

Pablo SÁNCHEZ-MOLINA<sup>1</sup>

Sumario

1. El artículo 10.2 CE
2. Riesgos planteados en el derecho internacional de los DDHH
3. Aplicación en España a raíz de los déficits en la aplicación del artículo 53 CEDH

1. El artículo 10.2 CE

La labor interpretativa de los tribunales se ha visto afectada por un cambio sustancial en la concepción de los derechos fundamentales: la protección multinivel<sup>2</sup>. La esencia de este fenómeno, muy ligado a la globalización en el ámbito jurídico, deviene en la convivencia de diferentes fuentes de producción del derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El clásico derecho de producción interna interacciona con otra serie de normas, de producción externa, que a pesar de provenir de una instancia internacional pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

El denominado «constitucionalismo multinivel» (o también «constitucionalismo en red»)<sup>3</sup> aparece ligado a la noción de «diálogo jurisdiccional»<sup>4</sup>. Llegados a este punto, el art. 10.2 CE se configura como un instrumento en pro de esta «integración constitucional»

---

<sup>1</sup> Personal investigador en formación (programa de becas de la obra social “la Caixa”) en la Universidad de Sevilla.

<sup>2</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2014): *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Ed. Sanz y Torres, págs. 81-155.

<sup>3</sup> Ver BUSTOS GISBERT, Rafael (2005): *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública.

<sup>4</sup> La noción de «diálogo jurisdiccional» ha sido tratado, en otros, por FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso [Coords.] (2013): *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Tirant Lo Blanch; GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (2012): *El diálogo entre los sistemas europeos y americano de Derechos Humanos*, Thomson. Para ahondar en el diálogo entre el TC y el TEDH puede consultarse Rodríguez, Ángel (2004): págs. 517-564.

en el sistema multinivel de los derechos<sup>5</sup>. A continuación, y brevemente, haremos referencia a su alcance para, acto seguido, centrarnos en analizar un riesgo percibido por el derecho internacional de los Derechos Humanos. La solución ante tal riesgo dada por el propio derecho internacional será clave para la propuesta de reforma aportada.

La doctrina especializada ha venido entendiendo la previsión contenida en el art. 10.2 CE como un elemento que permite la incorporación en el ordenamiento jurídico español de estándares de protección de los derechos derivados de los instrumentos de protección de los DDHH ratificados por España<sup>6</sup>. Esta vía de recepción interna del derecho internacional está íntimamente conectada con la tradicional influencia del derecho internacional en el constitucionalismo español desde el proceso constituyente. Por tanto, y aunque sea el supuesto más recurrente, encontramos, además de una influencia judicial (a través del “diálogo jurisdiccional”), otra legislativa e, incluso, ejecutiva. Así, nos encontraríamos ante una previsión dirigida a la totalidad de «órganos del poder público español» que exige una obligación de resultado<sup>7</sup>.

En la práctica, el TC ha incluido, dentro del contenido del art. 10.2 CE, a todas las normas del ordenamiento jurídico en lo que a derechos fundamentales y libertades públicas se refiere<sup>8</sup>. Además, ha sido una excelente vía para la incorporación de los niveles de protección contenidos en algunos derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos integrando, a su vez, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup> y comportándose, en la práctica, como una cláusula de actualización de los derechos constitucionales<sup>10</sup>. Pero, ¿qué ocurre si el estándar de protección internacional es inferior al interno?<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ, Ángel (2001): *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, págs. 364.

<sup>6</sup> QUERALT, Argelia (2008): *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 197.

<sup>7</sup> Ver SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1999): *La apertura* pág. 42 y Queralt, Argelia (2008): pág. 200.

<sup>8</sup> Entre otras, STC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4 y STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2. Citadas en SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1999): Pág. 62.

<sup>9</sup> En lo relativo a la posibilidad de extensión de los derechos constitucionales vía jurisprudencia del TEDH ver RODRÍGUEZ, Ángel (2001): pág. 293.

<sup>10</sup> Ver RODRÍGUEZ, Ángel (2001): pág. 296.3 y Carrillo Salcedo, Juan Antonio (2003): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, pág. 22.

<sup>11</sup> Del modo que indica el profesor Ángel Rodríguez, si la protección del CEDH es inferior a la nacional se aplica la nacional (regla general). RODRÍGUEZ, Ángel (2001): pág. 329.

