dictan para constituir así una verdadera jurisprudencia que, al dar «complemento» al ordenamiento europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, participa decisivamente en la elaboración de un Derecho Común en la materia.

Sobre esta base será necesario perfilar el sentido que la jurisprudencia en general tiene en el Derecho positivo español para después concretar la eficacia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico atendiendo para ello no sólo al sistema que en abstracto trazan nuestras normas, sino también a la aplicación efectiva que del mismo hacen tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

## II. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

El Derecho positivo español acoge una concepción ordinamental en la que los principios generales del derecho, es decir, las convicciones fundamentales de la comunidad, son los que, desarrollados y concretados por las normas, vienen a dibujar un modelo de convivencia. Y en esa concepción ordinamental corresponde a la jurisprudencia una destacada función.

Es claro que el ordenamiento jurídico es o está completo. Si así no fuera no sería fácilmente explicable que los Jueces y Tribunales, que están sometidos al ordenamiento jurídico —art. 9.1 de la Constitución—, tuvieran «el deber inexcusable de resolver en todo caso

los asuntos de que conozcan» —art. 1.7, del Título Preliminar del Código civil—.

Si el ordenamiento jurídico es o está completo cabe preguntarse qué sentido tiene que el propio Título Preliminar del Código civil advierta que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de un modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» —art. 1.6—. ¿Qué complemento puede darse a algo que ya es o está completo?

Ocurre que las normas jurídicas no siempre aciertan a reflejar el sentido del ordenamiento. Unas veces porque ni siquiera existe norma que contemple el conflicto planteado y ha de ser la jurisprudencia la que exprese el sentido del ordenamiento allí donde las normas han guardado silencio. Otras, porque las normas son de sentido oscuro e incluso contradictorio, de suerte que la jurisprudencia ha de desvelar qué es lo que para el supuesto litigioso deriva del ordenamiento.

En ocasiones, la norma, nacida en otro tiempo y obediente a una concepción de la vida ya superada, no armoniza con las nuevas convicciones. Y será la jurisprudencia la que, si es posible, descubrirá un nuevo sentido para la norma vieja en una interpretación evolutiva que puede llegar incluso a constatar la derogación tácita de la norma antigua cuando ésta resulte incompatible con las convicciones fundamentales propias del momento en que ha de ser aplicada.

Y en este su quehacer la jurisprudencia ha de operar partiendo de los principios —explícitos o implícitos— que informando las normas jurídicas trazan el modelo de convivencia al que ha de ajustarse la decisión del conflicto. Partiendo de los principios y a través de las normas, la jurisprudencia ha de llegar a los hechos: son siempre los hechos los que ponen a prueba el acierto de las normas en el desarrollo de los principios; los hechos, así, como advierte HERNÁNDEZ-GIL, operan como elemento vivificador para la comprensión de la norma. Podría concluirse indicando que los hechos son el elemento provocador que reclama para cada caso concreto una adecuada expresión del ordenamiento.

En definitiva, puede ya concretarse que lo que la jurisprudencia da al ordenamiento jurídico es un complemento de «expresión»: completa, aclara, perfila, incluso corrige el sentido de las normas y en último término, en ocasiones, llega hasta expedir su certificado

de defunción, teniendo siempre en cuenta lo que de los principios deriva.

Que este complemento de expresión que la jurisprudencia da al ordenamiento jurídico sea bastante para conducirla hasta el interior del campo de las fuentes del Derecho o, más modestamente, la deje en los aledaños de ese terreno, no es tema que haya de examinarse ahora. Lo que aquí importa destacar es que si, como quería el famoso Juez HOLMES, se aspira a profetizar el sentido de las decisiones que adoptarán los Tribunales, no podrá negarse la trascendencia de la jurisprudencia.

### III. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

¿Qué valor tiene dentro del Derecho positivo español el complemento de expresión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporciona al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales?

