

ENCUESTA

ENCUESTA SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

PRESENTACIÓN

Nuestros lectores recordarán que dedicamos en 2017 nuestro número 39, con carácter monográfico, al «TJUE como actor de constitucionalidad». Y de la excelente acogida de sus páginas por nuestros colegas es hijo natural el presente número, que dedicamos al TEDH.

Porque sabido es que la globalización en que nos encontramos inmersos conlleva una creciente internacionalización de las relaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas... con notoria emergencia de espacios supranacionales, que incluyen el ámbito de los derechos. Y que en este contexto de internacionalización de las relaciones humanas asistimos a una cierta búsqueda de un soberano supranacional que permita al constitucionalismo de los estados democráticos admitir que los derechos de sus respectivos ciudadanos deben ser básicamente los mismos; y a esto respondió en su día el gran paso que supuso el Convenio Europeo de Derechos Humanos, creando una suerte de *aquis communautaire* en su materia.

La conversión, como analizamos en el pasado número monográfico al que aludíamos anteriormente, de las antiguas Comunidades Europeas a la actual Unión Europea, y así, de un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, motor de cierta integración económica, a un Tribunal de Justicia de la Unión Europea, verdadero actor de la constitucionalidad en Europa, ha supuesto un hito fundamental en el reto anteriormente planteado. La Carta ha superado la concepción meramente «comunitaria» del Derecho de la Unión, que, tras ella es ya una comunidad de derechos patrimonio de la persona; si bien no puede superar plenamente la dicotomía de que la Unión es aún, sobre todo, una comunidad económica con competencias tasadas, sí cabe constatar, a la par, que es un Ordenamiento jurídico al servicio de la defensa de los derechos de las personas, lo que implica el deber de su protección, que desplaza la voluntad estatal por la prevalencia del Derecho de la Unión.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha permeado la labor jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo en su materia, ha encontrado un aldabonazo en las posibilidades de relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que precisamente tras Niza y tras la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha adquirido esta dimensión superior. La Carta de Derechos de la Unión Europea, como sabemos, revisada en 2007 poco antes de la firma del Tratado de Lisboa —que la hace vinculante— crea un espacio supranacional de protección de derechos de la mayor importancia, que junto con el espacio ya generado por el

Convenio europeo de Derechos Humanos, bien puede contribuir a generar este soberano supranacional que permita extender la garantía de los derechos también a nivel internacional.

Ahora bien, el *aquis communitariae* que ha creado ya Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando e interpretando un Convenio, durante un tiempo no menor, ha permitido situar a este tribunal en una posición ciertamente relevante. Que se evidencia en una particular forma de concebir e interpretar los derechos en los diferentes órdenes constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, algo que ha penetrado en los diferentes Tribunales Constitucionales de tales Estados. De hecho, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se apoya, con cada vez más frecuencia, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los derechos del convenio. Y así, la propia jurisprudencia de este tribunal, en la que muestra una particular forma de interpretar y aplicar los derechos, puede ser un modelo, ya no sólo para los tribunales constitucionales de los estados miembros, sino para el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En las relaciones entre estos tribunales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunales constitucionales de los Estados miembros y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no podemos ignorar la experiencia y el arraigo de la jurisprudencia de este último tribunal.

En cualquier caso, no podemos ocultar que tanto la esencia y naturaleza jurídica de este tribunal, como la jurisprudencia que de él emana —según es consustancial a las categorías jurídicas— no están exentas de polémicas académicas, cuyos reflejos prácticos no son ignorables. Así sucede, por ejemplo, con conceptos como el de interpretación dinámica o evolutiva del tribunal, o el denominado margen de apreciación nacional, sobre los que hay interesantes debates abiertos, en que los constitucionalistas han de ser oídos pues desde nuestra ladera debemos hacer aportaciones útiles para establecer su debido alcance. Y otro tanto, según creemos, cabe decir de las denominadas sentencias piloto en que el tribunal hace uso de recomendaciones al Estado, a los efectos de postular el cambio de aquellas regulaciones que pudieran ser eventualmente incompatibles con principios del convenio.

Así mismo, el TEDH ha desarrollado importantes tesis jurisprudenciales en torno a grupos de derechos particularmente significativos, como en el caso de la libertad de expresión y los límites de tal libertad, o en el del derecho de participación política y las posibilidades de prohibición de partidos políticos. Estamos ante construcciones doctrinales interesantísimas para el avance de nuestra ciencia jurídico constitucional, pero que lejos de pertenecer al ámbito de las ciencias exactas, son objeto tanto de alabanzas, como de ciertos cuestionamientos.

Consiguientemente estamos ante una nueva dinámica de avance en la protección efectiva de los derechos humanos de quienes convivimos en la órbita del TEDH, que Teoría y Realidad Constitucional considera terreno propio de un fino debate dialéctico en el seno de esta encuesta que sirve de pórtico al presente número monográfico. A tal fin, hemos convocado a prestigiosos constitucionalistas, para que para que puedan tomar como excusa las preguntas que formulamos y, con la mayor libertad, nos aporten su docta visión de la naturaleza de este importante tribunal y de la relevante jurisprudencia que ha emitido hasta la fecha. Nos agradecería que nuestros agudos lectores concluyan que esta encuesta y el conjunto del presente número monográfico contribuyen modestamente a avanzar algunos pasos en la construcción de una doctrina certera y útil

para una defensa cada vez más efectiva de los derechos inviolables de la persona, fundamento del orden político y de la paz social. Por lo demás, es de justicia señalar el agradecimiento del Consejo de Redacción a los Profesores Luis López Guerra y Javier García Roca por sus interesantes y sugerentes aportaciones en las reuniones preparatorias del número como destacados expertos en la materia.

CUESTIONES

1. *¿Podría exponernos, a modo de introducción, el juicio que le merece la posición adoptada por el TEDH desde su creación hasta la relevancia que su jurisprudencia ha alcanzado en nuestros días?*
2. *¿Nos puede facilitar su opinión acerca de si el eventual conflicto entre una Ley y un Tratado Internacional debe ser resuelto directamente por el Juez nacional, o si este debe plantear la denominada Cuestión de Convencionalidad?*
3. *¿Qué querría decirnos sobre la interpretación dinámica o evolutiva del TEDH? ¿Cómo valora tal jurisprudencia? ¿Puede, en su opinión, ser compatible con la seguridad jurídica y con los límites en la actividad interpretativa y aplicativa de los jueces?*
4. *¿Cómo valora el que la jurisprudencia del TEDH respete el llamado margen de apreciación nacional? ¿Y su compatibilidad con otros valores básicos del orden constitucional, como el de seguridad jurídica?*
5. *¿Cuál es su opinión sobre las recomendaciones del TEDH a los Estados? ¿Y sobre las sentencias piloto?*
6. *Como es sabido, en la creación del espacio europeo de protección de derechos, el TEDH ha desarrollado una especial jurisprudencia protectora de la libertad de expresión. ¿Cómo valora tal jurisprudencia? ¿Quiere añadir algo sobre la ponderación que realiza el Tribunal de esa libertad fundamental con la prohibición de los denominados delitos de odio?*

ENCUESTADOS

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid

VÍCTOR FERRERES COMELLA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra

JAVIER GARCÍA ROCA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid

LUIS JIMENA QUESADA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia

CARLOS RUIZ MIGUEL, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela

ROSARIO TUR AUSINA, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad, Miguel Hernández

RESPUESTAS

1. *¿Podría exponernos, a modo de introducción, el juicio que le merece la posición adoptada por el TEDH desde su creación hasta la relevancia que su jurisprudencia ha alcanzado en nuestros días?*

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

No cabe ninguna duda de que el mecanismo de protección de derechos establecido por el Convenio de Roma ha tenido y tiene una importancia extraordinaria en la creación, extensión y consolidación de un espacio europeo de derechos fundamentales, base de un orden público europeo. Este proyecto es imperfecto y presenta problemas e incertidumbres, sin ninguna duda tampoco. Pero no cabe negar en absoluto que constituye un gran avance, de dimensión histórica, y ello tanto desde una perspectiva general —el espacio europeo en su conjunto— como también, en la mayor parte de los casos, desde la de los diversos estados parte. El acceso individual de las personas a un instrumento jurisdiccional de protección de los derechos de carácter internacional, constituye un hito fundamental del desarrollo de los derechos e incluso del propio derecho internacional. Con independencia de las valoraciones, el hecho cierto es que un amplio número de Estados ha consentido en ser controlado por sus propios ciudadanos a través de una instancia jurisdiccional independiente, y este hecho tiene una significación y una trascendencia realmente histórica.

También, naturalmente, se presentan numerosos problemas, algunos debidos a la naturaleza internacional del mecanismo establecido y las limitaciones intrínsecas que comporta (en relación al ámbito y la forma del control, la eficacia de sus sentencias, o el carácter de protección mínima y su relación con los ordenamientos internos y sus respectivas jurisdicciones) y otros a la extensión de su ámbito de aplicación (800 millones de personas en 47 Estados) y a la enorme heterogeneidad de los Estados que forman parte del mismo. El Consejo de Europa, y el propio TEDH, han tenido que afrontar nuevas situaciones y retos, no solo para sobrevivir sino también para seguir evolucionando y poder acomodarse a los nuevos tiempos y circunstancias, con mayores exigencias de protección de los derechos y nuevas y más sofisticadas formas de vulneración potencial de los mismos. Algunos de estos problemas se abordan precisamente con ocasión de las preguntas que siguen.

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

De entrada, hemos de congratularnos por el creciente protagonismo de este tribunal supranacional, que se inscribe en el contexto de un fenómeno más amplio, el de la internacionalización de los derechos humanos (ya no son un asunto interno). Estamos, por tanto, ante un nuevo escenario marcado por la tutela multinivel de los derechos y el diálogo entre tribunales, que se salda con un recíproco enriquecimiento o fecundo intercambio (*cross-fertilization*). Además, el balance de estos casi 60 años de rica jurisprudencia en torno a los derechos civiles y políticos del Convenio es muy positivo. Pocos podían

imaginar en 1959, cuando se pone en marcha, que la doctrina acuñada por el Tribunal sobre esos derechos (y los incorporados en los sucesivos Protocolos, como el derecho de propiedad, el derecho a la educación, la garantía de unas elecciones libres —de la que el Tribunal ha extraído el derecho individual al sufragio— o las garantías procesales en caso de expulsión de los extranjeros) terminaría por vincular a los operadores jurídicos de 47 países, con una población de 800 millones de personas (de potenciales demandantes), adquiriendo así una dimensión paneuropea. Un efecto de irradiación que va mucho más allá del formal acatamiento de sus decisiones por las autoridades de los Estados que se sometieron a su jurisdicción y que vienen cumpliendo de forma leal (en la mayoría de los casos) el compromiso adquirido en su día, un aspecto no desdeñable porque la ejecución de las sentencias es responsabilidad del Estado condenado, bajo la atenta supervisión del Comité de Ministros.

Pero esa influencia no se mide sólo en términos cuantitativos (21.000 sentencias dictadas desde su creación, conjurando el riesgo de colapso —se puede morir de éxito— mediante sucesivas reformas que han agilizado el procedimiento) o espaciales. Como intérprete autorizado del Convenio y sus Protocolos, el Tribunal se ha ganado a pulso un merecido prestigio. Es una institución respetada, que ha dado pruebas de firmeza en la defensa de las libertades, sin ceder a las presiones de los Estados. Y que ha contribuido a la construcción dogmática de los derechos con aportaciones tan valiosas como el test de proporcionalidad que aplica de forma sistemática a la hora de decidir si una determinada restricción está o no justificada, o las obligaciones positivas de protección que se derivan del reconocimiento de los derechos en el Convenio. Su doctrina ha ido reflejando en cada momento el consenso existente en Europa sobre la forma de concebir y proteger los derechos fundamentales, asumiendo en algunos casos un claro liderazgo. La Europa de los derechos es hoy una realidad tangible. Con su jurisprudencia, ha hecho del Convenio un instrumento vivo, ampliando progresivamente el contenido y alcance de los derechos garantizados.

En nuestro país, el acervo jurisprudencial elaborado por el Tribunal de Estrasburgo ha sido y sigue siendo, por imperativo constitucional (art. 10.2 CE), una referencia inexcusable a la hora de interpretar nuestra declaración de derechos. Al fin y al cabo, es el órgano que tiene la última palabra en materia de libertades (efecto de «cosa interpretada»). Cuando nos sometimos a su jurisdicción renunciamos en cierto modo a la autonomía de nuestros tribunales a la hora de interpretar nuestros derechos.

El impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo es bien patente: son decenas de miles las resoluciones de jueces y tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales que apelan a esa jurisprudencia como canon hermenéutico «de decisiva relevancia» (STC 22/1981). Es una difusión capilar, pero destaca sobre todo la receptividad de nuestro Tribunal Constitucional, que ha recurrido a la misma de forma constante a la hora de perfilar el contenido de los derechos reconocidos en sede constitucional. Son muchas, en efecto, las sentencias que siguen la pauta marcada por el TEDH y se inspiran expresamente en su doctrina. Entre otras razones, porque no se quiere correr el riesgo de una condena por parte del TEDH. Esa vinculación se refleja también en la STC 155/2009, que menciona expresamente entre los supuestos en los que se presume que el recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional el 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».

Esa sintonía, que ha sido la tónica dominante en estos 38 años de coexistencia, no se ha visto empañada por la existencia de alguna divergencia puntual, como las reticencias manifestadas a la hora de incluir en el ámbito del art. 18 CE, que no consagra un macro-derecho a la vida privada, sino varios derechos autónomos (a la intimidad, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones), la tutela frente a la contaminación acústica. Otra cosa es la actitud del legislador, que no siempre se ha mostrado tan diligente a la hora de ajustar nuestro ordenamiento positivo a las directrices establecidas por el Tribunal de Estrasburgo. Basta recordar en este sentido, su pasividad en relación con la regulación de las garantías que deben reunir las decisiones judiciales en materia de intervención y grabación de las comunicaciones o la reforma del recurso de revisión para hacer posible la ejecución de las sentencias condenatorias del TEDH, asignaturas pendientes durante muchos años (hasta el 2015 en ambos casos).

VÍCTOR FERRERES COMELLA

El TEDH se ha transformado de manera notable a lo largo de los años. En el momento fundacional, el Tribunal tenía por misión principal la de velar por el respeto a las exigencias más básicas vinculadas a los derechos humanos. El control que se esperaba del Tribunal era un control de mínimos: asegurar la observancia del núcleo indiscutible de los derechos. Por esta razón, la jurisprudencia del Tribunal no tenía una incidencia muy significativa en la configuración legal de los derechos a escala nacional. La tensión con el principio democrático era, por ello, apenas perceptible. En la actualidad, en cambio, el Tribunal desempeña un papel muy relevante en el discurso de los derechos. Los casos de los que conoce son con frecuencia muy controvertidos, y le colocan en la posición de vanguardia en materia de derechos. No es sorprendente que las decisiones de Estrasburgo hayan suscitado polémicas, y que en los últimos tiempos se haya problematizado la conformidad de la jurisdicción del Tribunal con el principio democrático.

JAVIER GARCÍA ROCA

La evolución del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) producida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) me parece muy positiva¹. Esta protección colectiva, tras casi siete décadas de experiencias y pronunciamientos, ha creado un *ius commune* europeo sobre derechos fundamentales, sin perjuicio del Derecho propio de los Estados miembros y también ha contribuido a su mejor garantía, de manera más real y efectiva, y tanto en su protección internacional como interna; igualmente ha desarrollado unos estándares convencionales comunes que armonizan la interpretación de los derechos en un espacio de más de ochocientos millones de personas y cuarenta y siete Estados. Todo ello ha edificado una «Europa de los derechos», unas sociedades más tolerantes, ilustradas y abiertas de mentes, y ha

1 Puede leerse «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos» en *Revista General de Derecho Constitucional*, de próxima edición, algunas de cuyas tesis sintetizo y donde se dan noticia de otros trabajos propios y colectivos del equipo de investigación que coordino y que hace veinte años creamos con Pablo Santolaya.

favorecido la integración europea a través de derechos y no sólo mediante la unión económica, presupuestaria y monetaria que impulsa la Unión. El sistema del Convenio es una forma lenta y progresiva, pero irrefrenable, de crear un *demos* europeo, una patria fundada en la cultura europea, y confieso que me siento un joven activista de esta causa. El Convenio y el Tribunal son la joya del Consejo de Europa: su fruto más exitoso. ¿Qué más puede pedirse?

Pero, como todo logro humano, el sistema es susceptible de mejora y debe continuar evolucionando para afrontar los nuevos desafíos. Sobre todo, la sobrecarga de asuntos pendientes de enjuiciamiento (56.250 demandas en 2017) en virtud del desbordamiento que produce el *direct access* y una legitimación activa tan difusa, que no ha solventado la mejor organización de la inadmisión de los asuntos que ha permitido el Protocolo 14 al no bajar la demanda de tutela. También divulgar el entendimiento de los derechos y los métodos de trabajo del TEDH entre jueces y abogados en los Estados miembros, según recomendaron el Informe de Lord Woolf y el Informe de los expertos (*wise persons' report*), para generar los beneficios de una cultura preventiva antes que judicial y represiva. La puesta en marcha de las nuevas «opiniones consultivas» que crea el Protocolo 16 y acaban de entrar en vigor, unas verdaderas cuestiones de inconventionalidad cuyo funcionamiento me suscita esperanza; no en balde muchos estimamos que el mejor proceso que la justicia constitucional europea ha creado es la cuestión de inconstitucionalidad. Los diversos problemas detectados en la ejecución de las sentencias y en la supervisión de las mismas, comenzando por los *pockets of resistance* y la eficacia de los planes de actuación. Afrontar con realismo y sabia paciencia, pero sin merma de garantismo, los daños que generan los emergentes populismos aparecidos con la Gran Recesión en varios países como Polonia, Hungría, pero también en el Reino Unido durante la irresponsable presidencia nacionalista del Sr. Cameron quien hizo —absurdamente— de la saga Hirst y de la resistencia a su implementación un Brexit antes del Brexit; también la problemática situación autoritaria en Rusia; o el reciente entendimiento radical del islamismo en Turquía que amenaza con acabar con los logros impulsados durante lustros en ese país con una paciente jurisprudencia europea. El Consejo de Europa debe colaborar asimismo con los Estados en solventar los defectos estructurales en la protección de los derechos en los países habitualmente más condenados (Rusia, Ucrania, Turquía, Rumanía, Hungría) que se llevan la parte del león (un 63,6 por ciento en 2017) en el *stock* de las demandas. Finalmente, pero no en importancia, es menester mantener el consentimiento de los Estados en la jurisdicción europea, respetando un cierto margen de apreciación nacional donde resulte inevitable, para no generar más problemas que los que pueden razonablemente resolverse a distancia.