## 2. Riesgos planteados en el derecho internacional de los DDHH

Con carácter general, los Convenios de protección de los Derechos Humanos otorgan un nivel de protección que todos los Estados parte tienen que alcanzar y pueden superar. Del principio de subsidiariedad deriva la condición de los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos como un mínimo común de protección. La razón radica en la diversidad de Estados signatarios y en la necesidad de fijar unas bases comunes a todos ellos. La consideración de los tratados internacionales de protección de los DDHH como mínimo común ha llevado a que la mayoría de los sistemas de protección internacional de los DDHH fijen cláusulas para impedir que esta característica suponga una traba en la evolución de estos derechos.

La lógica imperante en la configuración de la «cláusula de la mayor protección de los Derechos Humanos» la encontramos en su primer antecedente, una de las reformas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>12</sup>. Esta organización se encontró ante una dicotomía una vez finalizada la II Guerra Mundial: ampliar los Estados parte (debido a su futura incorporación, como agencia especializada, en la incipiente Organización de Naciones Unidas) sin limitar la protección y el grado de cumplimiento. No solo bastaba con una disminución de los estándares de los derechos consagrados en la OIT original para que la ampliación tuviese éxito sino que se tendría que evitar, a su vez, que esta reducción favoreciese la rebaja de estándares en aquellos Estados industrializados. Mientras que una disminución de los estándares existentes en la OIT podría haber afectado «al prestigio de la función normativa y, por lo tanto, alienar a los países industrializados», su mantenimiento podría haber dejado «prácticamente sin sentido» el

---

<sup>12</sup> Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944. Ver ALKEMA, Evert. A. (1998): “The enigmatic no-pretext clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights” en Klabbers, Jan y Lefeber, René [ed.] *Essays on the Law of Treaties* (A collection of essays in honour of Bert Vierdag), 1998, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, pág. 53 y MURRAY, Jill (2001): “Transnational Labour regulations: The ILO and EC compared”, *International Studies in Human Rights*, Kluwer law international, The Hague/Boston/London, pág. 62.

compromiso de aquellos Estados menos desarrollados que, materialmente, no podían alcanzar el nivel de protección fijado<sup>13</sup>.

A la Constitución de la OIT le siguieron otras disposiciones en la mayoría de tratados internacionales de protección de los DDHH, entre los que se encuentra el art. 53 del CEDH<sup>14</sup>. La lógica, en la mayoría de estos, es similar aunque su alcance varía dependiendo del instrumento internacional en el que se enclava (en cada caso la cláusula tendrá una «personalidad» propia)<sup>15</sup>. La presente propuesta trata, precisamente, de incorporar a nuestra Constitución esta lógica originaria de la Constitución de la OIT e incorporada, poco después, al texto del CEDH. De este modo se estaría blindando la recepción nacional vía 10.2 CE para implementar, y no restringir, los derechos constitucionales internos.

### 3. Aplicación en España a raíz de los déficits de la protección convencional

---

<sup>13</sup> CHEBALI, Victor-Yves (1989): *The International Labour Organization. A case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, pág. 205.

<sup>14</sup> Entre otros, además del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la Carta Social Europea, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Pueden Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención de Derechos del Niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>15</sup> Por ejemplo, mientras que el art. 29.b CADH ha sido interpretado, por el Convenio, como una fórmula para incorporar al contenido de los derechos de la Convención Americana aquellos otros estándares de protección más altos siguiendo la teoría *pro homine*. Por el contrario, el carácter *sui generis* de la Unión Europea (destacando el principio de primacía) no ha impedido que, a pesar de la existencia de la cláusula contenida en el art. 53 CDFUE, existencia de niveles de protección de derechos inferiores y cuyo límite estaría formado por el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros. Como fue puesto de relieve en el Caso Melloni en relación con la imposibilidad de condicionar la entrega de un condenado en otro Estado miembro a la existencia de un estándar nacional más alto, en este caso, en el contenido procesal del derecho a la tutela judicial efectiva (sin incluir el nivel constitucional español que exige la repetición del juicio en los casos de condenados en ausencia a diferencia).

La propuesta realizada puede parecer, a primera vista, accesoria. De hecho, los órganos del poder público español deberían cumplir, al interpretar normas o jurisprudencia de tratados internacionales sobre DDHH ratificados por España, la cláusula internacional de la mayor protección. En caso contrario, a nuestro modo de ver, se estaría violando el propio tratado al no respetarse sus propias previsiones. Así, y aunque pudiera resultar paradójico, si cualquier órgano español hiciese un uso del CEDH que implicase una disminución del estándar nacional y que, a su vez, respetase el nivel de protección otorgado por el propio Convenio (y por la jurisprudencia del TEDH), estaría violando el mismo (a pesar de que no quede afectado el mínimo común de protección).