Es bien sabido, como subraya GARCÍA DE ENTERRÍA, que el Convenio no se ha limitado a una simple declaración de intenciones y buenos propósitos de los Estados signatarios, sino que se ha preocupado de poner en pie un importante sistema institucional europeo de protección ofrecido no sólo a los Estados, sino también a los sujetos privados, titulares en definitiva de los derechos que en él se declaran. Y dentro de ese sistema destaca, en lo que ahora importa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que corresponde precisamente la interpretación y aplicación del Convenio —art. 45—.

Para determinar la virtualidad que a la doctrina del Tribunal Europeo corresponde en nuestro ordenamiento jurídico será precisa una previa reflexión sobre el alcance normativo del Convenio en el Derecho español.

A) *Derecho directamente aplicable en España*

El viejo problema de la vigencia interna de las normas contenidas en los Tratados internacionales ha sido resuelto en nuestro Derecho positivo —arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Título Preliminar del Código civil— aplicando el sistema de la publicación: desde el momento de la publicación del Tratado en el «BOE» sus normas pasan a formar parte del Derecho interno, se tienen por vigentes y son ya obligatorias para los ciudadanos, autoridades y tribunales.

Así las cosas, ratificado el Convenio Europeo por España, con determinadas declaraciones interpretativas y reservas, el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «BOE» el 10 de octubre de 1979, ha de concluirse que es Derecho interno de obligada aplicación en España.

B) *El problema del rango de las normas contenidas en los Tratados Internacionales*

Todavía con referencia global al Convenio se plantea una segunda cuestión dirigida a determinar su rango dentro del ordenamiento jurídico español.

El concepto del rango, manifestación del principio de la jerarquía normativa —art. 9.3 de la Constitución—, tiene una doble vertiente: en primer término, expresa la capacidad de una norma para derogar otras y, en segundo lugar, refleja la resistencia de la norma a ser derogada por otras.

El primero de los aspectos aparece claro en nuestro Derecho: a) puesto que las normas contenidas en los Tratados internacionales pueden modificar o derogar «leyes» —art. 94.1.e) de la Constitución— es evidente que, como mínimo, su rango será el de aquéllas, y b) dado que no pueden contener estipulaciones contrarias a la Constitución —art. 95.1— se advierte que su rango resulta ser inferior al constitucional.

En este sentido puede así concluirse que los Tratados en general, con la precisión que después ha de formularse, tienen el rango propio de la ley y no el constitucional.

Respecto del segundo de los aspectos propios del rango —resis-

tencia de la norma a ser derogada por otras— el artículo 96.1 de la Constitución establece que las «disposiciones» contenidas en los tratados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». Sobre esta base la doctrina española —así, RODRÍGUEZ ZAPATA— suele entender que la posición de los Tratados escapa al principio de la jerarquía normativa para someterse al principio de la competencia: la norma incluida en el Tratado queda automáticamente sustraída a la intervención normativa unilateral del Estado en todo aquello que suponga modificación, suspensión o derogación.

Sigue no obstante viva la atribución de rango «legal» que antes se ha hecho en atención a la fuerza derogatoria de los Tratados.

C) *El artículo 10.2 de la Constitución española:  
el Convenio, contexto interpretativo de la Constitución*

La doctrina expuesta ha de ser profundamente matizada respecto de aquellos Tratados —es el caso del Convenio Europeo— que contienen normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Importa a este respecto recoger el texto íntegro del artículo 10.2 de la Constitución española, dada su trascendental importancia en relación con el tema que se examina. Dice así:

«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.»

Y será ya de destacar que este precepto integra una «decisión constitucional básica» por cuya virtud España asume un «sistema de valores y principios de alcance universal» que han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico —sentencia del Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio, F. 10.<sup>o</sup>—: el Derecho Común cuya existencia reconoce y acata el artículo 10.2 de la Constitución alcanza una evidente fuerza expansiva que se proyecta sobre todo nuestro

ordenamiento interno incluidas las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y libertades.

Más concretamente ha de advertirse que por obra de su artículo 10.2, la Constitución opera en esta materia como norma de mínimos: si los preceptos de la Constitución relativos a derechos fundamentales y libertades garantizan un contenido superior al de los Tratados prevalecerá aquélla, en tanto que si su cobertura explícita es inferior a la de los Tratados, será la de éstos la que, en definitiva, se imponga —en esta línea, SILVIO BASILE—.