¿Cómo sintetizar el trabajo de casi siete décadas? En el estudio que ya he citado he subrayado media docena de líneas de transformación impulsadas por el TEDH. La primera consiste en que desde los orígenes, la aprobación del Convenio en Roma en 1950 en un contexto bipolar de guerra fría, ha habido una *constante expansión de la jurisdicción europea*. El Consejo de Europa ha pasado de ser un pequeño club de democracias estables —según lo calificó Carrillo Salcedo— a un amplio espacio, mucho más amplio y plural en Estados miembros con su apertura hacia el Este. La caída del muro de Berlín en 1989 supuso cambios culturales importantes. La labor de las instituciones del Consejo de Europa y, en particular, del TEDH ha sido muy importante en el impulso de las transiciones en los antiguos países comunistas. Han aparecido en la jurisprudencia violaciones

de algunos derechos absolutos o muy básicos como son las series de decisiones sobre muertes, torturas y desaparecidos en Chechenia y en el Kurdistán, o el penoso estado de las cárceles hasta suponer malos tratos, sobre todo, en los países del Este.

Pese a esta expansión, o muy probablemente por ella, el *sistema de protección de los derechos sigue siendo binario*, Unión/Consejo de Europa, merced al veto a la adhesión de la Unión Europea al CEDH que produjo el formalista Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014. Me he pronunciado críticamente en varias ocasiones sobre este dictamen. Una decisión que no solucionó problema alguno y por el contrario creo muchos, carente de la empatía que demanda un sistema de pluralismo constitucional en Europa. Otra respuesta era posible como ilustra la posición de la Abogada General. Veremos cómo culmina este asunto tras esta «grave decepción» en palabras del entonces Presidente del TEDH, Dean Spielmann.

La expansión de la jurisdicción en su ámbito personal y territorial y la desaparición del filtro que entrañaba la Comisión en 1998 gracias al Protocolo 11 ha producido un *crecimiento exponencial de los asuntos*. Hubo todavía 63.350 demandas en 2017. Si bien en su mayor parte son inadmitidas o canceladas (alrededor de un 92 por ciento). Si se ha dicho que el amparo constitucional es un lujo, el amparo europeo empieza a ser un remedio muy excepcional, pese a las afirmaciones más o menos retóricas del Tribunal y el Consejo en defensa del acceso directo siguiendo las recomendaciones en defensa del derecho individual de petición que hizo el Informe de los sabios o expertos. La realidad es otra y mucho más matizada: proporcionalmente pocos casos merecen ser enjuiciados por sentencia.

El Tribunal maneja con soltura sus inadmisiones y la selección de los asuntos. No obstante, poner *un millar de sentencias* cada año (1068 en 2017) es labor compleja y son prácticamente imposibles de leer por los operadores jurídicos. Afortunadamente, se jerarquizan de 1 a 3 o como *case reports* y esto ayuda a seleccionar las lecturas más importantes. Es también muy útil la mención de sus precedentes que el Tribunal hace en las fichas de cada sentencia para saber qué hay de nuevo. Pese a todas estas técnicas y a la utilidad de los *press releases* de jurisprudencia son demasiadas sentencias, muy largas y redactadas en inglés o francés —y no siempre dicen lo mismo— para poder ser asimiladas con facilidad por millones de destinatarios. ¿Cómo interpretar los derechos escribiendo tanto?

Creo que este océano de jurisprudencia obliga a los Tribunales Supremos y Constitucionales de cada Estado a dar un paso al frente y actuar como «*mediadores*» divulgando los estándares jurisprudenciales de Estrasburgo entre los jueces nacionales en un interesante diálogo judicial. Las altas cortes deben explicar a sus jueces cómo incorporar el *acquis conventionnel* en su decisiones, extrayendo virtualidad a la eficacia de cosa interpretada que se predica de las sentencias europeas, y a su eficacia vinculante —semejante al de las sentencias constitucionales— y valor como precedente que he teorizado en nuestra última investigación colectiva.

Por lo demás, las *herramientas hermenéuticas* que usa la doctrina jurisprudencial de Estrasburgo han cambiado la faz de los derechos contribuyendo a crear una teoría general de los derechos europeos. Entre su ingredientes, cuestiones decisivas como son la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados para asegurar los derechos, v.gr. las obligaciones de procedimiento e investigación. La necesidad de una exégesis real y efectiva, material y antiformalista, pues el Convenio no protege derechos ilusorios o teoréticos.

Unos derechos entendidos en clave de una interpretación evolutiva, pues el Convenio es un instrumento vivo de acuerdo con *nowadays present conditions*. La ubicación de los derechos como ingredientes del *Rule of Law* o Estado de Derecho lo que los engasta en un contexto garantista en leyes, decisiones y procedimientos. La consolidación de un muy estructurado juicio de proporcionalidad, sobre la legitimidad de los fines que persigue el legislador democrático y la necesidad de la medida, que se ha convertido en el principio de interpretación central en toda Europa, desplazando a la vieja *ragionevolezza* o razonabilidad que tanto ha usado el Tribunal Constitucional español. La consolidación —no menos importante— de un principio de legalidad de los derechos en sus vertientes tanto formal como material, que demanda la calidad de la ley y que las interferencias legales en los derechos sean previsibles y ciertas o taxativas. Sin previsión legal no hay límites válidos.

Respecto de los contenidos de los derechos que el TEDH ha ido creando mediante millares de casos siguiendo una interpretación tópica y constructiva sobre una cláusulas convencionales muy abierta y sucintas (v.gr. proceso debido, vida privada y familiar, elecciones libres y periódicas, libertad de expresión...), aún más que las constitucionales, se han convertido en un Derecho común europeo de génesis jurisprudencial. En España, como en otras democracias más recientes de los años ochenta y noventa, este Derecho común se recibió directamente en las normas constitucionales, y también al sentar las bases de nuestra jurisprudencia constitucional, que no hubiera podido construirse tan rápidamente sin recibir la herencia de Estrasburgo. Pero luego ha ido habiendo incorporaciones sobrevenidas, recibiendo el impacto transformador de la jurisprudencia europea como ha ocurrido en la defensa frente al ruido y las diversas contaminaciones. El ritmo del impacto de esta jurisprudencia ha sido diferente en cada país.

El entendimiento de esta jurisdicción, *ratione temporis* y *ratione personae*, en la jurisprudencia europea ha expandido asimismo sus confines claramente. Con distintos matices, se investigan hechos y actividades procesales acaecidas antes de la entrada en vigor en un país del Convenio. No hay límites por razón de la persona: cualquier persona sometida a la jurisdicción de un Estado miembro, aunque se encuentre fuera del territorio nacional e incluso europeo (v.gr. miembros de fuerzas armadas en misiones en el extranjero). Una circunstancia que otorga una relativa extraterritorialidad al Convenio

Los distintos Protocolos adicionales o de reforma del Convenio y las recomendaciones del Comité de Ministros han ido igualmente transformando el sistema del Convenio, normalmente robusteciendo e incrementando las facultades del TEDH de una manera que no puedo detenerme en explicar aquí. Sólo el Protocolo 15, que aún no ha entrado en vigor, hace una llamada de atención invocando el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional que pueden leerse como una demanda de autocontención o *self-restraint*.

La segunda línea de caracterización es que la comprensión del CEDH ha evolucionado de una protección internacional, un tratado *sui generis* como le llamó Drzemczeswki en los ochenta, a «*un instrumento constitucional del orden público europeo*» en palabras del propio TEDH. Se ha producido una fusión de las interpretaciones constitucional y convencional de los derechos, si dejamos a un lado por un momento los principios de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación nacional. Los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados poseen menos relevancia que otros principios más específicos de génesis constitucional a la hora de

interpretar los derechos. He hablado del Convenio Europeo como una triple garantía, primero en cuanto tratado internacional, segundo como una garantía judicializada mediante el acceso individual de las víctimas, —lo que es probablemente otra cosa distinta—, tercero como una pasarela con el Derecho de la Unión que recibe su jurisprudencia primero como principios según el Tribunal de Justicia y desde el año 2000 en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Un Convenio a caballo de tres órdenes constitucionales: los nacionales, el del Consejo de Europa y el de la Unión. Un Convenio que es una de las principales limitaciones actuales a la soberanía de los Estados, que no existe ya en materia de derechos de forma absoluta, pues no cabe inmunidad ni impunidad ni otras patentes de corso frente a las violaciones que enjuicia el TEDH por encima de los Estados y con superioridad.

La apertura amistosa al Derecho internacional de los derechos humanos que hace el artículo 10.2 CE fortalece esta dimensión. La herramienta habitual es una interpretación de las leyes conforme a la Constitución y *secundum conventionem*, conforme al CEDH, entre otros tratados sobre derechos.

Una tercera característica es la desaparición del filtro que entrañaba la Comisión para permitir el *acceso directo de las víctimas*, y la consolidación de las medidas cautelares como plenamente vinculantes, algo que no dice el Convenio y sólo estaba en el Reglamento del Tribunal. Ambas cosas refuerzan la comprensión del sistema como una verdadera jurisdicción cuasi constitucional o en trance de llegar a serlo. Recordemos, que al principio, la Comisión mandaba al TEDH sólo algunas demandas, pero, desde 1998, las víctimas acceden directamente a la jurisdicción y el Tribunal selecciona desde el Protocolo 14 los asuntos que decide resolver por sentencia. El acceso directo de las personas físicas o jurídicas es el corazón del sistema del Convenio, dado el pequeño número de asuntos entre Estados (5 sentencias y 23 demandas) y del ejercicio de una competencia consultiva extrañamente regulada (artículos 47 a 49 CEDH), a la espera de saber qué ocurre con las nuevas opiniones consultivas que el Protocolo 16 introduce. La inadmisión o rechazo de las demandas infundadas, o repetitivas, o donde sólo se genera un pequeño prejuicio se ha convertido en una práctica prevista por el Convenio. El acceso *per saltum* a Estrasburgo en los países que carecen de un tribunal constitucional, o donde se pueden inadmitir las demandas sin trascendencia constitucional (léase el Caso *Arribas Antón contra España*, de 20 de enero de 2015) o grave daño a la parte, o donde no se tutelan en amparo constitucional todos los derechos es un problema al que hay que encontrar soluciones. He razonado al hablar de la reforma constitucional que las declaraciones de derechos constitucionales y sus garantías procesales deberían acomodarse simétricamente al CEDH y a la Carta de la Unión para evitarnos problemas.

Una cuarta característica ha sido el crecimiento constante de los derechos y la incorporación de contenidos nuevos a derechos viejos o, lisa y llanamente, nuevos derechos, incluida la protección por carambola de algunos derechos sociales al amparo de derechos civiles como han estudiado Pablo Santolaya e Ignacio García Vitoria. La dualidad entre CEDH y Carta Social Europea se ha amortiguado un poco por el TEDH aunque subsistan las dos vías de protección con intensidades diferentes. Los contornos de los derechos civiles y políticos protegidos ha venido creciendo constantemente. Tanto que no son extrañas opiniones británicas euroescépticas que sostienen que si hubieran sabido lo que era el Convenio Europeo en la realidad no lo habrían ratificado. También hay derecho viejos que se aplican a situaciones nuevas, porque los derechos son un *case-law* y sus

disposiciones escritas mutan y se transforman constantemente al integrarse nuevos hechos en ellos y generarse otras normas en el constante proceso de especificación judicial de los derechos. ¿Quién habría pensado en la aplicación de la prohibición de esclavitud y trabajo forzado a las penosas condiciones de trabajo de algunos emigrantes irregulares?. No obstante, esta expansión de los derechos, que han crecido como buena masa de pan, no olvidemos que los derechos del proceso debido y la prohibición de dilaciones indebidas han supuesto casi el 40% de los asuntos ingresados hasta 2017. Pero esta perspectiva estadística no es la más relevante.

Una quinta línea de evolución del sistema es el tránsito de las iniciales sentencias declarativas (así explicaba todavía las cosas no hace tanto el Consejo de Estado en su informe sobre el Derecho europeo) a unas *sentencias plenamente vinculantes* (artículo 46 CEDH), *legaly binding but not self-executing*, que no se contentan con dictar condenas y compensaciones sino que avanzan cada vez más en la *restitutio in integrum*, reparando en la medida de lo posible el daño causado por la violación. Una constante jurisprudencia evolutiva ha generado este resultado que ha impulsado y aceptado el propio Comité de Ministros. Claro está que no cabe una «declaración de nulidad» de una ley o una sentencia, como haría un tribunal constitucional, pero cabe que el TEDH declare una ley contraria al CEDH, una «declaración de incompatibilidad», que no es lo mismo, pero resulta casi igual a la larga si advertimos la cuestión con realismo, pues las obligaciones internacionales de los Estados imponen acomodar el Derecho interno.

El Tribunal dejó de leer el artículo 41 CEDH contentándose con una indemnización o satisfacción equitativa, pero imperfecta, que sólo debe concederse si no puede repararse el daño con otras medidas ordinarias de cumplimiento. Se están hoy dictando medidas de reparación tanto individuales como generales: la puesta en libertad de personas detenidas, la reapertura de procesos judiciales, la exigencia de nuevas investigaciones de hechos, el reconocimiento público de responsabilidades, la restitución de propiedades expoliadas, la reapertura de lazos entre familiares y un largo etcétera. Esta nueva dimensión reparadora, aunada a la eficacia de cosa interpretada, cambian mucho las cosas y conceden una mayor eficacia a las sentencias del TEDH.

En sexto lugar, el diseño del CEDH otorga la responsabilidad de la ejecución a los Estados miembros y la supervisión de la misma a un órgano político como es el Comité de Ministros en el que están presentes los embajadores permanentes de los Estados. Un modelo distinto y plenamente judicializado al que la Corte Interamericana decidió luego seguir. Pero las cosas llevan tiempo evolucionando y se está produciendo una fusión. El Comité de Ministros ha desarrollado sus propios e interesantes métodos de trabajo a lo largo de los años². Se han creado en el Comité las llamadas reuniones de derechos humanos, asistidas del servicio técnico de ejecución de sentencias del TEDH ubicado en la secretaría del Consejo de Europa, así como se ha organizado un *twin track supervisión system*, una supervisión ordinaria junto a otra reforzada para los casos que requieren medidas urgentes y las sentencias piloto. Un sistema dual que funciona razonablemente. El Comité hace un seguimiento continuado de las medidas de ejecución de los Estados y pide que presenten un informe de ejecución y planes de acción, que

2 Cfr. el innovador estudio empírico de P. SAAVEDRA, G. CANO y M. HERNÁNDEZ: «Reparación y supervisión de sentencias» en J. GARCÍA ROCA y E. CARMONA: *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters, Madrid, 2017.

ordenan la lógica de la subsidiariedad, antes de cerrar la supervisión. El TEDH sigue sin ser responsable de la ejecución de sus sentencias, pero tras la presentación de una segunda demanda puede controlar la persistencia de violaciones o la aparición de otras nuevas. No obstante ha sido muy prudente en la apreciación de la directa vinculación de la obligatoriedad de las sentencias y la infracción del artículo 46 CEDH. Por último, la reforma de este artículo en dos nuevos apartados le ha dado al Tribunal nuevas herramientas, una demanda de interpretación y un recurso por incumplimiento de sentencias, técnicas que hasta ahora no han dado juego.

En suma, creo evidenciada la profunda transformación, mejora y crecimiento del sistema del Convenio merced a la jurisprudencia del TEDH —entre otras causas— y la valoración muy positiva que merece este fenómeno desde la lógica de una mejor garantía de los derechos y de la integración europea.

LUIS JIMENA QUESADA

Desde su creación, el TEDH ha sido y sigue siendo el buque insignia del Consejo de Europa como organización paneuropea por excelencia (fundada en 1949 y compuesta actualmente por 47 Estados miembros), lo cual se corresponde con su condición de instancia máxima de garantía del tratado continental más emblemático en materia de derechos humanos (el CEDH).

En efecto, de entrada, semejante posición emblemática del CEDH de 1950 derivaba, no tanto del catálogo de derechos que reconocía a nivel regional europeo (sólo algunos, como reza en su Preámbulo, de los previstos en la Declaración Universal de 1948) sino, sobre todo, del establecimiento de un recurso judicial individual ante el TEDH (al margen del sistema, poco operativo por razones político-diplomáticas, del sistema de demandas interestatales) mediante el que se erigía al individuo, a la persona, en sujeto (y ya no mero objeto) del Derecho Internacional. Se asumía así, como no podía ser de otro modo, de buen grado en el ámbito internacionalista, la emergencia de la nueva rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde adquiriría protagonismo una novedosa corte internacional en la que los individuos podían llevar al banquillo y pedir responsabilidad a los Estados tras el agotamiento de los recursos internos.

El CEDH (con su TEDH a la cabeza) se configuraba como antídoto frente al totalitarismo que había provocado la Segunda Guerra Mundial y, por ello mismo, en el exponente más excelso de los tres pilares en los que se asienta el Consejo de Europa, es decir, la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos. Desde esta óptica, el impacto en el orden constitucional de los Estados miembros y, consecuentemente, en el terreno constitucionalista, era inexorable: en cuanto a lo primero, la incorporación del CEDH y la coherencia con la jurisprudencia del TEDH constituyen requisitos imprescindibles de pertenencia al Consejo de Europa (y, por lógica extensión y consecuencia, a la Unión Europea —UE—) y, por tal motivo, imponen adaptaciones y ajustes en el ordenamiento jurídico nacional (en su caso, en la propia Constitución nacional) y, más aún, en la cultura jurídica (piénsese en la relevancia de la asunción del CEDH en su día para el Reino Unido a través de la *Human Rights Act* de 1998; para darla a conocer al funcionario, el Ministerio del Interior británico elaboró en su día la guía *A New Era of Rights and Responsibilities - Core Guidance for Public Authorities*, en donde se destacaba que el

CEDH «establece nuevas responsabilidades para todos aquellos que trabajan en el sector público. Tenemos atribuida una función vital en la creación de una nueva cultura de los derechos humanos. Espero que esta *Core Guidance* sea un valioso instrumento para hacer realidad esa nueva cultura»; y, con relación a lo segundo, el peso de la jurisprudencia del TEDH en la docencia y la investigación constitucionalistas (del mismo modo que, transversalmente, en las demás ramas del Derecho) ha sido naturalmente creciente.