El problema surge cuando se comprueba que la aplicación teórica, en el caso de la cláusula contenida en el art. 53 CEDH, difiere de su aplicación práctica. En este sentido, el nulo desarrollo jurisprudencial que ha tenido por parte del TEDH ha llevado a que la doctrina especializada se refiera a ella como la cláusula «ignorada», «invisible» o «ritual»<sup>16</sup>. Concretamente, sorprende que «un principio de prevalencia previsto en los tratados de Derechos Humanos apenas haya suscitado interés en la jurisprudencia y doctrina»<sup>17</sup>. Desde la década de los ochenta hasta la actualidad la escasa doctrina que ha tratado esta problemática destaca la invisibilidad de la cláusula de la mayor protección de los DDHH. Nos encontramos, por lo tanto, ante una cláusula que no ha gozado de eficacia práctica. La asignación de estos adjetivos no es casual sino que devienen de la aplicación de la cláusula de la mayor protección por parte de la jurisprudencia del TEDH.

En primer lugar, sorprende, en el Caso *Open Door and Dublin Well Woman*, la respuesta del TEDH a la invocación que el Gobierno Irlandés hace de la cláusula de la mayor protección. El fin, junto con el art. 17 CEDH, sería impedir una interpretación de

---

<sup>16</sup> Ver SCHABAS, William A. (2015): *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press. Pág. 903 y RACHOVITSA, Adamantia (2016): “Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties” en *Human Rights Law Review*, 16, pág. 49.

<sup>17</sup> «Therefore, it comes as a surprise that one principle on precedence provided for in human rights treaties has attracted little attention in case law and literature». HALKEMA 041.1. Quince años antes, Sieghart se había mostrado en la misma línea que Alkema (que así lo indica en su estudio) al afirmar que «None of the competent independent international institutions has so far expressed any views on the interpretation or application of any of these provisions» en SIEGHART, Paul (1983): “The International Law of Human Rights”, Clarendon Press, Oxford. Pág. 109.

un determinado derecho convencional que conlleve la restricción de otro, este nacional<sup>18</sup>. Lo que está en juego es la consideración de si la libertad de informar sobre la existencia de clínicas abortivas en Reino Unido (donde la práctica es legal) iría en contra de la protección de la vida de los no nacidos conforme a la legislación irlandesa. Para dar una respuesta a esta problemática, el TEDH no se centra en dar una respuesta adecuada a la argumentación del gobierno en virtud de la cláusula de la mayor protección sino que, tras realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad, falla sobre la base de que la injerencia es demasiado amplia y desproporcionada al realizar la prohibición de comunicación de manera general<sup>19</sup>. Además, ante la alegación del Gobierno el Tribunal responde que la injerencia del gobierno no previene la práctica de abortos por ciudadanas irlandesas en el extranjero ya que la información dada, por la sociedad que se ocupaba del asesoramiento, estaba disponible si se hubiese atendido a otros recursos<sup>20</sup>.

Lo más interesante para nuestro objeto de estudio es el tratamiento de la cláusula por el TEDH. En este caso el Gobierno irlandés, en uno de sus argumentos de defensa, trató de usar la cláusula para impedir una interpretación del art. 10 CEDH que restringiese, en su opinión, la regulación nacional de protección del derecho de vida de los no nacidos. Aún estando de acuerdo con el fallo del tribunal, que derivó de una correcta aplicación del juicio de proporcionalidad, la respuesta del Tribunal al argumento del Gobierno se nos presenta como una oportunidad perdida para el desarrollo práctica de la cláusula. Esta, por lo tanto, hubiese sido una buena oportunidad para que el Tribunal incidiese dentro las vicisitudes que deriva de esta cláusula y, en su caso, hubiese establecido un criterio que fijase, con carácter general, las situaciones que quedarían tanto comprendidas como excluidas del ámbito de aplicación del art. 53 CEDH. Esta actitud es cómplice en la aplicación práctica que ha llevado a encontrarnos ante «la cláusula

---

<sup>18</sup> «The Government, invoking Articles 17 and 60 (art. 17, art. 60) of the Convention, have submitted that Article 10 (art. 10) should not be interpreted in such a manner as to limit, destroy or derogate from the right to life of the unborn which enjoys special protection under Irish law», Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 78.