Y ya en este punto, y siempre en busca de la concreción del rango de los Tratados relativos a la materia de que se trata, habrá que consignar la muy diferente posición que respecto de la Constitución se atribuye a dichos Tratados, por un lado, y a la ley, por otro, como consecuencia de la función interpretativa que a aquéllos asigna nuestra Constitución en su artículo 10.2.

El artículo 9.1 de la Constitución señala que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la «Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Dentro del total ordenamiento conviven así la «Constitución» y el «resto del ordenamiento jurídico» y una interpretación sistemática que ponga en relación ambos campos ha de partir de la base de que siendo la Constitución la cúspide de la pirámide de normas, de que siendo aquélla el contexto dominante del «resto del ordenamiento jurídico», su sentido habrá de prevalecer necesariamente sobre el que derive del «resto del ordenamiento jurídico»: éste es el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico que, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, hoy ha recibido formulación expresa del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Es ésta una interpretación sistemática forzosa, impuesta, en cuanto que la solución está predeterminada: es la Constitución la que prefigura con carácter necesario el sentido que ha de darse a todas las normas del ordenamiento jurídico, incluidas naturalmente las leyes y no son éstas las que alumbran el sentido que haya de atribuirse a la Constitución.

Pues bien, completamente distinta es la virtualidad interpretativa de los Tratados relativos a los derechos y libertades del ciudadano. Tales Tratados son contexto de la Constitución, en principio a su mismo nivel, y por tanto a la hora de interpretar sistemáticamente aquélla se muestran en una posición análoga a la de los

propios preceptos constitucionales. Reiteradamente ha puesto de relieve nuestro Tribunal Constitucional que la Constitución es «un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás» —Sentencias 5/1983, de 4 de febrero, 67/1984, de 7 de junio, etc.—. Y en este todo que es la Constitución se integran desde luego sus propios preceptos, pero, además, y también, los Tratados sobre derechos y libertades que por virtud del mandato del artículo 10.2 van a tener un vigor interpretativo de la Constitución que no tienen las leyes.

Los Tratados sobre derechos fundamentales y libertades se diferencian, pues, radicalmente de las leyes en cuanto que éstas carecen de fuerza para participar en la interpretación sistemática de la Constitución en tanto que aquéllos tienen plena trascendencia hermenéutica en este campo.

Así, nuestro Tribunal Constitucional que reiteradamente proclama el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico enuncia también paralelamente «el principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España —art. 10.2 de la Constitución»— (Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, F. 3.º, A), principio este último que se aplica precisamente a la interpretación de la Constitución —en la sentencia que acaba de citarse, a la precisión del sentido y de los límites de la libertad de expresión del art. 20—.

Se subrayaba antes cómo el artículo 10.2 de la Constitución determina que ésta sea una norma de mínimos. Tal precepto, en su funcionalidad objetiva, aspira a una permanente puesta al día de la Constitución: ésta consagra un conjunto de derechos fundamentales y libertades cuyo contenido puede verse modificado en más —no en menos— por los Tratados, especialmente futuros. Y la cláusula abierta del artículo 10.2 es la vía para una permanente actualización de la Constitución en esta materia, pues por su cauce habrá de penetrar en ella el Derecho Común que ha asumido.

Los Tratados a que se refiere el artículo 10.2 son, pues, un contexto actualizador de la Constitución, lo que implica la atribución a aquéllos de un rango constitucional en el terreno hermenéutico. Incluso en alguna ocasión, nuestro Tribunal Supremo —Sentencia de 2 de junio de 1986, Sala Segunda— ha declarado que los textos internacionales en esta materia integran una normatividad tildable de «superconstitucional».

Y esta relevante virtualidad interpretativa se predica plenamente del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales inequívocamente incluido en el ámbito del artículo 10.2 de la Constitución.

#### D) *Consecuencias*

De la consideración del Convenio como contexto interpretativo de la Constitución en materia de derechos y libertades deriva:

1.º Sus preceptos en cuanto determinantes de la interpretación de la Constitución son plenamente invocables a la hora de formular el recurso de inconstitucionalidad establecido en el artículo 161.I.a) de la Constitución.