En estas coordenadas, la posición adoptada por el TEDH desde su instauración, ciertamente subsidiaria e inicialmente sin alardes de afectación a la soberanía estatal, ha servido de acicate para la transición y ulterior consolidación del orden constitucional democrático de las Partes Contratantes del CEDH, primero en los países occidentales y, tras la caída del muro de Berlín, en los países del centro y este de Europa. A tal efecto, la lógica de la consolidación de ese orden constitucional democrático habría debido conducir a una normal asunción de la jurisprudencia del TEDH (como parte integrante del sistema interno de fuentes del Derecho, en este caso de producción internacional) por parte de los actores implicados (en realidad, todos los poderes públicos y el conjunto de la ciudadanía) y esa parece ser la dinámica que podemos percibir con carácter general.

Sin embargo, la relevancia que la jurisprudencia del TEDH ha alcanzado en nuestros días en algunos campos singularmente sensibles (en especial, para la defensa del orden constitucional de los Estados frente al terrorismo y otras violaciones graves de los derechos humanos, que han puesto al TEDH ante la difícil tesitura de ponderar las restricciones impuestas a los verdugos y los derechos que, pese a todo, amparan a éstos) han fraguado y atribuido a la Corte de Estrasburgo una función de «indirizzio politico» que ha acabado por resultar molesta en ocasiones para las Partes Contratantes del CEDH. Y, a cuenta de ello, los Estados miembros del Consejo de Europa han llevado a cabo iniciativas correlativas de constricción del cometido del TEDH y acentuación del margen de apreciación nacional; me remito más detalladamente a la respuesta a la pregunta 4 (*infra*).

En todo caso, esas molestias han llegado a suscitar propuestas radicales (en Reino Unido) de «Brexit» no sólo respecto de la UE sino asimismo con relación al CEDH (para derogar la *Human Rights Act* de 1998 por una nueva *British Bill of Rights*: *vid.* BOYLE, K. y COCHRANE, L.: «Brexit and British Bill of Rights: four scenarios for human rights», *The UK in a Changing Europe*, Research papers, King's College London, 2017), o debates crispados (en España) sobre determinadas resoluciones de la Corte de Estrasburgo (acusadamente, la STEDH *Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013 sobre la llamada «doctrina Parot») que han oscilado entre una pretensión inviable de «ingeniería jurídica» tendente a eludir el cumplimiento y una posición irreflexiva de seguimiento sin matices de tales resoluciones.

Dicho lo cual, para reducir o paliar los perniciosos efectos de ese marco oscilatorio, se impone una importante tarea de pedagogía acerca de la indiscutible relevancia de la jurisprudencia del TEDH como exponente fundamental de una cultura europea de derechos humanos que debe contribuir a fortalecer nuestro sentimiento constitucional. Y, en este sentido, un ejercicio de autocritica nos debería llevar a reconocer que, desde la doctrina constitucionalista, no hemos mostrado una correcta aprehensión de la importancia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH susceptible de ser transmitida a través de la enseñanza y la investigación en la Universidad o por medio de un debate sereno en sede política, mediática o más ampliamente social.

Con tal enfoque, todavía eran extrañas a inicios de los años noventa del siglo pasado las investigaciones (incluidas las tesis doctorales) sobre la jurisprudencia del TEDH en el constitucionalismo (como si no versaran sobre Derecho Constitucional), lo mismo que se precisó una especie de operación de *marketing constitucional* a principios de los 2000 (primero con la Carta de los derechos fundamentales y luego con el fallido intento de adopción de un «Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa») para que nos ocupáramos con determinación del Derecho de la UE.

En realidad, el desafío de la correcta aprehensión de la jurisprudencia del TEDH todavía persiste, tanto en el plano académico (para situarla adecuadamente en el insoslayable panorama del constitucionalismo multinivel, propiciando un fluido diálogo con las jurisdicciones supremas de los Estados miembros y con el Tribunal de Justicia de la UE), como en el terreno social (las críticas acerbas e infames dirigidas desde algunos medios de comunicación, ciertas esferas políticas y varios círculos sociales, tanto frente a Luis López Guerra en su labor de juez del TEDH como contra la recién elegida jueza del TEDH María Elósegui Itxaso antes incluso de entrar a ejercer sus funciones, ponen de manifiesto una ostensible falta de respeto institucional hacia el TEDH ligada al desconocimiento de su sistema de elección y de su jurisprudencia).

Por tal razón, en suma, desde la Universidad (y, en este caso, desde el Derecho constitucional), tenemos una responsabilidad, no sólo académica, sino también social (al intervenir en medios de comunicación o como asesores de la clase política), para que además de la coherencia cotidiana (por parte de todos los operadores jurídicos) con la jurisprudencia del TEDH, no tergiversemos el alcance de ésta en debates como el de la prisión permanente revisable (véase, sobre todo, la STEDH *Vinter y otros c. Reino Unido* de 9 de julio de 2013, párrafos 119-112), o no banalicemos el papel de la Corte de Estrasburgo dando pábulo a peticiones descabelladas de medidas cautelares o demandas individuales abusivas (como está ocurriendo con los pretendidos adalides del proceso secesionista en Cataluña).

CARLOS RUIZ MIGUEL

Creo que, como punto de partida, para analizar el papel desempeñado por el TEDH hay que adoptar una postura crítica alejada de una, a mi juicio, frecuente e indeseable alabanza de este papel. Debemos partir, al menos como hipótesis, de que no todo lo «europeo» es necesariamente positivo y que puede que lo «europeo» y, en este caso, el TEDH haya tenido aportaciones positivas, pero también negativas. Sin admitir como punto de partida que el TEDH puede tener impacto positivo, pero también negativo, no es posible un análisis verdaderamente crítico.

El TEDH, sin ninguna duda, ha adquirido una importancia grande en España, mayor de la que ha adquirido en otros países europeos. El mayor impacto de la jurisprudencia del TEDH en España se debe a varios factores, jurídicos, pero también políticos. El primero, es que el artículo 10.2 establece que las normas internacionales sobre derechos humanos son un criterio interpretativo sobre las normas constitucionales de derechos fundamentales que se añade a los otros criterios de interpretación. Dado que, de entre las normas internacionales sobre derechos humanos, el CEDH es el que contiene un mecanismo de interpretación más elaborado, encomendado al TEDH, parece lógico que

haya sido el CEDH, en la interpretación dada por el TEDH, la norma internacional más invocada por la jurisprudencia constitucional española. El segundo, es el hecho de que el CEDH es una norma directamente aplicable en España dado que el artículo 96 CE establece un modelo monista de relación entre el Derecho nacional y el internacional. El tercer factor es ya político, y no jurídico. Las peculiaridades de la transición política española y de la configuración de las opciones políticas en presencia han llevado durante muchos años, sobre todo (aunque no sólo) desde planteamientos de izquierda, a «des-nacionalizar» España. Esta ideología des-nacionalizadora ha llevado a sobrevalorar, por un lado, los nacionalismos regionales y, por otro, lo «europeo». Como consecuencia de este prejuicio, el Derecho «europeo» (ya proviniera del marco de la UE o del Consejo de Europa) tenía un «plus» gratuito de prestigio que, a mi juicio, no estaba justificado ni por el contenido de la norma en sí ni por la calidad de los jueces o de las resoluciones judiciales europeas. Todos estos factores han llevado a que la «legitimidad» atribuida al Derecho «europeo» en España sea mucho mayor que la que se otorga en otros países.

Hecha la advertencia anterior considero que la relevancia de la jurisprudencia del TEDH a veces se debe a sus aciertos, otras a sus errores y, en ocasiones, finalmente, a que ha permitido amplificar doctrinas generadas en otros tribunales.

Aunque muchos lo incluyan en su «haber» soy de los que consideran que deben incluirse en el «debe» del TEDH una parte de su jurisprudencia sobre libertad de expresión y sobre el derecho a la protección de la vida privada y familiar. Dejo las consideraciones sobre la libertad de expresión para la última parte de esta encuesta. En relación con el derecho a la protección de la vida privada (art. 8 CEDH), aunque el TEDH ha hecho aportaciones muy positivas, otras veces creo que su contribución ha sido censurable. Así ha ocurrido con la interpretación activista del «respeto a la vida familiar» que entendida de modo laxo llevó a reconocer el, hasta entonces inexistente, derecho a la «reagrupación familiar» en sentencias como la del caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* (de 28 de mayo de 1985) o a hacer imposible una expulsión de un extranjero condenado penalmente, como en los casos *Moustaquin* (de 18 de febrero de 1991) o *Beldjoudi* (de 26 de marzo de 1992), todo ello al mismo tiempo que no se veía obstáculo en que el Estado pudiera privar a un padre de su hijo, como en la sentencia *Olsson n.º 2* (de 27 de noviembre de 1992).

Por el contrario, han resultado especialmente útiles algunas aportaciones del TEDH en materia de derechos procesales (art. 6 CEDH). Pensemos en construcciones como la referida a la imparcialidad del juez o al plazo en el que deben resolverse los procesos judiciales. En el haber de la jurisprudencia del TEDH, por cierto, no siempre debidamente aprovechado en España, se hallan algunas doctrinas establecidas en torno al derecho a la protección de la vida privada (art. 8 CEDH). Sus sentencias acerca del secreto de las comunicaciones de 1990 (casos *Kruslin* y *Huvig*) resultan, casi 30 años después, especialmente valiosas a la hora de examinar el tratamiento jurídico que debe aplicarse a los «meta-datos» (o *big data*). Igualmente creo que la jurisprudencia constitucional española se ha equivocado al construir un «derecho a la protección de datos» separado del derecho a la intimidad, apartándose en este punto de la doctrina del TEDH (baste citar, por todas, la sentencia *S. y Marper c. Reino Unido*, de 2008).

También debe destacarse el papel que ha tenido el TEDH amplificando doctrinas previamente sentadas por otros tribunales de la constitucionalidad. Así, por ejemplo, su doctrina (expresada en la sentencia de 1968 sobre el régimen lingüístico belga) sobre el derecho a la igualdad (art. 14 CEDH) no es original, pues recoge la construcción del

Tribunal Constitucional Federal Alemán (que a su vez se ha inspirado en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos), pero ha servido para que en muchos otros países la misma pueda ser conocida y acogida.

ROSARIO TUR AUSINA

Es bien conocido el extraordinario valor derivado de la voluntad de los Estados a mediados del s. XX de someter al escrutinio de una organización supranacional compleja su acervo interno. En virtud de una mutua relación de confianza, se fue apostando por construir unos mínimos estándares comunes constitucionales, en un recíproco y paulatino movimiento de renunciaciones y beneficios, con el cierto sacrificio incluso de singularidades y protagonismos estatales, pero con la mirada puesta en un compromiso por una libertad-igualdad compartida. En esta ardua tarea el TEDH adquiriría especial protagonismo, en uno de los avances más significativos y ambiciosos del derecho constitucional supranacional. A nadie se le escapaba que ya entonces era un reto el fenómeno de la «globalización», tan actual hoy, pero en efecto nada reciente.

La globalización configuraba un nuevo contexto irremediamente *tolerado* y en cierta medida *buscado* por los Estados, con fuertes aperturas a la negociación entre poderes interestatales; se ligaba además a la existencia previa de fuertes dosis democráticas nacionales como *conditio sine qua non* para la pertenencia al Consejo de Europa y para el correcto funcionamiento del diálogo del Tribunal de Estrasburgo con las instancias nacionales; y obligaba a tomar conciencia de que nuestros sistemas constitucionales están en permanente construcción y se ven permeados por circunstancias ajenas a los intereses puramente estatales. Un sistema maleable e irreversible, que dificulta el alcance de consensos, que genera importantes tensiones entre el respeto hacia lo propio y la aceptación de lo diverso, pero que ofrece una integración constitucional que beneficia y hace más fuertes a los Estados, conformando un ámbito de riqueza intercultural común, compatible y colaborativo en materia de derechos. En el fondo, se trataba de hacer valer la universalidad de los derechos desde la diversidad propia de sus titulares, pero donde los Estados desde su propia fisonomía reivindican su derecho a seguir liderando el proceso para abrirse —con ciertas complacencias o resistencias dependiendo del momento temporal y de las relaciones de poder— a espacios supranacionales compartidos.

Pero la globalización también presentaba una doble cara que es a la vez una doble tensión para los Estados, palpable en la realidad del TEDH. Si por un lado aquella intenta superar los límites nacionales (auténtica base universal para los Estados), por otro la globalización también impone una fragmentación por sectores de intereses (con particularismos e identidades) que intentan construir una lógica autónoma (Teubner, Sassen, Krasner, *Estado, Soberanía y Globalización*, 2012). En resumidas cuentas, la racionalidad estatal no deja de sentirse amenazada cada cierto tiempo, lo que genera una doble paradoja: de una parte, los países más acostumbrados a la negociación y al pacto, con una más o menos sólida tradición democrática, parecen blindarse y cerrarse a ciertos empujes de instancias supranacionales (piénsese en las recientes respuestas del Reino Unido y el Brexit, las clásica resistencia francesa, o la más reciente alemana, por no mencionar las reticencias a cierta jurisprudencia sensible que afecte al fenómeno religioso, la vida, la inmigración, etc.); de otro lado, son los países con dificultades los que se abren y

depositan su esperanza democrática en las instancias supranacionales, mientras el poder se blindaba internamente. Y es que si ya estaba en crisis el concepto mismo de soberanía ligado a la idea de Estado —pues cuesta entender aún que existe soberanía pero no un único soberano—, ahora también parece cuestionada —o quizá siempre lo estuvo— la unidad del orden internacional. El pluralismo, la diversidad, la separación de sistemas, la compleja acomodación en un mundo tremendamente cambiante por las nuevas tecnologías, ... provocan un oculto desasosiego que no debe llegar al dramatismo.

El reto constante ha sido el de construir un sistema constitucional multinivel, en una relación entre sistemas funcionales, con una Constitución global o un pluralismo constitucional no jerárquico, de carácter relacional, y que reconozca espacios constitucionales autónomos aunque unidos mediante mecanismos e instrumentos de producción del derecho. La configuración de un ordenamiento sin contradicciones sólo es posible, en consecuencia, desde el fomento de una cultura del pacto y con las necesarias reglas para el diálogo y la resolución de conflictos (Luhman, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 1998). Porque el constitucionalismo europeo multinivel, que todavía necesita esfuerzos doctrinales para constituir una auténtica categoría dogmática, es tiránico cuando pierde o le falla la estructura, el orden y la seguridad que se desprende de un desarrollo coherente de la Convención de Roma y de un adecuado *self restraint* jurisprudencial, en armonía con las tradiciones constitucionales, pero siempre en la búsqueda constante de los más altos estándares en materia de derechos humanos. La jurisprudencia de Estrasburgo es y ha sido, en ese sentido, un importante dinamizador del sistema. Lo suficientemente ágil como para responder a importantes obstáculos y retos, pero también convenientemente respetuoso y consciente del espacio que corresponde a las instancias nacionales.

Pero en este balance, para seguir armando la arquitectura europea sigue habiendo cuentas pendientes. Más allá de problemas jurídicos concretos que plantea el Convenio, quizá un mayor compromiso social, político y mediático, que pasa por profundizar en la formación jurídica de todos los operadores que interactúan en el sistema europeo, de tal forma que las instancias nacionales sean capaces de *hacer suya* la Europa de los Derechos. En consecuencia, empezando por desechar lecturas e interpretaciones precipitadas que se limitan a transmitir el diálogo europeo desde el marco del conflicto y la confrontación; en definitiva, evitando un modelo de adversarios, pues el proyecto europeo siempre fue concebido de forma totalmente opuesta. Para confirmar este marco conflictivista que inunda la realidad social, política y jurídica, basta en la vida cotidiana con observar cómo la jurisprudencia europea se convierte en el centro de atención —siempre en clave negativa— cuando se producen determinadas condenas a nuestro Estado, o cómo se recurre —precipitadamente, sin el suficiente análisis que toda decisión jurídica compleja requiere— a la doctrina europea para su *confrontación* con una decisión tomada en sentido contrario por una instancia nacional, sin entender bien lo que es en realidad un diálogo entre Tribunales.

Se olvidan así tantos elementos positivos —e incluso negativos— que deberían verse como una oportunidad para el progreso. Diversos ejemplos ocultan a veces tantas décadas de esfuerzo. Es lo que ocurre con la inadecuada interpretación de las estadísticas, pues España no es ni de lejos uno de los países más condenados; con el olvido del refuerzo positivo que hace Estrasburgo en la delimitación de diversos derechos que así pudieron haber sido interpretados por algunas instancias nacionales aunque no por otras; o con la

falta de conocimiento de las recomendaciones constructivas y sugerentes que realiza a partir de la acumulación de otros acervos y que pueden enriquecernos. Pero incluso se pierde de vista que una decisión aparentemente involucionista puede esconder diversos mensajes que permitan el avance, como cuando una resolución advierte —no siempre en la *ratio decidendi*— de un problema endémico en los Estados, o de una peligrosa deriva para los derechos que no es suficientemente advertida y que corre el riesgo de convertirse en estructural. No es fácil vivir en un pluralismo constitucional si no se incrementa la cultura multinivel, que pasa por el aumento de la propia cultura constitucional interna. Piénsese, a modo de ejemplo, que el margen de apreciación nacional dejado a los Estados, no debe verse sin más como una reducción *generalizada* del estándar de protección de los derechos ni como una dejación de funciones del TEDH, sino como la evidencia de aspectos necesitados de consenso y diálogo.