«Invocando los artículos 17 y 60 del Convenio, el Gobierno aducía que no debe interpretarse el artículo 10 de tal manera que quede limitado o destruido el derecho a la vida de los no nacidos, a los que el Derecho irlandés concede una protección especial, o que el mismo se vea perjudicado». Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, Summary by the Spanish Cortes Generales, pág. 4. En línea: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164651>

<sup>19</sup> Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 73.

<sup>20</sup> Caso Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda, § 79.

ignorada». En cambio, consideramos imprescindible la construcción jurisprudencial de un precepto fundamental en la construcción de un sistema europeo de protección de los Derechos Humanos integrado en la diversidad de estándares.

En segundo lugar, y en épocas más recientes (2008), el TEDH vuelve a dejar pasar una buena oportunidad para delimitar la aplicación de la cláusula en un ámbito que es ciertamente *sui generis*: el derecho de la Unión Europea. En este caso, la parte demandante (que reclama el asilo) conecta la directiva 2004/83/CE con el nivel de protección que debería otorgar Estrasburgo en base a que la denegación de la petición de asilo vulneraría la prohibición de recibir tratados inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). Así, la argumentación de esta parte, usando para ello el art. 53 CEDH, se centra en la necesidad de que Estrasburgo otorgue un nivel de protección igual o superior al de la directiva<sup>21</sup>. En virtud de este razonamiento, la directiva pasaría a ser el nuevo mínimo común de protección y la protección convencional tendría que ser igual o superior. El Gobierno británico, por su parte, rechaza esta interpretación del art. 53 CEDH al considerar que entre sus finalidades no se encuentra la necesidad de los Estados parte de otorgar un nivel de protección mayor que el establecido en el Convenio sino que este es un ámbito que corresponderá, en su caso, al TJUE<sup>22</sup>. Dichos argumentos no cuentan con la réplica del TEDH que llega, por otros medios, a la consideración de violación del art. 3 CEDH.

No ha sido hasta el año 2014 cuando el TEDH ha dado algunas pinceladas de lo que sería una incipiente construcción de la cláusula de la mayor protección aunque, todavía, de un modo indirecto. En el Caso *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*, la opinión concurrente del juez Wojtyczek refleja una posición muy sugerente dentro de la doctrina del Tribunal: «The Convention clearly

---

<sup>21</sup> «Finally, the applicant relied on Council Directive 2004/83/EC and submitted that under Article 53 of the Convention the level of protection offered by the Convention had to be equal or higher to that in the Directive». Caso *NA v. Reino Unido*, 2008, § 100.

<sup>22</sup> «As to the applicant's reliance on Directive 2004/83/EC (see paragraphs 51 and 100 above), the Government observed that Article 53 of the Convention did not prevent Contracting Parties from providing a higher level of protection than that provided for by the Convention. The interpretation of the Directive was primarily for the European Court of Justice and ultimately could be subject to supervision by the Court (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI)». Caso *NA v. Reino Unido*, 2008, § 105.

envisages in this provision a situation in which different instruments may provide a higher level of protection than the Convention itself»<sup>23</sup>. A través de esta afirmación, en la que el juez muestra que el Convenio «claramente» permite que otros instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos otorguen una protección más alta que, y añade expresamente: «no puede considerarse un ejemplo de fragmentación, ni mucho menos de incoherencia, del derecho internacional» sino que «limita el riesgo de contradicción con otros tratados». Esta visión, en opinión del juez, dejaría extramuros de la condición de conflicto cualquier situación en la que otro tratado internacional fijara un mayor estándar de protección pero, en cambio, el grado de protección otorgado por el TEDH no pasaría automáticamente a incluir aquellas normas, más protectoras, establecidas por otros instrumentos internacionales que obligue, a su vez, a los Estados parte del Convenio. Así, recuerda que el TEDH continuaría siendo el «guardián del catálogo limitado de derechos protegidos por la norma mínima establecida en el Convenio» y, a continuación, indica la necesidad de tener en cuenta la conexión existente entre Derechos Humanos por lo que «muy a menudo los derechos humanos pueden colisionar» y «en estas situaciones, la elevación de los estándares de protección de un derecho puede conducir a la reducción en el nivel de protección de otro».

Por tanto, consideramos que una reforma de la Constitución debería completar esta laguna estableciendo un límite a la «interpretación conforme» en pro de la mayor protección de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. El texto actual del artículo 10.2 CE:

Artículo 10.2 CE: «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».

Propuesta de reforma: «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

---

<sup>23</sup> Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido, opinión concurrente del juez Wojtyczek, § 3.



sobre las mismas materias ratificados por España». En ningún caso dicha interpretación servirá para limitar el nivel de protección interno existente».