2.º Por la misma razón, el Convenio resulta ser fundamento bastante para recabar la tutela jurisdiccional específica establecida en el artículo 53.2 de la Constitución mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad —en la actualidad el de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre—, así como también para la formulación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional —art. 161.I.b) de la Constitución—.

3.º Dado que en todos los casos en que según la ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de un precepto constitucional —art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985—, ha de entenderse que el Convenio Europeo queda plenamente incluido en el campo normativo cuya vulneración da lugar a dicho recurso.

### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU TRASCENDENCIA PARA EL DERECHO ESPAÑOL

#### A) *Reconocimiento de su jurisdicción*

Importa ya, finalmente, perfilar sobre la base de todo lo expuesto, qué virtualidad tiene la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar y aplicar el Convenio. Ya se ha dicho que éste no se limitaba a establecer una tabla de

derechos y libertades, sino que, además, atendiendo a una preocupación reflejada en su Preámbulo, erigía un complejo orgánico tendente a garantizar su realización dentro del cual destaca un Tribunal instituido para la interpretación y aplicación del Convenio —art. 45—.

Es de advertir que España tiene reconocida «como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio que se susciten con posterioridad al 14 de octubre de 1979» —esta Declaración varias veces renovada lo fue otra vez el 18 de octubre de 1985 por un nuevo período de cinco años a partir del 14 de octubre de 1985—. También ha reconocido España la competencia prevista en el artículo 25 del Convenio en relación con las demandas formuladas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares —Declaraciones de 7 de junio de 1983 y, en la actualidad, de 18 de octubre de 1985, esta última con previsión de reconducción tácita por nuevos períodos de cinco años—.

B) *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su virtualidad interpretativa de la Constitución española en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*

Ya en este punto, la cuestión es la de determinar el sentido del artículo 10.2 de la Constitución: ¿Cuándo éste atribuye una relevante virtualidad interpretativa, en lo que ahora importa, al Convenio Europeo se está remitiendo sólo a sus declaraciones normativas o también a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? En otros términos, ¿las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo, además de la eficacia concreta que tienen en los litigios en los que se dictan —art. 53—, van a tener vigor interpretativo general del Convenio, en cuanto complemento jurisprudencial de éste, más allá de los límites propios del litigio en que recayeron?

La respuesta ha de ser afirmativa.

El artículo 10.2 de la Constitución aspira a establecer una base material que sirva, en lo que ahora importa, para interpretar la Constitución, más precisamente, para interpretar una determinada

zona de la Constitución. Aquella base material interpretante está integrada por un conjunto de preceptos necesitados a su vez de interpretación y para ésta el Convenio ha establecido precisamente —art. 45— un Tribunal al que le corresponde tal función. Si se necesita —art. 10.2 de la Constitución— una fuente de clarificación, de actualización, y ésta se integra no sólo por unos preceptos, sino también por la doctrina de un Tribunal, ha de entenderse que la llamada de la Constitución al Convenio incluye no sólo su normativa declarativa, sino también su complemento de expresión —jurisprudencia— que es la doctrina del Tribunal Europeo —en este sentido, LINDE—.

El Convenio instituía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio» —art. 19— y tal finalidad exigía no sólo que aquellas Altas Partes Contratantes hubieran de «conformarse a las decisiones del Tribunal» en los concretos litigios en que fueran parte —art. 53—, sino también y sobre todo el respeto general a la doctrina que aquél fuera sentando al explicitar el contenido del Convenio adaptándolo en cada momento al sentir europeo: el Convenio responde al reconocimiento de una tradición cultural común y, dentro de la materia que recoge, de un proyecto de vida también común.

Por otra parte, ya se ha dicho que el artículo 10.2 del Convenio pretende asegurar el mínimo establecido en la Constitución y además lo que resulte de los Tratados sobre derechos y libertades: implica una cláusula de *aggiornamento* que permita alcanzar en todo momento y con proyección de futuro el nivel que en materia de derechos y libertades vayan determinando las convicciones de la comunidad internacional. Más concretamente, y puesto que de lo que se trata es de contemplar el Convenio a la luz del artículo 10.2 de la Constitución española, la funcionalidad de este precepto será la de sostener en España el nivel europeo de entendimiento de los derechos y libertades.