En un balance rápido, pocas dudas tenemos sobre el enfoque *antropocentrista proactivo* del Consejo de Europa, sostenido a través de la intensa labor de Estrasburgo. Pero su fracaso o su éxito bebe de aquello de lo que se nutre, los Estados, y por ello todo resquicio o síntoma de crisis puede tener un efecto contagio que requiere de la alerta constante del Tribunal, para no acabar contaminando el propio proyecto europeo. En su capacidad para mantener viva esta alerta —y no tanto para *decidir por* los Estados mismos— estará la supervivencia de la Europa de los Derechos. Más si cabe cuando tiene ante sí otra *verdad europea*, la de la Unión, que antepuso un enfoque *mercantilista* basado en el predominio de la libertad sobre la igualdad, y que aún lucha por moverse hacia el humanismo. Y más todavía cuando caminamos hacia un mundo donde prima la comunicación de la era de Internet, cuyos ciertos riesgos —quizá por su inmediatez— de precipitación, visceralidad y desinformación pueden suponer una nueva deshumanización, por mucha *causa social* que diga abanderarse.

El éxito de Estrasburgo es evidente, y por ello mismo ha sido un reto de los últimos tiempos centrar bien sus esfuerzos para, precisamente, evitar morir de éxito, lo que esconde en realidad un probable alejamiento estatal de la Europa de los Derechos. En esta línea, y con acierto a nuestro juicio, el futuro pasa por *llevar* la Europa de los Derechos a las instancias nacionales al tiempo que convertir a Estrasburgo en el *faro* que guía y ayuda a ello. Es lo que ha impulsado a que las últimas reformas se hayan orientado al refuerzo de su papel como instancia dirigida a resolver lesiones de derechos derivadas de problemas estructurales o que implican un daño «grave» (Protocolo n.º 14). La reforma se inscribió en la idea de dejar de concebir al Tribunal de Estrasburgo como órgano tutelar cotidiano de los derechos, sustitutivo de las instancias nacionales. Por ello, esta especie de *hipersubjetivización* (daño subjetivo grave) del amparo supranacional, en nuestra opinión esconde una *objetivización* manifiesta: la especial gravedad del daño deriva de la importancia que, para el desarrollo y equilibrio del completo sistema de derechos, tiene un litigio concreto. Pero también es verdad que esta reforma requiere del refuerzo de la tutela de los derechos por las instancias nacionales así como de la intensificación del diálogo. Por ello, en la misma línea de incrementar el protagonismo y, por lo tanto, de *empoderar* a las instancias nacionales, se encuentran los Protocolos 15 (eliminación de la cláusula de salvaguardia que impedía inadmitir demandas por falta de perjuicio importante cuando el asunto no hubiera sido debidamente analizado por un tribunal nacional; introducción en el preámbulo del convenio del principio de subsidiariedad y del margen de apreciación nacional; eliminación del derecho de veto del Estado demandado a que

una Sala se inhibiese a favor de la Gran Sala) y 16 (que permite que los Altos Tribunales nacionales dirijan opiniones consultivas al TEDH), porque tan importante es que el Tribunal de Estrasburgo mantenga viva la llama del Convenio como que los Estados hagan suya la idea de la Convención y del entero proyecto europeo.

2. *¿Nos puede facilitar su opinión acerca de si el eventual conflicto entre una Ley y un Tratado Internacional debe ser resuelto directamente por el Juez nacional, o si este debe plantear la denominada Cuestión de Convencionalidad?*

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

Hoy existen ya pocas dudas acerca del carácter supralegal de los tratados internacionales y de cómo entender la relación entre tratados y leyes a la luz del art. 96 CE. La posición de prevalencia de los tratados, por si no estaba claro aún, ha sido confirmada, que no establecida, de forma expresa por la Ley 25/2014, de tratados internacionales. Su art. 31 reza, en efecto: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional», en lo que no puede dejar de considerarse un mandato explícito a los operadores jurídicos y, especialmente, a los jueces. Así pues, en virtud del art. 96 CE (que la Ley 25/2014 sólo concreta), los tratados internacionales gozan de primacía respecto de la ley —y de cualquier otra norma interna, salvo la Constitución—, lo cual conduce a la preferencia en su aplicación en caso de conflicto, con un efecto de desplazamiento de la ley o de cualquier otra norma interna que los contradiga.

En realidad, como se puede apreciar fácilmente, nada nuevo, pues el principio de primacía de los tratados de la UE —y del entero ordenamiento comunitario europeo— ya estaba firmemente asentado y había sido aceptado sin excesivos problemas por el propio Tribunal Constitucional. Lo que ocurre ahora es que esta regla de relación, que deriva en última instancia del principio *pacta sunt servanda* sin el cual deja de existir el derecho internacional, se aplica al conjunto de tratados suscritos por España y no sólo a los relativos a la Unión Europea y a su derecho, que encuentran su fundamento específico en la cesión de soberanía que habilita el art. 93 CE.

Ahora bien, una vez resuelta la cuestión sustantiva de la relación entre tratados y leyes, no está a mi juicio nada claro que la única solución posible para hacer prevalecer los tratados frente a las leyes sea precisamente un control de convencionalidad difuso, a cargo de cualquier órgano judicial que, en el ejercicio de su labor jurisdiccional, deba necesariamente, y por sí mismo, anteponer un tratado a una ley para resolver una cuestión sometida a su conocimiento. Creo que esta solución, que es la adoptada en el ámbito de los derechos fundamentales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha impuesto a los Estados parte de la Convención un control difuso de la misma, es sin duda una solución posible —y creo, además, que acertada—, pero hay que reconocer que cabría otra alternativa, que en general podemos calificar como de control concentrado, y que residenciaría dicho control en un órgano jurisdiccional superior (el TC, en general). Así se ha defendido por algunos autores entre nosotros (Raúl Canosa, p.ej.), alegando

básicamente razones de seguridad jurídica. No hay duda de que el control concentrado gana en seguridad, frente al riesgo de dispersión (no creo que se produjera sin embargo ningún «caos», como alguna vez se ha dicho), pero pierde en agilidad, al dilatar, quizá enormemente, la resolución judicial del asunto original. Y, además, presenta también algún problema técnico, pues el TC se ha manifestado repetidamente en el sentido de que el derecho europeo (ni el comunitario ni el CEDH) constituyen parámetros de constitucionalidad que le permitan controlar las leyes. Y aunque esta objeción, importante, pudiera solventarse acudiendo a la técnica de la inconstitucionalidad mediata (una ley interna contraria a un tratado sería, por este motivo, también inconstitucional debido al art. 96 CE), no deja de forzar el ámbito de actuación del TC. Por ello, se ha propuesto la reforma de la Constitución para acoger este sistema de control de la convencionalidad, lo cual es una dificultad añadida para su adopción.

El control difuso, a cargo de cualquier órgano judicial interno y en términos de prevalencia (y por tanto, de aplicación al caso concreto, y no de eficacia general, de vigencia ni mucho menos de validez) presenta sin embargo, a pesar de resultar a mi juicio el más consistente con nuestro sistema, algunos riesgos claros de inseguridad por la diversidad de intérpretes que pueden intervenir. Este riesgo incluso es mayor que en relación con el derecho comunitario europeo, pues no existe un mecanismo de reenvío, como la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE, que pueda jugar un papel unificador (en el caso del TEDH este papel lo jugaría hoy sólo la jurisprudencia dictada en los casos individuales que resuelve y, en su caso, las opiniones consultivas que emita). Ello podría mitigarse en parte con el Protocolo n.º 16, de 2013, que establece un sistema de consultas de las «altas cortes y tribunales» al TEDH, que podrían solicitar su opinión consultiva sobre la interpretación de los derechos y libertades definidos en la CEDH y sus protocolos. Pero la opinión emitida por el TEDH no tiene en ningún caso carácter vinculante y, en todo caso, España, al ratificar el Protocolo (hoy ni siquiera lo ha firmado) debería indicar cuáles son los órganos judiciales que pueden solicitar esta opinión consultiva del TEDH con un criterio, entiendo, lo más amplio posible, estando como se está ante un sistema de control difuso.

No obstante, el riesgo de inseguridad que puede generar el control difuso se encuentra, creo, bastante atenuado. Este control hoy ya es posible, pero en realidad se ha aplicado, al menos en materia de derechos fundamentales, en muy pocos casos, especialmente en el ámbito de la jurisdicción social. Esta atenuación del riesgo de inseguridad debido a la dispersión del control se fundamenta, por una parte, en el hecho de que los textos internos (Constitución y legislación) e internacionales (CEDH y protocolos anejos ratificados) mantienen un muy alto grado de coincidencia y compatibilidad. A ello contribuye que la Constitución de 1978 y la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales sean posteriores al Convenio de Roma, y que en gran parte éste sirviera de inspiración y referencia para las normas internas. Ello no excluye naturalmente que puedan producirse algunas discrepancias no reconciliables, y ahí se encuentran sin duda los problemas. Pero son casos muy limitados. Y, por otra parte, el riesgo se atenúa también debido a que la práctica judicial en materia de derechos, incluida, y quizá principalmente la del Tribunal Constitucional, ha integrado, en general, art. 10 CE mediante, la jurisprudencia del TEDH, de modo que la interpretación interna de los derechos ha incorporado la doctrina del TEDH, con escasas excepciones (aunque en algunos casos, menos de lo que dice que hace). Hoy, p.ej., ningún juez puede poner en duda en España que los ruidos excesivos constituyen una inmisión

ilegítima en el derecho a la intimidad domiciliaria de las personas. La doctrina López Ostra del TEDH fue acogida —al menos en lo que en este punto se refiere— por el TC y después ha irradiado a todos los órganos judiciales, de modo que se ha incorporado a la interpretación interna del derecho a la intimidad personal y familiar. Este acogimiento de la jurisprudencia del TEDH disminuye, desde luego, la posibilidad de colisión. Y, además, este riesgo se atenúa también mediante el sistema de recursos, pues la decisión de un órgano judicial de desplazar la ley interna, en un caso concreto, para aplicar el CEDH puede ser revisada en las instancias correspondientes, alcanzando quizá el Tribunal Supremo y, en todo caso, si se trata de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional.

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

En mi opinión, el control interno de convencionalidad es posible en nuestro país a tenor de lo dispuesto en el artículo 96.1 CE («*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones 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*») No creo, por tanto, que sea objetable en el plano dogmático. Sobre el papel, con arreglo siempre a nuestro sistema de fuentes, un precepto legal en vigor puede verse desplazado en caso de conflicto por una norma de un tratado internacional ratificado por España, previa autorización de las Cortes, y publicado en el BOE.

Es verdad que nuestros jueces, quizá por el sesgo netamente positivista de su formación, conciben la exigencia de sometimiento al imperio de la ley de forma muy estricta, y esa concepción ortodoxa les lleva a descartar la posibilidad de inaplicar por sí mismos una norma interna si ésta entra en conflicto con una disposición contenida en un tratado internacional en materia de derechos humanos. Tienen plena conciencia de su papel como parámetro interpretativo de primer orden (art. 10.2 CE), pero son reacios a reconocer esa eficacia directa, esa fuerza activa en relación con las leyes internas. Sólo se registra, como excepción a la regla, alguna que otra decisión aislada en la que se reconoce ese valor supralegal y se actúa en consecuencia, casi siempre en la jurisdicción laboral. Y eso que los tribunales españoles vienen asumiendo con naturalidad ese desplazamiento en virtud del principio de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea, que se resuelve en la aplicación preferente de la norma comunitaria.

Con independencia de cuál sea su encaje teórico, a nadie se le ocultan las dificultades y las posibles conraindicaciones de la puesta en práctica de un control difuso de convencionalidad como el instaurado desde 2006 en el marco del sistema interamericano (CIDH). Esta herramienta en manos de jueces activistas que tuviesen un amplio conocimiento de las normas del Convenio y la jurisprudencia del TEDH (condición indispensable para poder ejercer ese control) podría ser muy perturbadora. Mientras no exista en el ámbito del Convenio Europeo una vía equivalente a la cuestión prejudicial ante el TJUE (una suerte de «cuestión de convencionalidad»), parece más prudente recomendar a nuestros jueces la alternativa de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando alberguen alguna duda sobre la compatibilidad de una disposición con rango de ley con lo previsto en el CEDH o en otro tratado internacional. De ese modo, se garantiza mejor la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley.

VÍCTOR FERRERES COMELLA

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es clara con respecto al control de las leyes desde el punto de vista de su conformidad con los tratados internacionales suscritos por España. El Tribunal ha entendido que la posible contradicción entre una ley y un tratado es un problema de legalidad ordinaria que incumbe resolver a los jueces ordinarios. A mi juicio, sin embargo, esta regla general debería ser objeto de una excepción cuando el tratado internacional que sirve de parámetro versa sobre derechos fundamentales, como es el caso del Convenio Europeo. En mi opinión, debería mantenerse aquí el monopolio de rechazo de las leyes que ostenta el Tribunal Constitucional, como se ha hecho en otros países (Italia y Austria, por ejemplo). Las razones que justifican la centralización del control de constitucionalidad de la ley en manos del Tribunal Constitucional operan con la misma fuerza cuando el control que debe efectuarse sobre la ley se basa en el Convenio Europeo. En coherencia con ello, y desde un punto de vista exegético, habría que entender que el artículo 10.2 de la Constitución es *lex specialis* respecto del régimen general que el Tribunal Constitucional ha construido a partir del artículo 96 de la Constitución.

JAVIER GARCÍA ROCA

Me centraré, no en todos los tratados, si no en los conflictos entre las leyes nacionales y el CEDH y la jurisprudencia que de él emana. Una *interpretación conforme* es el escenario habitual. En España esta interpretación se hace cada vez más frecuentemente por el Tribunal Constitucional —según ha revisado Argelia Queralt— y por los demás tribunales y lo mismo en otros países europeos. El juicio de convencionalidad suele agotarse en una interpretación de las normas doblemente conforme, a la Constitución y al CEDH, una interpretación constitucional *secundum Conventionem*.

Una interpretación correctora «hasta donde sea posible» puede ser suficiente como mecanismo de control de convencionalidad. Así la *Human Rights Act*, que incorporó el Convenio al Reino Unido en 1998, impuso la necesidad de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con el Convenio «*so far as it is possible*». Una obligación de leer los preceptos legales y darles eficacia de una manera compatible con los derechos convencionales. Pero este mandato legal británico está en la naturaleza de las cosas. Sin embargo, el alcance de una interpretación conforme debe detenerse allí donde la literalidad del precepto lo impida. No resta entonces otra salida que la inaplicación judicial en los supuestos de insalvable contradicción. Más debe ser una última posibilidad tras intentarse una interpretación conforme.

No tengo constancia de supuestos de inaplicación de la ley en España derivados del sistema del Convenio. No es una situación frecuente. ¿Sería posible? En la mayoría de los países europeos, no se reconoce expresamente la *primacía* del CEDH tal y ocurre en cambio para las normas de la Unión; y a diferencia del *principio de preferencia* que se establece para los tratados sobre derechos en la Constitución de Brasil y en otros países latinoamericanos. Pero podría introducirse esta previsión constitucional.

Sin necesidad de esta reforma, si el Convenio Europeo en cuanto tratado tiene rango constitucional, o superior a la constitución, o incluso infraconstitucional pero supralegal

como ocurre en España, el órgano judicial nacional debería aplicar el tratado con preferencia a la ley en supuestos de antinomias o contradicciones normativas. La Ley española 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, resuelve la incógnita en este mismo sentido (artículo 31) recogiendo expresamente la prevalencia de los tratados frente a las leyes. Un principio jurídico que puede considerarse inmanente a estas antinomias y, en consecuencia, extrapolable a otros países.

En efecto, en Derecho comparado, la inaplicación judicial del Derecho nacional que contraviene el Convenio no puede negarse. Así ocurre claramente en los países europeos donde el CEDH tiene rango constitucional. Giuseppe Martinico ha recopilado información sobre algunos países. Holanda reconoce la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno al tratarse de un verdadero sistema monista, y se establece que las normas legales no pueden aplicarse si están en conflicto con las previsiones de los tratados internacionales por su carácter vinculante. Esta cláusula obliga al control de convencionalidad. En Austria, se ha reconocido —de hecho— carácter constitucional al CEDH y los conflictos entre la Constitución y el CEDH se gobiernan por el principio «*lex posterior derogat legi priori*». En Bélgica, algunos académicos consideran los dos Derechos europeos como superiores al nacional. En los países escandinavos, se contempla el CEDH como *lex superior* en la práctica judicial, pese a las escasas bases normativas para ello. Algo ha ido cambiando pues en muchos ordenamientos europeos incluso basándose en previsiones constitucionales que no son muy explícitas. Pero no en todos. En «*Pautas para una reforma constitucional. Un Informe para el debate*» sugerimos incorporar en la Constitución el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y otorgarles rango constitucional.

En el ámbito interamericano, las constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan rango y fuerza constitucional a los tratados de derechos humanos. Se habla de un bloque de convencionalidad. Incluso se ha defendido, desde la perspectiva doctrinal por Nestor Sagüés, la interesante idea de una «constitución convencionalizada». El escenario latinoamericano para la inaplicación judicial parece tener mayores bases normativas que el europeo. Pero no por ello deja de ser una decisión menos arriesgada y la prudencia en los comportamientos judiciales parece aconsejable.

En la realidad, insistiré en que las *contradicciones normativas* no son frecuentes en Europa y suele bastar con acomodar la ley nacional mediante una interpretación judicial conforme que tenga un alcance corrector de algunas aristas lesivas de derechos. No resta un gran espacio para la inaplicación judicial.

La situación parece diversa con el Derecho de la Unión, mucho más reglamentista y con un escaso margen para la acomodación de la ley nacional por vía exegética, y donde sí se producen inaplicaciones por ejemplo en materia tributaria. Pero las normas y la jurisprudencia convencional europea sobre derechos son mucho más elásticas o dúctiles y esto hace casi siempre posible una interpretación correctora.

Con la reciente entrada en vigor del Protocolo 16, que introduce una «opiniones consultivas», podrían producirse cambios significativos que desplacen aún más la inaplicación, al cabo la tradición europea no es la de una jurisdicción constitucional difusa. Se incorpora una suerte de cuestión prejudicial o cuestión de inconventionalidad semejante a la cuestión de inconstitucionalidad. A través de este procedimiento, los altos tribunales nacionales podrán, «*only in the context of a case pending before it*» (artículo 1.1), pedir al

TEDH una opinión consultiva (*advisory opinions*) sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos definidos en el Convenio y sus Protocolos. Existe pues prejudicialidad y concreción: un juicio *a quo* que por reenvío y con carácter devolutivo produce otro *ad quem* ante el TEDH

Este procedimiento inevitablemente propiciará antes o después que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncie sobre la convencionalidad de una norma nacional. Y aunque el Protocolo 16 establece que la opinión del Tribunal Europeo no es vinculante (artículo 5), barrunto que es un mero brindis al sol, pues lo acabará siendo en la realidad de las cosas para todos los Estados partes y no sólo para el Estado requirente en la medida en la que, si cualquiera de ellos se separase de la interpretación ofrecida por el Tribunal, se propiciaría que demandas de reclamantes individuales dieran ocasión al TEDH en casos concretos de reafirmar su posición e imponer su criterio de forma vinculante. Al cabo no es de esperar que el mismo Tribunal diga algo distinto en una opinión consultiva que en una demanda individual, al menos si no transcurre un lapso de tiempo suficiente para cambiar de criterio o para que cambie sustancialmente su composición. Desde el otro lado, tampoco parece muy probable que un tribunal nacional que solicita una opinión consultiva no se atenga a ella en su decisión final según ha razonado López Guerra. El Pleno del TEDH entendió esta falta de carácter vinculante como una invitación al diálogo judicial (Reflexión sobre la propuesta de extender la competencia consultiva, marzo de 2012, n.º 3853038).

En efecto, de lo que se trata es que algunos altos órganos judiciales nacionales —los que cada país seleccione— interactúen con el TEDH, le exponga sus dudas y le den las claves nacionales antes de que el intérprete final acabe sentando una doctrina y unos estándares convencionales. Esta perspectiva, reforzar la subsidiariedad, se defendió en la Conferencia de Izmir y en la citada Reflexión del TEDH sobre la propuesta de extender la competencia consultiva, y se confirma en su posterior Opinión sobre el Protocolo 16, de 6 de mayo de 2013. Se excluye pues una cuestión «abstracta» de convencionalidad, carente de lo que en España llamamos suficiente juicio de relevancia para dictar el fallo de una sentencia. Quizás por eso —y también para desechar cuestiones notoriamente infundadas— el Protocolo 16 (artículo 2) dispone un trámite de inadmisión.

Recordemos que el artículo 4 bis.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes. Un recordatorio semejante habría que introducirse en la misma Ley para las nuevas opiniones consultivas ante el TEDH. Al tiempo, la Ley Orgánica del Poder Judicial debería cumplir el mandato del artículo 10 del Protocolo e indicar los órganos judiciales que designa como las más altas cortes a estos efectos. Se me ocurre que el Tribunal Supremo en cualquiera de sus Salas, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia. Ambas previsiones normativas podrían hacerse a la vez y en el mismo precepto.

¿Cuándo deberá el órgano judicial contentarse con hacer una interpretación conforme y cuándo debe inaplicar la ley nacional o plantear la cuestión de inconvencionalidad? Imagino deberá actuarse con la misma lógica que con la cuestión de inconstitucionalidad donde recordemos el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recogiendo jurisprudencia constitucional previa, establece que procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no

sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. Será menester intentar primero una interpretación conforme y correctora, y, si no fuera posible, porque la literalidad de la ley lo impida, el juzgador deberá plantearse una opinión consultiva. Claro está que los órganos judiciales de instancia e intermedios, aquéllos que no sean las altas cortes, no podrán plantear esta cuestión de inconventionalidad y podrían verse abocados a la inaplicación si alguna vez no bastara con una interpretación correctora. El resultado puede parecer paradójico.

En suma, puede en la práctica bastar con la interpretación correctora. Además, el espacio que resta a la inaplicación me parece que se verá reducido como consecuencia de este nuevo e interesante procedimiento de opiniones consultivas que otorga un carácter concentrado a la jurisdicción europea más que difuso. Me parece razonable que la ordenación de las jurisdicciones constitucionales y la del TEDH se asemejen, porque antes o después llegará una fusión de los controles de constitucionalidad y convencionalidad y debemos irnos preparando. Ese es el escenario futuro.

LUIS JIMENA QUESADA

Mi respuesta, en este caso, es tajante: entiendo que, en efecto, la Jurisdicción nacional tiene respaldo en nuestro ordenamiento constitucional para operar directamente ese *control de convencionalidad* difuso, sin necesidad de acudir a una *cuestión de convencionalidad (concentrada)* ante el Tribunal Constitucional —entiendo—. Paso a razonar mi postura.

Tras cuatro décadas de vigencia de nuestra Constitución Española de 1978 (CE), parece extraño (de la propia pregunta así se desprende) que en la doctrina constitucionalista no se haya alcanzado todavía consenso en torno a la naturaleza supralegal de los tratados y a la inescindible consecuencia de llevar a la práctica (mediante el citado control de convencionalidad) dicho valor mediante la aplicación judicial de la norma internacional con desplazamiento de la norma nacional, señaladamente cuando la primera recoja un estándar más favorable. Cabalmente, el ordenamiento español ofrece bases constitucionales explícitas que dan indiscutible soporte al control de convencionalidad (y, por añadidura, a la efectividad de la tutela multinivel de los derechos), especialmente el mandato aplicativo de los tratados (arts. 93 a 96 CE) en conjunción con el mandato interpretativo (art. 10.2 CE). En este sentido, aunque la Carta Magna de 1978 no hable explícitamente de esa supralegalidad, de su art. 96 se deriva la superioridad y prevalencia de los tratados con respecto a la ley española y, sin duda, ese carácter supralegal se revela indiscutible cuando nos hallamos ante tratados sobre derechos humanos [art. 94.1.c) de la Carta Magna].

Es cierto que la Carta constitucional española de 1978 diverge de otras Constituciones extranjeras (particularmente, de la francesa vigente de 1958 —art. 55—) al no ser tan explícita al establecer la superioridad del tratado sobre la ley. No obstante, y sin que el debate constituyente permita desdeñarlo, el texto final del art. 96 CE, como se decía, recoge esa superioridad aplicativa de los tratados sobre las leyes, en la línea de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Con tal filosofía, sobre no ser necesario, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales viene a poner negro sobre blanco lo que dispone el reiterado art. 96 CE al disponer explícitamente esa prevalencia (art. 31). La lógica argumentativa, recapitulando, es

sencilla: si se reconoce la prevalencia del tratado sobre la ley, ¿puede tal afirmación quedar en una mera regla teórica? La respuesta sólo puede tener como consecuencia práctica que esa prevalencia comporta la aplicación judicial preferente del tratado sobre la ley.

A mayor abundamiento, y dejando de lado otras figuras afines al control de convencionalidad como la potestad de la jurisdicción ordinaria de pronunciar una extralimitación reglamentaria, la mayor afinidad viene dada por la lógica de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE. Si se tiene en mente ese sencillo paralelismo, quedarán superados los injustificados recelos dogmáticos a la asunción del control de convencionalidad operado por los órganos jurisdiccionales.

De análogo razonamiento se hizo eco, con gran acierto e inspirándose en la experiencia constitucional francesa, el Consejo de Estado español en su *Memoria anual de 1997* (vid. pp. 147 y ss.), recordando que utiliza el doble control de constitucionalidad y de convencionalidad al dictaminar sobre los proyectos de ley. Así las cosas, si se aplica esa lógica argumentativa al terreno de la técnica legislativa (fase de elaboración de la norma), ¿qué impide trasladarla al campo de la praxis judicial (fase de aplicación de la norma)?

A mi entender, los argumentos tendentes a excluir el neto control difuso de convencionalidad de la esfera judicial ordinaria para reconducirla a la supervisión concentrada de la jurisdicción constitucional (mediante la cuestión de convencionalidad), parecen poco realistas y, sobre todo, se alejan del principal papel y mayor virtud del primer control, a saber, la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable. Efectivamente, al margen de ese obstáculo principal consistente en diferir el control a sede jurisdiccional constitucional con la consiguiente demora, se presenta irrealista esa solución por implicar incluso un cambio de mentalidad que, hoy por hoy, no se atisba todavía en la Justicia constitucional española: por lo pronto, como es sabido, ésta ha rechazado incluir los tratados como parte del bloque de constitucionalidad al tiempo que, *de facto*, los ha utilizado aleatoriamente como tal parámetro (por todas, véase STC 236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 5 y 6).

Por lo demás, estimo innecesario que el TC efectúe el reconocimiento del control de convencionalidad a favor de la jurisdicción nacional, pues ya se desprende de la propia Carta Magna de 1978. Ahora bien, el aval del TC serviría ciertamente para apuntalar la convicción y la voluntad positiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Por el contrario, a día de hoy, no se vislumbra ese aval, hasta tal punto que podría argüirse que la Corte Constitucional española, en materia de control de convencionalidad, ni hace ni deja hacer, como se ha criticado en el seno del propio Tribunal.

Así, gran interés despierta el voto particular concurrente de Juan Antonio Xiol Ríos (al que se adhieren Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré) formulado a la STC 270/2015, de 17 de diciembre, en donde se afirma que la cuestión del control de convencionalidad «debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español» y con respecto a lo cual «este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento». Y se recapitula así la crítica a esa elusión del control de convencionalidad: «La actual jurisprudencia parece que aboca a que sólo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del

artículo 24.1 de la Constitución española en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad. No deja de resultar paradójico que en el contexto de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los artículos 9.1 o 96 de la Constitución española».

Desde este punto de vista, los recelos dogmáticos (y jurisdiccionales) se presentan tanto más injustificados cuanto que, en la praxis (y el cómputo no puede ser estadísticamente más sencillo, por su carácter excepcional), el ejercicio responsable del control de convencionalidad se operará en supuestos aislados en los que la norma internacional (y, sobre todo, la jurisprudencia internacional correspondiente) ofrezcan claridad y certeza en cuanto al supuesto controvertido. A este respecto, la contrariedad no se verificará abiertamente entre la ley y el tratado (por la existencia de un control de convencionalidad previo de la ley —por ejemplo, el ya citado de los proyectos de ley ante el Consejo de Estado— y de un posible control preventivo de constitucionalidad de los propios Tratados), sino entre la ley (y su interpretación jurisprudencial interna) y la interpretación del Derecho comunitario europeo, susceptible de provocar inseguridad jurídica y violación de derechos, cuyo remedio o corrección ante el TC ha venido de la mano del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (por todas, STC 64/1991, de 22 de marzo). Y, con claro agravio con respecto al control de convencionalidad, no se pone en entredicho el juego de esos principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE que, al contrario, se han saludado con entusiasmo.

CARLOS RUIZ MIGUEL

Para resolver esta cuestión debemos partir de tres datos normativos y de un principio de teoría del Derecho. Los datos normativos son los siguientes. El primero es que, de acuerdo con la Constitución el Tratado es una norma superior a la ley pues tiene fuerza activa (art. 94.1 CE) y fuerza pasiva (art. 96 CE) frente a ella. El segundo dato es que los jueces y tribunales ordinarios están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), pero sólo pueden «controlar» la potestad reglamentaria (art. 106.1 CE), no la potestad legislativa. Y el tercero es que al Tribunal Constitucional no se le ha asignado (aunque hubiera podido hacerse) la tarea de controlar la conformidad de la ley con los tratados. Por su parte, el principio de teoría del Derecho es el de distinguir la «validez» de la «eficacia» de las normas. Partiendo de lo anterior, ¿quién debe garantizar que la ley no sea contraria a los tratados?

De lege ferenda, sería perfectamente posible atribuir al Tribunal Constitucional (art. 161.1.d CE) la competencia para conocer de una «cuestión de convencionalidad» cuando un juez estime que una ley aplicable al caso sea contraria a un tratado internacional. Es ya una decisión política en la que no voy a entrar la de determinar qué es mejor, si atribuir la resolución del problema a los tribunales ordinarios para decidir en función de la «eficacia» de las normas o atribuirla al Tribunal Constitucional para que resuelva determinando la «validez» de las normas. Por lo que respecta al TEDH, como es sabido, no

tiene competencia ni para determinar la «validez» de las normas españolas (aunque contradigan al CEDH) ni para decidir sobre su «eficacia» en el ordenamiento español. Para que pudiera hacer alguna de estas cosas sus sentencias deberían gozar de fuerza ejecutiva atribuida por el propio CEDH, pero no parece que se quiera modificar el Convenio para incluir este aspecto. En este momento, en España, las leyes orgánicas 7/2015 y 41/2015 permiten introducir un recurso de revisión cuando una sentencia del TEDH haya declarado una violación de un derecho reconocido en el CEDH pero, precisamente por eso, quien decide finalmente sobre la «eficacia», como se dirá a continuación, son los tribunales españoles.

De lege lata, si analizamos la cuestión desde la perspectiva de la «validez» hay dos cosas claras. En primer lugar, la «validez» de un tratado no puede juzgarse por un juez ordinario. En segundo lugar, esa «validez» pudiera ser examinada por el Tribunal Constitucional, ciertamente, pero sólo cuando el tratado es contrario a la Constitución. Sólo en este último caso un juez ordinario podría plantear una «cuestión de inconstitucionalidad».

Pero el problema de la eventual incompatibilidad de una ley con un tratado, cuando tanto el tratado como la ley sean conformes con la Constitución, se puede solucionar desde la perspectiva de la «eficacia». Los jueces ordinarios tienen el deber de aplicar el Derecho vigente en nuestro Ordenamiento jurídico. En ese caso, cuando dos normas están vigentes, pero hay una contradicción entre ellas, y no es posible anular la «validez» de una de ellas, el juez debe dar «eficacia» a aquella que sea superior, en este caso, el tratado internacional. Esta fórmula no cambiaría ni siquiera en el caso de que España llegara a ratificar el Protocolo número 16 (firmado el 2 de octubre de 2013 y en vigor para varios Estados desde el 1 de agosto de 2018³, pero no ratificado por España), que introduce en el CEDH la «cuestión de convencionalidad» por vía consultiva. Esto es así porque la consulta al TEDH acerca de la eventual incompatibilidad de una ley con el CEDH no es vinculante.

ROSARIO TUR AUSINA

El especial valor interpretativo de los Tratados en materia de derechos fundamentales *ex art. 10.2 CE* coloca a aquellos en una singular posición en el ordenamiento. En virtud del efecto irradiación de la Constitución y en armonía con ésta, los Tratados son —por mandato constitucional— una especie de prolongación de aquella en materia de derechos, con una naturaleza *quasiconstitucional* que difumina la jerarquía entre ambas normas. Por ello, cualquier operador jurídico está naturalmente obligado a aplicar y verificar el cumplimiento de este marco constitucional complejo que pretende construir un *ius commune* para la vigencia efectiva de los derechos. La cuestión no es entonces si se acepta o no en nuestro Estado el control de convencionalidad, ya que el art. 10.2 CE es rotundo, sino el modo en que se ejerce aquél, teniendo en cuenta que dicho control puede ser externo —por el TEDH— e interno —por las jurisdicciones nacionales—; así como concreto —frente a actos lesivos—, y abstracto —cuando una disposición general interna

³ Los Estados que lo han ratificado y para los que está en vigor desde el 1 de agosto de 2018 son: Albania, Armenia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino y Ucrania (datos a 13 de junio de 2018).

contradice un Tratado—. La clave es determinar el margen de maniobra y delimitación de competencias entre las diversas instancias implicadas.

De este modo, las jurisdicciones nacionales deben llevar a cabo su propio control de convencionalidad, que implica, simple y llanamente, la aplicación del ordenamiento supranacional de los derechos, la definición de los mismos, y las consecuencias jurídicas necesarias para aquellos actos o disposiciones que lo contravengan; todo ello en el marco de sus propias competencias y de los procedimientos correspondientes. Pero la pregunta se centra, más bien, en el denominado control *abstracto* de convencionalidad, esto es, en el ajuste de la norma interna a un Tratado. Un control que es fundamentalmente *externo* y que se ejerce por las instancias supranacionales —por el TEDH en concreto, pero también por el Comité Europeo de Derechos Sociales, la institución *olvidada*—, de modo similar al ejercicio de control de constitucionalidad interno, pero sin fuerza ejecutiva y, en consecuencia, sin la capacidad para decidir la nulidad de la disposición controvertida, aunque la misma puede ser sugerida o recomendada. El TEDH actuaría a modo de jurisdicción concentrada aunque no absoluta, pues el Convenio se articula sobre la idea del principio de subsidiariedad, es decir, dejando espacio a las instancias nacionales para que ejerzan como garantes prioritarios del sistema multinivel de derechos.

Pero lo anterior, en un sistema multinivel, se encaja con un control de convencionalidad *abstracto* de carácter *interno*, es decir por la justicia nacional, que podrá articularse diversamente dependiendo de la organización de la jurisdicción ordinaria y constitucional de cada país, con la determinación del específico margen de maniobra de estos respecto a la capacidad de verificación del cumplimiento de los Tratados frente a una contradicción manifiesta con una norma nacional. Esto significa que la configuración del control de convencionalidad se va a reconducir en principio en nuestro país al modelo predominantemente concentrado, aunque se observan, como veremos y es propio de nuestro sistema, importantes rasgos difusos que plantean no pocas dudas y problemas.

En cualquier caso, el diálogo se produce en dos niveles. Entre las instancias nacionales: justicia ordinaria y constitucional. Y, en segundo lugar, entre las instancias nacionales y la supranacional, posibilidad que se abre con el Protocolo n.º 16 —pendiente de firma y ratificación por España—, y que permite dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos. Armar ese triple nivel es necesario para el funcionamiento armónico y coherente del sistema, lo que exige responder a la capacidad de maniobra de la justicia ordinaria y la constitucional para resolver por sí mismas la inaplicación/nulidad de la norma interna, o elevar una cuestión de inconstitucionalidad/convencionalidad al órgano correspondiente.