Corresponde así al Tribunal Europeo la tarea propia de los vasos comunicantes en el mantenimiento de un nivel común de reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales como consecuencia de la existencia de un Derecho Común. Y en este terreno ha de destacarse que el mero texto del Convenio poco o nada añade a la regulación constitucional en la materia. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como

observa GARCÍA DE ENTERRÍA, la que ha sabido extraer de aquel texto un cuerpo de doctrina de gran importancia a la hora de definir un *standar* mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo por encima tanto de Estados y regímenes políticos como también, y sobre todo, de sistemas y tradiciones jurídicas.

La virtualidad del Convenio está hoy más que en su propio texto en la doctrina del Tribunal que ha acertado a alzarse desde aquel texto a los principios que inspiran el reconocimiento de los derechos que el Convenio consagra.

Y esa doctrina sentada por un Tribunal cuya jurisdicción está reconocida por España es un complemento jurisprudencial, en el sentido antes indicado, del Convenio Europeo que se adhiere a éste —emana de los principios que lo informan— para el desarrollo del cometido que le atribuye el artículo 10.2 de la Constitución: el Convenio es desde luego contexto de la Constitución, pero si efectivamente ha de llegar a ser contexto actualizador será precisamente por consecuencia de la labor del Tribunal Europeo.

En definitiva, pues, es refiriendo el criterio interpretativo del citado precepto no sólo al Convenio, sino también y sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como realmente podrá alcanzar aquél la dimensión de Derecho Común en la materia que España reconoció al ratificarlo y que es la que aflora en el artículo 10.2 de la Constitución.

Después se verá como tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo siguen los criterios señalados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### C) *Consecuencias*

La relevante virtualidad interpretativa que acaba de reconocerse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos arrastra como consecuencia que le sean de aplicación las conclusiones expuestas respecto del Convenio:

1.º El sentido que aquella jurisprudencia dé a los preceptos del Convenio será plenamente aplicable en los procesos de inconstitucionalidad: después, y desde otro punto de vista, se examinará el supuesto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, en la que la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Piersack y De Cubber sirvió de

apoyo a una declaración de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 2.º de la Ley 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

2.ª También será perfectamente aplicable dicha jurisprudencia en los procesos de protección de los derechos fundamentales: su invocación por el Tribunal Constitucional puede calificarse de constante, como se verá en las Sentencias que después se citarán.

3.ª Será también bastante para justificar el recurso de casación fundado en la vulneración de un precepto constitucional, dado su valor interpretativo a este respecto.

Y lo expuesto en relación con los recursos de casación vale para todo recurso que realmente sea de casación, aunque la terminología utilizada en el derecho positivo sea otra. Más concretamente: el artículo 102.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 admite un recurso de revisión basado en la existencia de Sentencias contradictorias cuyo carácter casacional puede admitirse con facilidad. La dicción literal del precepto, en lo que ahora importa, se refiere a las Sentencias del Tribunal Supremo, pero su redacción ha de ser completada, en mi opinión —recuérdese la fecha de la ley—, incluyendo también como motivo de «revisión» la contradicción con Sentencias del Tribunal Constitucional y también con Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con ello se fortalece el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

D) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la significación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español refleja una concepción profundamente universalista de los derechos humanos y libertades fundamentales que se evidencia ya en lo que puede estimarse su punto de partida: los derechos fundamentales responden a un «sistema de valores y principios de alcance universal» que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos Convenios Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que «asumidos como decisión constitucional básica han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico» —Sentencia 21/1981,

de 15 de junio, F. 10.º—. Constituyendo tales derechos un verdadero dogma universal es claro que han de ser las convicciones de la comunidad internacional y muy especialmente, en lo que ahora importa, el pensamiento de la comunidad europea los que han de servir de base para trazar el contenido de tales derechos.