En esta articulación es determinante, en primer lugar, el rol del TC. Y partimos para ello de su posicionamiento respecto a la integración de los Tratados en el canon de constitucionalidad, pues el mismo ha constituido a nuestro juicio un cierto escollo al uso de la cuestión de convencionalidad ante el TEDH. En efecto, son conocidas las reticencias mostradas por nuestro TC para convertir a los Tratados en canon autónomo de validez, siendo todo lo más canon interpretativo, pues el parámetro de constitucionalidad, nos dice, está integrado «por el precepto constitucional definido del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional, todo ello en virtud de lo establecido en el art. 10.2 CE» (SSTC 28/1991, 236/2007). Así, de ello derivan dos consecuencias: 1) para el

Tribunal el control de convencionalidad no posee autonomía constitucional propia, sino que aquel es un elemento *de apoyo* en el clásico control de constitucionalidad, que se usa *en colaboración* con la definición y la interpretación interna de los derechos constitucionales; y 2) si esto es así, es difícil que el TC se plantee elevar una cuestión de convencionalidad a una jurisdicción supranacional —la cual actúa llevando a cabo un contraste entre el Tratado correspondiente y la norma interna—, pues simple y llanamente ello significaría aceptar el posible canon autónomo de validez de aquellos y con ello la pérdida del derecho a la última palabra que el TC parece arrogarse con esta controvertida doctrina sobre el canon autónomo/interpretativo.

Y es que deben superarse tales planteamientos y recordar que el constitucionalismo multinivel se articula sobre la convivencia y colaboración de una pluralidad de ordenamientos interconectados, donde el eje —que no protagonista único— sigue siendo el Estado. Y todo ello al margen de que la receptividad del TC al derecho supranacional sea más intensa respecto al TEDH, y menos respecto al Comité Europeo de Derechos Sociales o a otras instancias.

La doctrina sobre el canon autónomo/interpretativo despierta controversias y no está unánimemente aceptada. Pero en nuestra opinión dicha doctrina no puede imponerse al principio *pro persona*, pues la entidad propia del art. 10.2 CE se traduce en la obligación para cualquier operador jurídico de buscar y argumentar sobre la interpretación más favorable a los derechos, el estándar más elevado, a partir del tándem Constitución-Tratados, según corresponda. Al fin y al cabo la distinción canon autónomo/canon interpretativo no deja de ser un criterio hermenéutico elaborado por el propio TC, a diferencia del principio *pro persona*, que deriva directamente del art. 10 CE. Si el canon europeo es un canon constitucional ningún sentido tiene, pues, dotarlo o no de carácter autónomo o interpretativo. Sencillamente, ello dependerá de la configuración particular y concreta del estándar de cada derecho.

Con la posible elevación por el TC de una cuestión de convencionalidad se está admitiendo, precisamente, la concesión de un valor constitucional al Convenio, y se muestra la confianza en el TEDH, que al fin y al cabo es el intérprete *auténtico* —que no el único— de dicho Convenio. Significa ello aceptar una voz más autorizada, que posee *auctoritas* y que es suficientemente considerada, al objeto de retroalimentar la decisión constitucional, en quien queda la articulación definitiva de la resolución final al litigio, respondiendo así a la plena vigencia del principio de subsidiariedad y al principio de lealtad constitucional multinivel. Además, de esta forma —pero esto ya es un efecto secundario—, se evita que con posterioridad el TEDH *recomiende* al Estado la nulidad de la disposición contraria al Convenio. Sólo así se entienden los Protocolos 15 y 16. Uno como reverso del otro. Se da un protagonismo a los Estados ofreciéndoles la capacidad de dialogar —previamente a la resolución final— con la jurisdicción de Estrasburgo, desde la más pura aplicación de la *teoría de los vasos comunicantes* en ciencias sociales, según la cual las diferencias físicas y temporales pueden ser salvadas cuando dos grupos o entes que comparten un mismo objetivo encuentran los mecanismos necesarios para *entrar en contacto*, de tal modo que así uno se pueda ver *influenciado* por el otro e incrementen ambos la *comprensión* del tema en cuestión.

La cuestión de convencionalidad encaja, pues, en la filosofía general del Convenio de Roma de dar la oportunidad a los Estados de construir un estándar constitucional complejo de derechos desde sus mismas instancias nacionales. Por lo demás, la previsión de

una cuestión de convencionalidad resulta especialmente aconsejable en países con tradición de control de constitucionalidad concentrado —aunque no puro— como el nuestro, donde aún se necesita reforzar el manejo del derecho supranacional de los derechos humanos, y puesto que con ello se crea un contrapeso importante respecto a los recurrentes riesgos de dependencia política de la jurisdicción constitucional (Ramírez, «El control judicial interno de convencionalidad», *Ius*, 2011). Pero además, finalmente, es también recomendable para evitar los ulteriores *puentes* por parte de la jurisdicción ordinaria.

Precisamente esta última idea nos introduce en el tema del diálogo de la justicia ordinaria con la constitucional, pues hemos asistido a una complicada y oscilante aplicación del control de convencionalidad por parte de la primera. El problema se ha producido cuando, en ese *punteo* que citamos, los Tribunales ordinarios han aplicado de modo preferente Tratados —o la jurisprudencia emanada de ciertos organismos supranacionales— que entran en contradicción con la ley española (y/o la doctrina del TC emitida al respecto), evitando elevar una cuestión ante el TC (como ejemplos, los casos de la legislación sobre la reforma laboral de 2012, o sobre las prestaciones sanitarias a inmigrantes irregulares del mismo año). Aunque es cierto que esta dinámica ha sido especialmente acusada a raíz de las medidas anticrisis y los pronunciamientos de distintas instancias supranacionales, también se ha observado paradójicamente la actitud contraria, pues aun existiendo condenas por parte de organismos supranacionales, la justicia ordinaria se ha dejado llevar por su dependencia excesiva de la doctrina del Tribunal Constitucional (ex art. 5.1 LOPJ), de tal modo que solo incorporan las obligaciones internacionales a través de su doctrina, sin aplicarlas directamente ni cuestionar tampoco la norma nacional a través de la cuestión interna de convencionalidad (Jimena, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, 2013). Un problema que no se da en el caso del derecho de la Unión Europea y respecto a la doctrina de Luxemburgo, pues este prima y tiene efecto directo sobre el derecho interno, de tal modo que la justicia ordinaria no necesita del rol de intermediario del Tribunal Constitucional.

Ante esta situación se trata, efectivamente, de abordar importantes retos. Por un lado, en lo que atañe al TC, parece oportuno incorporar la cuestión de convencionalidad, que debería acompañarse de un liderazgo —que no monopolio— más fuerte. Una instancia que debería asumir que existen más órganos de *vigilancia constitucional*, ejercer un contacto más interactivo (evitando citas superficiales de la doctrina de Tribunales supranacionales pero también la mera omisión), y reformular la polémica distinción canon autónomo/canon interpretativo de los Tratados para anteponer el principio *pro persona*. Y ello porque está más que demostrado en el funcionamiento de los sistemas políticos que actitudes y prácticas que fomentan la deslealtad y una cierta dejación de funciones no hacen más que desequilibrar aquellos, acentuando un activismo no deseado —ni plenamente legítimo— de otras instancias. Se necesita que el TC asuma como propio —por haber contribuido a construirlo— el acervo europeo, lo conozca, lo entienda y lo integre siempre desde el principio de subsidiariedad y de la idea del estándar más alto de tutela, que no siempre es el definido por el TEDH. El TC puede ser un buen órgano para la unificación y el diálogo con la instancia supranacional, pero ello no debe restar espacio a la justicia ordinaria, cuyo papel no es poco relevante, aunque se necesiten también profundos cambios de cultura constitucional multinivel.

Por otro lado, en segundo lugar y respecto a la justicia ordinaria, si el control de convencionalidad se integra en el más amplio concepto del control de constitucionalidad, es problemático depositar en aquella la capacidad para inaplicar normas inconventionales,

pues esto dificultaría la armonía de la jurisprudencia y además es poco acorde a nuestro modelo predominantemente concentrado aunque no puro. Lo más procedente es el planteamiento de la *cuestión interna de convencionalidad* ante el TC, evitando así las soluciones judiciales discrepantes. Lo cual exige, por cierto, fuertes dosis de formación/información en el constitucionalismo multinivel europeo de los derechos. Además, aunque se puede pensar en el planteamiento directo de una cuestión de convencionalidad por parte de la justicia ordinaria y ante el TEDH, creemos que esta opción no encaja bien con el carácter subsidiario del Convenio, que obliga a que, antes de buscar el diálogo con la instancia supranacional, se agoten las posibilidades internas.

De esta forma, se intenta armar el sistema de instrumentos cooperativos en el sentido expuesto para *evitar*, precisamente, actitudes problemáticas y *no deseables* como la inaplicabilidad *de facto* por la justicia ordinaria de normas inconvencionales. Una actitud esta última —la inaplicación— que, no obstante, creemos necesaria y *plenamente legítima*, cuando ha habido antes una primera decisión del TC, ha existido la posibilidad de usar la cuestión de convencionalidad ante Estrasburgo por aquel y no se ha hecho, y con posterioridad su resolución ha sido rebatida por la instancia supranacional. Se le da de este modo el adecuado protagonismo a la justicia ordinaria, y se permite que la ciudadanía pueda acceder a una aplicación efectiva última del derecho convencional; posibilidad que operaría, no obstante, sólo en último término. Porque aunque es positivo —como en el caso de las prestaciones sanitarias para la población inmigrante— que nuestro sistema político haya encontrado a veces los cauces para *hacer realidad* el control de convencionalidad y la Europa de los Derechos, se trata de evitar estas prácticas asimétricas, que siguen generando sin embargo desigualdades —en tanto las prestaciones solo se concedieron judicialmente de forma puntual o en determinadas Comunidades Autónomas—, no permitiendo consolidar una extensión generalizada de determinados derechos a toda la ciudadanía, como obviamente es deseable en cualquier sistema constitucional.

Procedimentalmente, para articular la *cuestión interna de convencionalidad*, pensamos que no se necesitaría en principio la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues en el concepto de Constitución a que alude el art. 163 CE se encuentran también, en virtud del art. 10.2 CE, los Tratados. Y tampoco para reflejar la *cuestión externa de convencionalidad*, que viene asumida por el Estado en virtud de la firma y ratificación del Protocolo pertinente. No obstante, es cierto que una reforma de dicha Ley Orgánica clarificaría este aspecto y ejercería una fuerte labor pedagógica, reforzando la seguridad jurídica en una cuestión que doctrinal y políticamente puede ser todavía controvertida y tiene contornos imprecisos.

Tenemos delante importantes retos que obligan a mostrar ciertas cautelas y tomar ciertas medidas. Por un lado, el mencionado refuerzo de la formación de la justicia ordinaria en el constitucionalismo multinivel de los derechos, con su propio espacio para integrar el acervo supranacional, de tal modo que el planteamiento de la cuestión de convencionalidad tenga lugar sólo cuando la contradicción sea manifiesta e insalvable por la vía de la interpretación. Pero al mismo tiempo, no olvidemos que los clásicos problemas de dependencia política de la justicia constitucional hacen también aquí acto de presencia, necesitándose que el propio TC entre en una conexión más intensa con el constitucionalismo multinivel, para evitar precisamente la idea del monopolio de un solo Tribunal encerrado en la política doméstica y mediado por los designios de las fuerzas parlamentarias y por coyunturas políticas concretas.

Debe recordarse, aun siendo obvio, que no se parte de la unidad, sino que se pretende una aproximación constante a ella a través de una síntesis precaria entre lo que nos une y lo que nos distancia, superando modos *sofistas* que implican un convencer para vencer, y que tienden a hacer un uso interesado del diálogo para legitimar lo ya previamente decidido, o para evitar decidir resultando preferible que lo decida otro. Por el contrario, lo complicado pero auténtico, es asumir los modos *socráticos*, con formas y maneras amables y pedagógicas, de interactuar, producir ideas y generar verdades indivisibles, buscando normas o decisiones que unifican a través de un proceso de retroalimentación abierto (Lüther, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», *RDCEur*, 2005).

3. *¿Qué querría decirnos sobre la interpretación dinámica o evolutiva del TEDH? ¿Cómo valora tal jurisprudencia? ¿Puede, en su opinión, ser compatible con la seguridad jurídica y con los límites en la actividad interpretativa y aplicativa de los jueces?*

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

El CEDH es un tratado internacional, pero un tratado que, por el hecho de que reconoce determinados derechos y libertades a las personas y establece, además, un mecanismo jurisdiccional de protección individual de los mismos frente a los propios Estados signatarios, presenta algunas características especiales. Entre ellas, por lo que ahora interesa, las relativas a su interpretación.

Porque, en efecto, la interpretación de los tratados internacionales se rige por unas reglas específicas, codificadas en la Convención de Viena sobre el derecho de tratados de 1969. Estas reglas, previstas básicamente en los artículos 31 y 32 de la Convención, son, ciertamente, generales y a su vez interpretables. Pero forman unas reglas específicas que deben ser aplicadas, dentro de los márgenes admisibles, para interpretar legítimamente los tratados y, por tanto, las obligaciones que contraen los Estados a través de los mismos, con la finalidad básica, por lo que aquí interesa, de evitar una expansión de las obligaciones de los Estados contenidas en los tratados. La interpretación, en suma, no puede convertirse en un instrumento para que un Estado pueda verse obligado más allá de lo que consintió al celebrar un determinado tratado.

En cuanto el CEDH es un tratado internacional, celebrado por un conjunto de Estados, por medio del cual se reconocen a las personas determinados derechos frente a los mismos y se crea, además, un instrumento de protección jurisdiccional de las personas frente a los propios Estados signatarios, aparece naturalmente una tensión entre dos polos con exigencias opuestas: por una parte, la tendencia evolutiva de los derechos fundamentales, que deben amoldarse a los nuevos tiempos y circunstancias de un mundo en constantes y aceleradas transformaciones; y, por otra, la resistencia de los Estados a asumir, por vía interpretativa, nuevas obligaciones no consentidas expresamente. Desde su posición, obvia también desde su perspectiva de sujetos del derecho internacional, si hay que producir cambios o introducir modificaciones, la vía natural y adecuada es la modificación del Convenio.

Sin embargo, como se ha dicho, una interpretación evolutiva o dinámica es inevitable en materia de derechos fundamentales, que podrían quedar en gran parte

obsoletos y sin eficacia protectora real en caso contrario. Por ello, el TEDH no ha podido sino asumir una interpretación de este carácter, considerando el Convenio como un organismo vivo, según su propia y conocida expresión. Y, al hacerlo, se aparta inevitablemente de los medios clásicos de interpretación previstos en la Convención de Viena, pues no es reconducible en realidad a ninguno de los allí establecidos, aunque a veces quiera apoyarse en la «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» (art. 31.2.b), apoyatura claramente insuficiente por la sencilla razón de que el TEDH no hace depender su interpretación, exclusivamente, del acuerdo de todos los Estados, ni exige que la nueva interpretación se haya expresado a través de una práctica común o acordada. De este modo, hay numerosos casos de interpretación dinámica, que suponen una evolución del ámbito, el contenido o los límites de los derechos reconocidos en el CEDH, como ocurre por ejemplo en materia de privacidad, donde resulta obvio que se han producido cambios notables desde la entrada en vigor del Convenio. Ello resulta inevitable, y es común que ocurra en las jurisdicciones de protección de derechos: la jurisprudencia de los altos tribunales, y de forma especial de los tribunales constitucionales en los sistemas de justicia constitucional concentrada y de los tribunales supremos en los de carácter difuso, como se puede acreditar también mediante numerosos ejemplos, constituye una vía normalizada de evolución, esto es, de introducción de cambios y modificaciones en materia de derechos y libertades. En el ámbito del TEDH, y en tanto que el CEDH es un tratado internacional, los cambios deberían producirse fundamentalmente mediante la modificación del propio Convenio (incluyendo, naturalmente, la adición de protocolos complementarios). Y ello es así, como prueba el número notable de protocolos añadidos que han afectado el texto del Convenio. Pero también se han producido cambios notables por vía interpretativa, a semejanza en gran parte de lo que ocurre con los tribunales constitucionales. Y estos cambios no son de carácter menor, afectando sólo algunos elementos de los derechos reconocidos, sino que han alcanzado también al texto explícito del Convenio, en aspectos además sustanciales y nucleares del mismo, cambiando notablemente su sentido y el modo en que había sido entendido hasta un momento determinado. Creo que esta circunstancia —y la mera posibilidad de que se produzca y, además, sea aceptada, con mayor o menor agrado, por los Estados parte— supone un salto cualitativo en la protección de los derechos dispensada por un organismo internacional, que lo acerca a los altos tribunales de los Estados supremos en materia de derechos fundamentales. Y ello, que fuerza el Derecho internacional y conlleva tensiones, es un síntoma del afianzamiento del espacio europeo de los derechos, labor a la que ha contribuido de forma decisiva precisamente el hecho de que se haya creado un mecanismo jurisdiccional de protección individual y directa de los derechos, de carácter autónomo. La revisión del CEDH, con la adopción de nuevos protocolos, sigue siendo la vía principal de evolución de la protección de los derechos en el ámbito europeo, como no podía ser de otro modo en atención a la naturaleza internacional del mecanismo creado, pero ésta ya no es la única vía posible, sino que, junto a ella, y de forma muy notable, actúa también la jurisprudencia del propio TEDH como vía de evolución, adaptación y cambio, al margen, y a veces incluso en contra, de su texto. El avance de la protección de los derechos en Europa no depende sólo de la voluntad de los Estados, sino también del órgano, autónomo, que ellos han creado para este fin.