En esta línea, y reconociendo ante todo la existencia de una tradición común, en ocasiones invoca nuestro Tribunal Constitucional textos que pertenecen al pasado europeo: este es el caso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, F. 2.º—. Y también, y esto es lo que ahora se destaca, acude no sólo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados internacionales ratificados por España en esta materia, sino también a las tesis mantenidas por la doctrina de otros países, a los preceptos de sus ordenamientos internos o a Sentencias de sus Tribunales —así, Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, F. 2.º y 3.º; 51/1985, de 10 de abril, F. 6.º; 65/1986, de 22 de mayo, F. 2.º; 23/1987, de 23 de febrero, F. 6.º, etc.—.

Es claro que esta invocación de doctrina, preceptos y sentencias extranjeros no encuentra apoyo en la letra del artículo 10.2 de la Constitución, que sólo se refiere a la eficacia interpretativa de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Tratados y acuerdos internacionales, pero sí en su espíritu que refleja una concepción universal en materia de derechos y libertades.

Con carácter general puede afirmarse que nuestro Tribunal Constitucional acepta plenamente la virtualidad interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la Sentencia 36/1984, de 14 de marzo, F. 3.º, buscando los criterios interpretativos que permitan aplicar cierto precepto constitucional —art. 24.2 respecto del proceso sin dilaciones indebidas—, señala que la remisión que el artículo 10.2 de la Constitución hace a los tratados «autoriza y aun aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». Este «consejo» es otras veces una «vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 de la Constitución» —Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, F. 3.º—. Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el indicado es un «consejo» que el Tribunal Constitucional no desoye nunca, salvo que exista obstáculo derivado de alguna reserva española al Convenio —Sentencia 21/

1981, de 15 de junio, F. 10.º—, respecto de la reserva relativa al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Más concretamente es de indicar que el Tribunal Constitucional español, siempre con invocación del artículo 10.2 de la Constitución, viene «siguiendo» —Sentencias 108/1984, de 26 de noviembre, F. 4.º, y 47/1987, de 22 de abril, F. 3.º— y «recogiendo» —Sentencia 194/1987, de 9 de diciembre, F. 3.º— la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas consideraciones «son plenamente aplicables a la interpretación» de nuestra Constitución —Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, F. 4.º— y así «de acuerdo con» ellas resuelve las cuestiones planteadas —Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, F. 5.º—, destacando que «la interpretación relevante, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo y no la del Comité de Ministros» —Sentencia 114/1984, de 29 de diciembre, F. 3.º—.

Incluso llama la atención la presteza con que el Tribunal Constitucional sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, se invoca ya la *Sentencia del Tribunal Europeo de 2 de agosto de 1984 —Caso Malone—*. Puede perfectamente apreciarse cómo el primer itinerario hermenéutico del Tribunal Constitucional es siempre —así lo impone el art. 10.2 de la Constitución— el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, de suerte que si éste no se ha pronunciado todavía respecto de la cuestión planteada, así lo hará constar: en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, F. 3.º, señala que «en el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 de la Constitución española no resulta concluyente por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre».

En definitiva, será de concluir que el Tribunal Constitucional español, en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 de la Constitución, admite plenamente la virtualidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la interpretación de la Constitución en materia de derechos y libertades.

E) *Una última función de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:  
la orientación de las tareas del legislador interno*

Se ha venido insistiendo hasta ahora en la virtualidad interpretativa que respecto de la Constitución tiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero el estudio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, F. 5.º y 6.º, sugiere una última reflexión.

Esta Sentencia, invocando la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 1 de octubre de 1982 —Caso Piersack— y 26 de octubre de 1984 —Caso De Cubber— sobre la incompatibilidad de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal, pronuncia la inconstitucionalidad y por tanto la nulidad del artículo 2.º, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

El Tribunal Europeo parte de la base de que los Tribunales deben inspirar confianza al público y al acusado, de suerte que su imparcialidad no ha de ofrecer dudas: «Si un juez ocupa con anterioridad a esta condición en el Ministerio Fiscal un cargo de tal naturaleza que hiciera posible el tratamiento de un cierto expediente en el marco de sus atribuciones y posteriormente siendo Magistrado se hizo cargo del mismo asunto, los justiciables están en el derecho de temer que éste no ofrece bastantes garantías de imparcialidad» —Caso Piersack—. En la misma línea —Caso De Cubber— advierte el Tribunal Europeo que la presencia del juez instructor en el Tribunal Sentenciador puede inspirar al acusado «legítimas preocupaciones» respecto de la imparcialidad del Tribunal.