Creo que es ilustrativo de ello el tratamiento de la pena de muerte por parte del TEDH y su evolución. Como se sabe, en 1989 el TEDH aceptó que el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes que reconoce el art. 3 CEDH no suprimía la excepción a la prohibición de la pena de muerte que establece el segundo inciso del art. 2 CEDH (Sentencia Soering v. RU, 1989). Sin embargo, unos años después (Sentencia Öcalan v. Turquía, 2005), y a pesar de que se hallaba aún en proceso de ratificación el Protocolo n.º 6, por el que se abolía la pena de muerte en tiempos de paz (proceso en el que faltaban aún tres Estados por ratificar), el TEDH considera que la pena de muerte se ha convertido en una sanción inadmisibles y que, por tanto, debe entenderse derogado, o cuando menos modificado, el segundo inciso del art. 2.1 CEDH, que admite la pena de muerte en tiempos de paz. Ciertamente, puede entenderse que el razonamiento del Tribunal puede ampararse en el medio de interpretación del art. 31.3.b (práctica de los Estados), pero también es cierto que no todos los Estados parte habían ratificado el Protocolo (si fuera así, el problema de interpretación simplemente desaparecería) y que el propio Tribunal alude expresamente a su doctrina del CEDH como instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales y a un nivel de exigencia mayor en el respeto de los derechos fundamentales. La concepción de lo que sean penas inhumanas y degradantes, dice el TEDH, ha evolucionado desde la entrada en vigor del Convenio, y también desde 1989, año de la Sentencia Soering. Un claro ejemplo de interpretación evolutiva, con efectos expansivos de los derechos y, consecuentemente, limitativos de la acción de los Estados, más allá de las obligaciones explícitamente contraídas mediante el Convenio. Al menos, claro está, para los tres Estados que aún no habían ratificado el Protocolo n.º 6, entre los que se encontraba precisamente el demandado en el caso Öcalan. Que después la decisión del Tribunal se basara también en la vulneración de las garantías procesales y del derecho a un juicio justo que consagra el CEDH (pues la pena de muerte en todo caso debe imponerse en virtud de un proceso judicial, como establece expresamente el art. 2.1 CEDH, y en este proceso, dice el Tribunal, deben maximizarse las garantías judiciales y legales, pues en caso contrario se estaría también ante un trato inhumano o degradante, por las circunstancias especiales que concurren en un proceso donde se puede imponer la pena de muerte) no empaña la importancia ni la trascendencia de este tipo de interpretación del Convenio.

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

Un tribunal no puede operar de espaldas a una realidad que cambia incesantemente y cada vez de forma más acelerada. Todos sabemos lo que dice al respecto nuestro Código Civil en su artículo 3.1: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta emblemática en este sentido la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó el recurso contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En dicha sentencia, como es sabido, se aboga por una «interpretación evolutiva» (FJ 9) de la institución del matrimonio que la Constitución garantiza, una sincronización o puesta al día que encuentra un límite

infranqueable en el propio tenor literal de la norma, porque no se puede hacer decir a ésta lo que manifestamente no dice. En la jurisprudencia norteamericana o canadiense es moneda corriente la referencia a la Constitución como un árbol vivo que se acomoda a los nuevos tiempos mediante una lectura evolutiva. Sin esa constante actualización acabaría siendo letra muerta. Y no faltan ejemplos en la ingente jurisprudencia del TEDH de esa interpretación evolutiva que trata de renovar el significado del texto al ritmo de las transformaciones sociales y los constantes cambios que se producen en la conciencia colectiva, en la percepción o valoración social de determinados comportamientos y en la propia cultura jurídica. Una interpretación dinámica y creativa asociada casi siempre a la incontenible fuerza expansiva de los derechos e inspirada en el principio *favor libertatis*, que se traduce en el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos o en la ampliación del perímetro o el contenido de los derechos ya consagrados, de las situaciones jurídicas tuteladas por el mismo.

Es verdad que el Convenio, una declaración fechada en 1950 que sólo proclamaba derechos civiles formulados como libertades negativas y no incluía derechos de prestación ni otros de tercera o cuarta generación, se ha ido completando con algunos Protocolos que han incorporado sucesivamente derechos no contemplados en su redacción originaria o han reforzado su protección (como los Protocolos n.º 6 y 13 en relación con la abolición de la pena de muerte, una pena que en 1950 figuraba aún como castigo por determinados delitos en bastantes ordenamientos europeos), pero la necesaria adaptación a las nuevas realidades se viene haciendo sobre todo por vía interpretativa. El propio Tribunal asumió desde el principio que el Convenio es un «instrumento vivo» que debe interpretarse a la luz de las circunstancias de cada momento, descartando la alternativa de una lectura «originalista», que girase en torno a la voluntad auténtica de sus redactores y a los trabajos preparatorios. Una interpretación «estática», que no se acomodase a la realidad que pretende regular el Convenio, acabaría por degradar su eficacia normativa. No se puede mantener, por ejemplo, un concepto tradicional de «esclavitud» (estado o condición de una persona sobre la cual se ejercitan algunas de las facultades propias del derecho de propiedad, según la Convención de 1926) o «trabajo forzado» (que el art. 4 CEDH prohíbe tajantemente) cuando en la actualidad esa relación de servidumbre aparece camuflada o encubierta bajo otras formas (*Siliadin c. Francia*, 2005). No creo que esa actualización ponga en riesgo la seguridad jurídica o represente una extralimitación por parte del Tribunal. Todo lo contrario, me parece obligada.

Resulta paradigmática en este sentido la jurisprudencia relativa al derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 del Convenio. De este precepto ha extraído el Tribunal normas o significados insospechados. Hay que reconocer que la noción de vida privada y familiar es especialmente versátil y polisémica, pero se ha convertido en un «cajón de sastre» en el que cabe prácticamente todo. Quizá sea éste el único terreno en el que pueden cuestionarse algunos hallazgos jurisprudenciales.

Así, su ámbito de protección se ha extendido, por ejemplo, a los procedimientos de expulsión en su vertiente de vida familiar; y a las intromisiones causadas por agentes medioambientales, como el ruido, ante la ausencia de un derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable en el Convenio. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo viene reconociendo desde hace tiempo la posibilidad de que este derecho pueda ser conculcado por agentes medioambientales (molestias como ruidos y olores esencialmente) si concurren una serie de circunstancias. Según el TEDH, la persona tiene derecho a que se respete su

domicilio, concebido no solamente como el derecho a un espacio físico concreto en el que se desarrolla la vida privada y familiar, sino también el derecho al disfrute, con toda tranquilidad, de dicho espacio.

En esta misma línea de ampliar las obligaciones positivas de los Estados que se derivan del reconocimiento de determinados derechos, una aportación de gran calado es la exigencia de investigación de las denuncias de tortura y otros malos tratos a manos de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Mediante la incorporación de esta dimensión «procesal» de la prohibición establecida en el art. 3 CEDH, se trata de garantizar que las denuncias se investigan de manera independiente, exhaustiva e imparcial, que los responsables comparecen ante la justicia y que las víctimas de esos malos tratos reciben el resarcimiento adecuado. Conviene recordar que en el período 2010-2016 el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a España en ocho ocasiones por insuficiente investigación de las denuncias formuladas por los demandantes, en casi todos los casos detenidos sometidos a un régimen de incomunicación.

Otro ejemplo de interpretación evolutiva en relación con este mismo precepto es la sentencia dictada en el caso *Selmouni c. Francia* (1999), que precisó que ciertos actos que han sido calificados en el pasado como «trato inhumano o degradante» podrían ser calificados de forma diferente en el futuro, «pues el incremento del estándar de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales requiere inevitablemente impedir las violaciones de los valores de las sociedades democráticas». Y efectivamente en la actualidad si el TEDH aprecia que los malos tratos infligidos han sido severos y crueles y, en ocasiones, también prolongados, califica dichos actos como torturas, aunque la finalidad perseguida por el maltrato no haya sido el obtener una confesión o información. También supuso un punto de inflexión en la interpretación de esta prohibición la decisión adoptada en el asunto *Soering c. Reino Unido* (1989), en la que el TEDH estableció la obligación de no extraditar cuando exista riesgo real de que la persona pueda ser tratada de forma incompatible con el art. 3 en el país de destino. Esta doctrina se extendió más tarde a los casos de expulsión o deportación.

Por último, una muestra bien elocuente de esta tendencia a extender la garantía que ofrece el Convenio a sujetos o situaciones no amparadas inicialmente por el mismo es la evolución que ha seguido en los últimos tiempos la jurisprudencia relativa a la discriminación por razón de orientación o identidad sexual. Se observa, por ejemplo, un giro en la posición del TEDH en dos sentencias relativas a la adopción por parejas homosexuales que dicta en un corto lapso de tiempo. En el asunto *Fretté c. Francia* (2002) considera que el rechazo de la solicitud de adopción motivado por la orientación sexual de los demandantes está amparado por el margen de apreciación nacional, mientras que en el caso *E. B. c. Francia* (2008), constata la existencia de una diferencia de trato discriminatoria. En último término, ha sido la interpretación del derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH) la que ha evolucionado en los últimos años, con el abandono paulatino de la concepción ortodoxa de una unión entre un hombre y una mujer. Por otra parte, en las dos últimas décadas del pasado siglo, el Tribunal de Estrasburgo había negado en varios pronunciamientos la existencia de una obligación positiva de modificar la inscripción registral de una persona como consecuencia del cambio de sexo, hasta que en el asunto *Christine Goodwin contra Reino Unido* (2002), cambia de criterio tras tomar nota del progresivo reconocimiento en los distintos ordenamientos de los derechos de los transexuales y declara en una decisión unánime que los Estados ya no pueden seguir invocando su margen de apreciación en la materia, porque ningún interés público puede prevalecer sobre

el interés de la recurrente en obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual. Es más, en el caso *Van Kück contra Alemania* (2003) consideró contraria al Convenio la negativa de las autoridades alemanas a rembolsar los gastos médicos derivados del cambio de sexo del demandante.

VÍCTOR FERRERES COMELLA

La interpretación dinámica o evolutiva me parece inevitable, dado el contexto normativo e institucional en el que se mueve el TEDH. En primer lugar, el texto básico, el Convenio, consagra derechos humanos a través de cláusulas relativamente abstractas. Tanto la definición de los derechos, como la determinación de los motivos en virtud de los cuales esos derechos pueden ser objeto de restricciones, se recogen en formulaciones normativas abiertas. En consecuencia, el margen interpretativo es amplio. En segundo lugar, la interpretación que el Tribunal desarrolla a partir del Convenio no puede ser fácilmente «corregida» por los Estados. Éstos pueden ampliar la lista de derechos a través de los correspondientes protocolos, pero no pueden modificar en la práctica el Convenio para dar respuesta a la jurisprudencia de Estrasburgo, dada la exigencia de unanimidad. El TEDH sabe que no cuenta con el contrapeso del «poder de reforma» del Convenio, por lo que se ve forzado a adoptar una postura dinámica en materia de interpretación.

Esta postura, por lo demás, no entraña una lesión del principio de seguridad jurídica. En general, el TEDH no realiza giros jurisprudenciales bruscos. Su doctrina evoluciona de forma gradual, preparando el terreno para cambios futuros. Hay que tener en cuenta, además, que las exigencias de certeza jurídica no deben operar del mismo modo en todos los sectores del ordenamiento. Los derechos humanos son en sí mismos un factor de «inestabilidad»: allí donde juegan con fuerza, obligan a la comunidad política a someter a crítica rigurosa las concepciones que han prevalecido tradicionalmente. Los jueces desempeñan un papel crítico cuando examinan alegatos basados en los derechos fundamentales. Por ello, la seguridad jurídica no se puede convertir en una barrera que bloquee la necesaria evolución jurisprudencial en el campo de los derechos.

JAVIER GARCÍA ROCA

El Convenio, suele afirmar el TEDH, es un *instrumento vivo* sometido a permanentes transformaciones y debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales. Una construcción semejante se visualiza en la bellísima imagen de la Constitución como un árbol vivo (el sol del membrillo de Víctor Erice) del *Privy Council* británico que trae a colación la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio homosexual con Ponencia del Magistrado Pablo Pérez Tremps. Los derechos deben interpretarse como instituciones y a la luz de la cultura jurídica que evoluciona constantemente en función de diversos ingredientes como son los cambios culturales y tecnológicos. Una interpretación dinámica y evolutiva es inevitable en la jurisdicción europea. Ilustraré la tesis con algunos ejemplos.

El *Caso Matthew contra el Reino Unido*, de 18 de febrero de 2001, aplicó el derecho a elecciones libres al Parlamento Europeo, una institución que ni siquiera existía al tiempo

de crearse el Convenio, pero cómo cerrar las puertas del Convenio a instituciones de la Unión mutuamente aceptadas. Del mismo modo, se aplica al derecho de sufragio en las elecciones municipales que es algo que no prevé expresamente el artículo 3 Protocolo 1, pero que se adentra en la lógica del bien jurídico protegido: elecciones libres y representación política en cada Estado.

El conocido *Caso C. Goodwin contra el Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, reconoce el derecho al matrimonio de los transexuales y supuso un giro de 180.º en la jurisprudencia, que venía dejando hasta entonces la solución de este asunto en la más libre discrecionalidad nacional, más diversos informes auspiciados por la Comisión avalaron en este procedimiento que el género puede comprenderse no sólo desde una perspectiva cromosómica sino también psicológica.

Igualmente, el umbral del sufrimiento tolerable en las sociedades modernas, del padecimiento físico o humillación que pueden ser constitutivos de malos tratos, se ha rebajado considerablemente en los últimos años. Deben verse los *Casos Henaf contra Francia*, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov contra Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003, referidos a hechos como son encadenar a la cama a un preso, o raparle el pelo al cero sin necesidad alguna, supuestos a los que hace dos décadas no se les habría dado importancia.

Recordemos también *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica*, de 2 de marzo de 1987, que supuso un giro a la hora de interpretar el artículo 3 del Protocolo 1 al identificar un auténtico derecho al sufragio de los ciudadanos y no una simple obligación de los Estados de celebrar elecciones periódicas. Una verdadera transformación de la norma por la jurisprudencia y que he calificado como una *mutación* del Convenio. Este artículo reflejaba una prudente norma de principios, típica de los años cincuenta y una situación de guerra fría, y no un derecho fundamental, pero devino obsoleto y debía actualizarse. Suponía una contradicción en sustancia con la lógica interna de una declaración de derechos que el Tribunal resolvió asumiendo una perspectiva garantista.

Muy nuevo e importante fue reconocer en *Hirst contra el Reino Unido*, de 30 de marzo de 2004, que los reclusos pueden tener derechos electorales, acabando con sendos atavismos históricos ligados a la concepción del sufragio como una función de la nación y a un entendimiento penoso de las cárceles y la reclusión como meros encerramientos. Dado que el sufragio tiene una función inclusiva de los ciudadanos en sus comunidades y que las penas privativas de libertad no poseen un carácter infamante ni desapoderan de todos los derechos fundamentales a los presos, no puede anudarse la privación del sufragio activo a toda clase de delitos con independencia de su naturaleza o del tiempo de duración de la pena. La conclusión es irrefutable. Pero el asunto ha levantado ampollas en el Reino Unido y ha dado lugar a una saga de sentencias, fruto de los obstáculos a su cumplimiento.

En este sentido, no ha dejado de objetarse que el Protocolo Adicional no reconoce expresamente un derecho al sufragio. Los valedores de esta tesis originalista olvidan que ni los derechos fundamentales ni cualquier verdadera interpretación constitucional y convencional de los mismos puede contentarse con una interpretación literal. Por eso es frecuente que el TEDH recurra a una *interpretación evolutiva y sociológica*⁴. No tenemos en Europa defensores, como en Estados Unidos, de una interpretación originalista. Una vez

⁴ Cfr. R. CANOSA: «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos» en J. GARCÍA ROCA y P.A. FERNÁNDEZ ÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 79-112.

sentado que las Constituciones no tienen un período de vigencia limitado (el viejo debate entre Jefferson y Madison sobre el papel de la reforma) mantener una interpretación literal y originalista es un absurdo, porque todo Derecho codificado se actualiza mediante reformas o en la jurisprudencia. Pese a ello, han sido recurrentes las protestas en algunos países tras ciertas sentencias polémicas que denuncian tener a *judge made Convention* y estar sometidos a un activismo judicial.

Me temo que no hay otra alternativa razonable. El legislador democrático no puede agotar en normas la creación de los derechos y menos aún un legislador internacional y convencional, lo impide la naturaleza del objeto. Los derechos fundamentales son un *case law* y se especifican en torno a concretos supuestos de hecho, mediante interpretaciones motivadas y fundadas en unos parámetros normativos predeterminados, pero sin hechos no hay normas sobre derechos. Las disposiciones convencionales son muy abiertas, aún más que las constitucionales, y sus exégesis son inevitablemente constructivas de normas. El sometimiento a la literalidad de las disposiciones no siempre puede ser intenso.

Estamos, por definición, ante una interpretación evolutiva: *nowadays present conditions* suele decir el TEDH. A menudo se reprocha en algunos votos particulares que tiendan a valorarse *future conditions*. Pero toda jurisdicción sobre derechos —y realmente toda jurisprudencia *tout court*— tiene una pretensión racional, garantista, iluminista y debe mirar hacia el futuro, como nos enseñó Gustavo Zagrebelsky al evidenciar que el juez constitucional es artífice del Derecho. Cuando se corta el patrón de un derecho no puede pensarse en un traje que pronto quede pequeño. Otro tanto acontece con el juzgador convencional. Las constituciones y el Convenio son productos ilustrados fiados a la razón y el progreso.

¿Qué ocurre entonces con la seguridad jurídica? Primero, conviene recordar que el Derecho Constitucional es inevitablemente un *diritto morbido*, es decir, dúctil, flexible y maleable, según ha argumentado Gustavo Zagrebelsky. Un derecho por principios y no sólo mediante reglas precisas. Ciertas dosis de imprevisibilidad es inevitable en el juicio sobre derechos. Pero esa «imprevisibilidad» no es tan intensa, pues se corrige con las técnicas del precedente, la cosa interpretada y el efecto de vinculación. Para un buen conocedor del *case-law* de Estrasburgo, de sus *leading cases* y líneas de jurisprudencia, y de sus forma de argumentar la mayor parte de sus pronunciamientos no pueden considerarse que resulten difíciles de adivinar. Un diálogo judicial cada vez más global es también un freno a entendimientos heterodoxos de los derechos por parte de un solo tribunal que se descuelguen de un trabajo en red, soluciones compartidas y plenamente susatorias. Pero hay excepciones y por eso el universo de los derechos es un debate abierto.

LUIS JIMENA QUESADA

Lo primero que conviene recordar, como premisa, es que el CEDH de 1950 (y los 16 Protocolos que lo han modificado para justamente adecuarse por natural vía normativa a la evolución de la sociedad) recoge cláusulas más o menos genéricas que, en su contenido, son superadas en detalle por la legislación nacional (estatal o autonómica). Por consiguiente, la virtualidad del CEDH deriva de ser un «instrumento vivo» (en expresión del propio TEDH) susceptible de atender a la consecución de la justicia y al respeto de la dignidad humana o, en otras palabras, un instrumento cuyas cláusulas deben verse

dotadas de efectividad o efecto útil, en principio a través de una actuación de las autoridades internas guiada por la buena fe y, si ello no fuera así, subsidiariamente a través de la supervisión que tiene encomendada en tal sentido el TEDH.