El Tribunal Constitucional español, siguiendo la línea de razonamiento marcada por el Tribunal Europeo, declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 10/1980 que excluía para el proceso en ella regulado la aplicación del motivo de recusación que integra el haber sido instructor de la causa.

Sin necesidad de precisar ahora cuál era el alcance de la investigación preliminar que desarrollaba el juez en el mencionado proceso, es lo cierto que a partir de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya citadas «pudo» perfectamente reputarse inconstitucional la exclusión de la causa de recusación indicada y

ello «pudo» haber impulsado una reacción legislativa antes de que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de aquella exclusión, con lo que se hubieran evitado los problemas surgidos en la práctica como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

En definitiva, lo expuesto implica que una última función de la jurisprudencia del Tribunal Europeo es —o debería ser— la de orientar al legislador cuando para otros Estados formula aquéllas declaraciones interpretativas del Convenio a cuyo sentido no se ajusta la normativa del Estado propio.

F) *La aplicación concreta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*

Ya se ha advertido que el Tribunal Constitucional español aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos prácticamente siempre que existe, salvo que aparezca obstáculo derivado de las reservas formuladas por España —así, Sentencia 21/1981, de 15 de junio, F. 10.º, respecto de la reserva relativa al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas—.

Sin pretensiones exhaustivas, pueden citarse las siguientes:

STC 12/1981, de 10 de abril, F. 3.º: invoca la STEDH de 17 de enero de 1970 —Caso Delcourt—, sobre los principios del juicio equitativo en relación con el control de legalidad.

STC 24/1981, de 14 de julio, F. 3.º y 4.º: se funda en la STEDH de 23 de abril de 1977 —Caso König— en la que se señalan los criterios a tener en cuenta para la concreción del plazo razonable de duración del proceso.

STC 62/1982, de 15 de octubre, F. 5.º: recoge la STEDH de 7 de diciembre de 1976 —Caso Handyside— respecto de la libertad de expresión y carácter de sus límites.

STC 19/1983, de 14 de marzo, F. 2.º: cita las STEDH de 27 de octubre de 1975, 6 de febrero de 1976 y 6 de mayo de 1981 —Caso Bucholz— en relación con el ámbito de la tutela judicial.

STC 73/1983, de 30 de julio, F. 5.º: cita las STEDH de 18 de junio de 1971 —Caso De Wilde, Ooms et Versip—, de 5 de noviembre de 1981 —Caso X contra el Reino Unido— y de 21 de febrero de

1975 —Caso Golder— en cuanto a las facultades del penado sobre su correspondencia.

STC 36/1984, de 14 de marzo, F. 3.º: aplica los criterios de la STEDH de 13 de julio de 1983 —Caso Zimmermann y Steiner— para la concreción del concepto jurídico indeterminado que es el plazo razonable de duración del proceso.

STC 108/1984, de 26 de noviembre, F. 2.º, 3.º y 4.º: cita las STEDH de 27 de junio de 1968 —casos Wemhoff y Neumeister—, 10 de noviembre de 1969 —Casos Stögmüller y Matznetter— sobre las exigencias de razonabilidad de la prisión preventiva.

STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. 7.º: cita la STEDH de 2 de agosto de 1984 —Caso Malone— sobre los artificios técnicos que permiten registrar los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato.

STC 44/1985, de 22 de marzo, F. 4.º: recoge la STEDH de 1 de octubre de 1982 —Caso Piersack— en cuanto a las garantías de imparcialidad que deben caracterizar al juzgador.

STC 74/1985, de 18 de junio, F. 4.º: invoca las STEDH de 28 de junio de 1984 —Caso Campbell y Fell—, de 21 de febrero de 1984 —Caso Ortzük— y de 21 de febrero de 1975 —Caso Golder— respecto de la distinción Derecho Penal-Derecho Disciplinario en relación con las garantías procesales.

STC 65/1986, de 22 de mayo, F. 4.º: recoge la STEDH de 25 de abril de 1978 —Caso Tyrer—, sobre penas inhumanas.

STC 2/1987, de 21 de enero, F. 4.º: cita la STEDH de 28 de junio de 1984 —Caso Campbell y Fell— respecto del régimen disciplinario en materia carcelaria.

STC 47/1987, de 22 de abril, F. 3.º: se funda en las STEDH de 9 de octubre de 1979 —Caso Airey— y de 25 de abril de 1983 —Caso Pakelli— sobre el alcance de la asistencia letrada gratuita.

STC 96/1987, de 10 de junio, F. 2.º: invoca dos STEDH de 8 de diciembre de 1983 —Casos Pretto y otros, y Axon— respecto del sentido de la publicidad procesal como protección de las partes contra una justicia secreta que escape al control público y como medio de preservar la confianza en los órganos judiciales.

STC 194/1987, de 9 de diciembre, F. 3.º: recoge las STEDH de 9 de octubre de 1979 —Caso Airey— y 25 de abril de 1983 —Caso Pakelli— en cuanto al ámbito de la asistencia letrada gratuita.

STC 145/1988, de 12 de julio, F. 5.º y 6.º: se apoya en las STEDH de 1 de octubre de 1982 —Caso Piersack— y de 26 de octubre de

1984 —Caso De Cubber— respecto de la incompatibilidad de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal.

Aunque con menos frecuencia, también nuestro Tribunal Supremo aplica con habitualidad la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por vía de ejemplo pueden recordarse las siguientes Sentencias:

Ante todo la STS de 2 de junio de 1986: partiendo de la base del artículo 10.2 de la Constitución, señala que los textos internacionales integran en el ámbito de los derechos fundamentales «una normatividad tildable incluso... como superconstitucional» y así invoca el artículo 10.2 del Convenio para trazar los límites de la libertad de expresión.

STS de 2 de julio de 1987: examinando el problema de la transexualidad —incluye el cambio de sexo entre los derechos de la personalidad— invoca el criterio favorable de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso Rees —12 de diciembre de 1984— con expresa indicación de que todavía no se había hecho pública la Sentencia.

STC de 21 de enero de 1988: se apoya en las STEDH de 7 de diciembre de 1976 —Caso Handyside— respecto de la significación de la libertad de expresión y 26 de abril de 1979 —Caso *The Sunday Times*— en cuanto al carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones a aquélla.

STS de 16 de febrero de 1988: invoca la doctrina de las STEDH de 7 de diciembre de 1976 —Caso Handyside— y de 22 de octubre de 1981 —Caso Dudgeon— para interpretar el artículo 15 de la Constitución atendiendo a criterios de moralidad.

#### V. CONCLUSIÓN: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA «PROFECÍA» DEL SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Al iniciar estas reflexiones se señalaba ya que no era necesario para nuestro propósito entrar en el problema de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho. Más modestamente, y en el terreno de la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, se advertía de la trascendencia de la jurisprudencia a la hora de hacer la «profecía» del sentido de las resoluciones judiciales.

Así las cosas, puesto que nuestro ordenamiento jurídico ha asumido el sistema de valores y principios a los que, en lo que ahora importa, responde el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que instituye un Tribunal precisamente para su interpretación y aplicación, hay que entender que el reconocimiento por nuestra Constitución —art. 10.2— del Derecho Común que es el Convenio comprende también y muy destacadamente el complemento jurisprudencial que le proporciona la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y de esta suerte puede perfectamente predecirse que los Tribunales españoles han de seguir en sus resoluciones los criterios sentados por dicho Tribunal. Así deriva de la decisión constitucional básica que integra el artículo 10.2 de la Constitución y desde luego así lo evidencia el estudio de las Sentencias que se han recogido en los anteriores apartados.

# JURISPRUDENCIA