O sea, la adopción del CEDH (y sus Protocolos) como tal y su incorporación al ordenamiento interno quedaría en buena medida desprovista de verdadero alcance si se dejara su cumplimiento al albur exclusivo de las autoridades nacionales, sin el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH. Dicho lo cual, la tarea exegética del TEDH es consustancial a su propia existencia como instancia máxima de control del CEDH, viéndose guiada por las reglas al uso de la hermenéutica jurídica, las cuales aparecen previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (arts. 31 a 33) y van desde una interpretación más literal o gramatical hasta esa interpretación dinámica o evolutiva que se aleja más del texto convencional.

Con estos parámetros, en el caso de la interpretación del TEDH, es menester subrayar asimismo a modo de premisa que, como sucede con la jurisprudencia constitucional, es claramente fuente del Derecho, lo cual comporta varias consecuencias, a saber: a) se debe tener por superada, en el ámbito de los derechos humanos que nos ocupa, la clásica distinción entre monismo y dualismo al considerar la posición del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH; b) ha de quedar relativizada igualmente la tradicional aproximación civilista a la jurisprudencia como mero «complemento» del sistema de fuentes; y c) se ha de atemperar el discernimiento entre interpretación e integración y, por lo mismo, entre fase interpretativa y fase aplicativa de las cláusulas convencionales.

Desde esta perspectiva, la conocida como interpretación dinámica o evolutiva debe concebirse como una técnica hermenéutica más, si bien más distante del texto convencional y, por ende, generadora de una jurisprudencia que básicamente ha propiciado la protección «par ricochet» o indirecta de derechos no explícitamente consagrados en el CEDH por vía de «conexión» con derechos convencionales (salvando así el obstáculo de inadmisibilidad «*ratione materiae*»). Pues bien, esa jurisprudencia dinámica o evolutiva se ha desarrollado a partir de la idea de «prolongaciones» o «implicaciones» de orden socio-económico (desde la famosa STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979) de los derechos (básicamente, cívico-políticos) reconocidos en el CEDH, del derecho *conexo o relacional* a la igualdad y no discriminación (art. 14 CEDH) o de otros derechos como la tutela judicial efectiva (art. 6), la propiedad (extendida a las pensiones y prestaciones sociales sobre la base del art. 1 del Protocolo n.º 1), la protección de la integridad (art. 3 CEDH) o el derecho al respeto de la vida familiar y del domicilio (art. 8 CEDH).

Me interesa poner el acento en estos dos últimos preceptos convencionales (y, en especial, en el segundo), a través de los cuales se ha desarrollado una jurisprudencia dinámica y evolutiva nada desdeñable para propiciar el novedoso reconocimiento del derecho a la no expulsión que afecte a personas extranjeras (por efecto de la reagrupación familiar —ya desde la STEDH *Berrehab c. Países Bajos* de 21 de junio de 1988—) o del derecho al medio ambiente (frente a la contaminación, acústica y de otro tipo —meridianamente, desde la SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 o *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004, entre otras—).

Por mi parte, no puedo sino valorar positivamente esa jurisprudencia del TEDH que, tanto en el terreno de la reagrupación familiar de personas extranjeras en supuestos de expulsión como en el campo de la contaminación acústica, ha sido asumida correctamente por los órganos jurisdiccionales ordinarios (por ejemplo, del orden

contencioso-administrativo); ello ha provocado un efecto de «retroalimentación» normativa (en la legislación sobre extranjería o en las normas ambientales —estatales, autonómicas e incluso ordenanzas municipales—); todo lo cual, finalmente, no ha resultado nocivo para la seguridad jurídica. Si acaso, ha sido curiosamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que se ha apartado incomprensiblemente del canon europeo en ambas materias siendo inconsecuente con el mandato interpretativo del art. 10.2 CE (por ejemplo, la ya citada STC 236/2007 con respecto a la vida familiar, FJ 7; y, con relación a las molestias ambientales, la STC 150/2011, de 29 de septiembre —véase el voto particular formulado por Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren Eugeni Gay Montalvo y Elisa Pérez Vera).

Por último, estimo pertinente proceder a un nuevo ejercicio de autocritica. En particular, en la doctrina ha sido objeto de un balance positivo la jurisprudencia evolutiva o dinámica del TEDH en materia de derechos sociales, poniendo el acento en pronunciamientos como la STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008. Por el contrario, se ha criticado doctrinalmente el carácter timorato o circunspecto del TEDH a la hora de proteger, sobre la base del CEDH, derechos de las personas con discapacidad (STEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 o Decisión de inadmisibilidad *Farcaș c. Rumanía* de 30 de septiembre de 2010) o situaciones de pobreza y exclusión social (Decisiones de inadmisibilidad de 23 de abril de 2002 dictada en el caso *Lariosbina* o de 18 de junio de 2009 en el caso *Budina*, ambas contra Rusia). En mi opinión, semejante crítica doctrinal se revela tanto menos justificada cuanto que el CEDH no fue concebido como un tratado de derechos sociales ni el TEDH como una corte europea de derechos sociales, de manera que se incurre en una suerte de «obsesión convencional» mediante la cual se pide irrazonablemente al TEDH mucho más que una interpretación dinámica o evolutiva. Si no, repárese en la tentación que tenemos de, cada vez que organizamos un seminario o evento académico sobre derechos humanos, forzar la inclusión de una o varias ponencias sobre qué habría dicho la jurisprudencia del TEDH. ¿Y si el TEDH no hubiera dicho nada al respecto, sencillamente porque no fue creado para tal cometido y su «dinámica evolutiva» no le ha empujado a ello?

CARLOS RUIZ MIGUEL

Para contestar a esta cuestión debemos tener claro qué es «interpretación» del Derecho. Desgraciadamente, la tentación, ya descrita por Montesquieu, de que quien posee poder quiera abusar del mismo también existe entre quienes tienen asignado el poder de interpretar el Derecho. Este abuso de poder, evidentemente, no se presenta como tal, sino que se disfraza de ropajes «atractivos» u «honorables», llámense jurisprudencia «dinámica», «evolutiva» o «creativa». Más que nunca es necesario recordar que, como ha advertido Otto Pfersmann, la interpretación del Derecho no es la elección y eventual justificación entre opciones «deseables», sino la delimitación de las opciones «admisibles» dentro del texto de la norma. En el mundo del Derecho unos órganos están encargados de «crear» el Derecho y otros de «interpretarlo». La tarea de los tribunales en nuestro sistema jurídico no es la de «crear» Derecho, sino la de «interpretarlo». La interpretación en sentido estricto del Derecho, y de la Constitución, es una garantía de que no se invade la competencia para cambiarlo asignada a determinados órganos con una legitimación

democrática directa. En consecuencia, respetar los límites de la interpretación no sólo es una cuestión de seguridad jurídica, es también una cuestión de legitimidad política.

ROSARIO TUR AUSINA

La labor interpretativa de una jurisdicción de naturaleza materialmente constitucional como la del TEDH se inscribe en una relación entre entes que difiere significativamente de la clásica reciprocidad entre Estados y organizaciones internacionales, pues en este último caso, el objetivo es *fijar* en sus instrumentos normativos concretas obligaciones bilaterales. En efecto, la jurisdicción de Estrasburgo es una apuesta decidida por hacer del Convenio un instrumento *vivo y dinámico*, que pondera intereses en conflicto, y que intenta ajustarse permanentemente a las condiciones y circunstancias cotidianas de los Estados, alejándose así de las clásicas reglas de interpretación de los Tratados previstas en la propia Convención de Viena de 1969. En un compromiso que implica la construcción paulatina y constante de un acervo constitucional negociado y pactado a la luz, precisamente, de los principios estatales (*Gazzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1980, y *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989). Se trata, pues, de un pacto constitucional supranacional que no es la simple generación de una verdad europea distinta a las realidades nacionales y que se impone a las mismas, ni tampoco la mera suma aritmética de aquellas, sino un acervo constitucional *nuevo* construido entre todos los entes a partir de sus propias vivencias constitucionales. Pero en una realidad constitucional *compleja*, que no es homogénea y que no está habituada ni se halla inmersa en una cultura común del pacto político-constitucional, es fácil detectar el pluralismo, la disparidad, y las diversas vicisitudes de 47 Estados miembros. Ante ello, la interpretación evolutiva o dinámica es una realidad insoslayable, pues no es cuestión de acoger, de forma acumulativa, los cambios cronológicos o temporales, sino de encajarlos y ligarlos además a las experiencias constitucionales propias de cada Estado.

El Tribunal se inspira, precisamente, en las técnicas interpretativas propias de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y se muestra consciente, tanto de que los valores y principios constitucionales están en permanente evolución, como también de que esta organización debe ser efectiva y no limitarse a proteger derechos meramente teóricos ni platónicos. El principio *pro persona*, que le obliga a interpretar extensivamente los derechos y restrictivamente sus límites, es asimismo un importante incentivo al uso de dicha interpretación dinámica. Ello explica que se aleje del valor que la Convención de Viena da a los trabajos preparatorios y a los elementos que rodearon la elaboración del Tratado (García Roca, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *TRC*, 2012).

Pero el TEDH no olvida que debe un respeto y consideración a las voluntades estatales, por lo que la constatación de estándares nacionales más o menos consensuados o coincidentes es un elemento importante para el uso extensivo de dicha interpretación evolutiva (*Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002). Por ello no impone su criterio en abstracto o desde el estricto parámetro aislado del Consejo de Europa, como si esta organización se sobrepusiera sobre las Altas Partes contratantes. Y tampoco utiliza formas autoritarias, jerárquicas ni totalitarias, aunque a veces las resoluciones sean así transmitidas por los

propios medios de comunicación y por determinados operadores jurídicos y políticos. De hecho, ello iría en contra de la propia naturaleza de esta organización, que pretende la construcción de estándares *en armonía* con los mismos Estados, con una pedagogía que hemos reclamado en diversas ocasiones para nuestra jurisdicción constitucional, pero que aquí se multiplica porque *juega o interactúa* con nada menos que 47 sistemas constitucionales. Y ello aunque efectivamente tenga una posición de cierto *predominio* o *liderazgo* que parece que continuamente intenta ganar a los Estados —lo que conlleva también importantes dosis de *valentía* a las que, con *elegancia* y *prudencia*, no debería renunciar en determinados momentos—. Un *predominio* o cierta posición de ventaja que compensa, precisamente, con diversas técnicas argumentales (margen de apreciación nacional, proporcionalidad...) y ciertas previsiones institucionales (la presencia del juez nacional en las demandas contra su propio Estado, el excepcional doble recurso...). No hay otro modo de construir una verdad europea plural pero comprometida, sino a partir de las propias evoluciones estatales, para hacerla suya y extenderlas al resto en un permanente diálogo. Lo contrario sería obviar la propia naturaleza del Consejo de Europa.

Es cierto que se le achaca a la interpretación evolutiva la indefinición y la inseguridad, hasta convertir a la justicia en un operador que mueve el derecho a su antojo. Sin embargo, si bien es cierto que estos riesgos existen, como existe en la institución parlamentaria y en los gobiernos el peligro de la arbitrariedad política desmedida, no lo es menos que para ello deben darse importantes contrapesos que provienen, en efecto, de las diversas técnicas argumentativas que usa la jurisdicción de Estrasburgo. A ello se añade que la naturaleza de justicia constitucional del Tribunal Europeo le convierten en un intérprete singularmente autorizado para actualizar y dinamizar el Convenio en conexión con las tradiciones constitucionales, al modo en que los Tribunales Constitucionales son, en los ordenamientos internos, las instituciones especialmente idóneas para adaptar el texto constitucional a la realidad, para que sólo en casos insalvables se acuda a la reforma de las Constituciones.

Por otro lado, respecto a la posible vulneración de la seguridad a través del uso de la interpretación evolutiva, conviene desechar la idea de aquella es un principio, un valor o incluso un derecho fundamental. Nos encontramos en realidad con un bien constitucional/convencionalmente protegido, del que se derivan pretensiones para la ciudadanía en orden a la actuación de los poderes públicos, que no puede ser arbitraria sino *previsible*, y que ha de lograr con ello como resultado un *equilibrio* y una armoniosa relación entre el derecho, la justicia y la libertad, de tal modo que si el derecho no se impone no será posible pensar en seguridad, como tampoco lo será pensar en la libertad ni en la igualdad (Punset, «Seguridad, Libertad, Constitución», *Cuadernos de Alzate*, 2004). Por ello, seguridad jurídica y libertad, como a veces se pretende, no son términos antagónicos ni dialécticos, no teniendo sentido aquellos razonamientos que ponderan uno con el otro, pues en realidad se sitúan en planos ontológicos distintos.

La falta de seguridad no se produce, por lo tanto, por el mero uso de la interpretación evolutiva, sino por las débiles condiciones en que ésta tenga lugar, pues la inseguridad es en realidad la *ausencia de Estado*, entendido ello como una práctica que prescinde de las normas y de la argumentación jurídica, de los límites, y de la libertad y la igualdad misma. Por ello es este *sentido de Estado* de la jurisdicción de Estrasburgo, el presupuesto en realidad de un bien constitucional/convencional como es la seguridad, en cuanto es tarea del Tribunal contribuir a construir y hacer eficaz el ordenamiento convencional en diálogo constante con las Constituciones.

Es más, la idea de seguridad —mal entendida entonces— no debería nunca convertirse en una excusa para evitar interpretaciones evolutivas. Ello ocurrirá, en efecto, cuando quiebren los elementos democráticos de los Estados o falte una normatividad constitucional plena, pues en dichos casos la seguridad se convierte dentro de los Estados en un orden ideal, lo disidente representa un peligro para el orden y para las personas mismas, y en consecuencia el Tribunal de Estrasburgo podría replegarse impidiendo el avance deseado. Esto corrobora, precisamente, que el Consejo de Europa imponga como condición el carácter verdaderamente democrático de los Estados, lo que favorece y abre el camino a las interpretaciones evolutivas.

4. *¿Cómo valora el que la jurisprudencia del TEDH respete el llamado margen de apreciación nacional? ¿Y su compatibilidad con otros valores básicos del orden constitucional, como el de seguridad jurídica?*

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

El llamado margen de apreciación nacional, que va más allá de la clásica deferencia o *self restraint* que deben mantener los altos tribunales respecto de los poderes democráticos cuyos actos enjuician, parece inevitable en la actuación del TEDH, tanto por la gran cantidad y la heterogeneidad de los Estados que forman parte del Convenio de Roma, con tradiciones jurídicas, políticas y culturales muy diversas, como por el carácter internacional de este instrumento de protección de los derechos. El margen de apreciación nacional nació como doctrina jurisprudencial del TEDH (aunque no es exclusiva del Tribunal de Luxemburgo, pues se ha desarrollado también en el ámbito de otros tribunales internacionales, como el TJI, o supranacionales, como el TJUE), pero ha encontrado eco en el propio CEDH, cuyo Protocolo n.º 15, de 2013, firmado pero aún no ratificado por España, añade un párrafo al Preámbulo del Convenio, en el que vincula claramente el margen de apreciación nacional con el principio de subsidiariedad y, asimismo, lo sujeta al control del propio Tribunal. Creo que estas dos ideas son decisivas para enmarcar esta doctrina y, por tanto, fijar algún criterio para su aplicación, pues la inseguridad o la ausencia de límites claros constituye el gran problema que unánimemente se señala al respecto.

Por una parte, en efecto, la subsidiariedad remite a la idea esencial de que la protección de los derechos corresponde esencialmente a los Estados, y que el TEDH no puede sustituirlos. Son los Estados quienes deben asegurar primariamente —y principalmente puede decirse también— el respeto de los derechos, y son ellos también, en consecuencia, quienes deben apreciar las circunstancias que permiten, en aplicación del propio Convenio, establecer límites y excepciones. Por ello hay una larga tradición de aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional en relación a casos de limitación de derechos o de establecimiento de situaciones de excepción (ya desde *SSTEDH Lawless v. Irlanda*, 1961; *Handyside v. RU*, 1976; *Irlanda v. RU*, 1978, entre otras), en los que, en general, se reconoce que las autoridades estatales se encuentran en una mejor posición que un órgano judicial internacional para valorar las circunstancias, previstas genéricamente en el Convenio, que permiten adoptar medidas restrictivas de los derechos. Pero al mismo tiempo, la adopción de estas medidas se sitúa bajo el control del Tribunal, según los

principios de necesidad y proporcionalidad, llegando, si cabe, a negar, por aplicación de estos principios, que las mismas quepan dentro del margen de apreciación de las autoridades estatales (así, *SSTEDH Open Door v. Irlanda*, 1992; *Hirst-2 v. RU*, 2005, entre muchas otras).

Junto a esta línea de aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, que entronca fácilmente con la de la apreciación política y sus límites, propia también de otros tribunales, especialmente los constitucionales, con la que en gran medida comparte problemática, creo el margen de apreciación nacional expresa también, en otro tipo de casos, la enorme diversidad e incluso heterogeneidad jurídica, política y cultural de los Estados que forman parte del Consejo de Europa y la necesidad ineludible de respetarla desde este instrumento de protección de los derechos de naturaleza internacional. Cuando, por ejemplo, la Gran Sala del TEDH decide finalmente, aplicando la doctrina del margen de apreciación nacional, que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas (*Lautsi v. Italia*, 2011, Gran Sala) no supone una vulneración del art. 2 del Protocolo 1 (derecho a la instrucción conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres) en realidad está delimitando el contenido convencional del derecho a la instrucción según las convicciones religiosas que garantiza el Convenio y, por tanto, está fijando un determinado estándar mínimo de este derecho, que no alcanza a prohibir este símbolo religioso en las aulas públicas en Italia. El margen de apreciación nacional se ha usado aquí para definir o delimitar de algún modo el contenido del derecho, estableciendo un mínimo común a un determinado nivel. Y el motivo no es otro que el acomodo del derecho reconocido en el CEDH a la diversidad de culturas y tradiciones. Este símbolo, en Italia, dice el TEDH, no genera presión ni discriminación entre los estudiantes y no constituye una forma de adoctrinamiento (en cuyo caso sí vulneraría el Convenio) y, por tanto, su mantenimiento —o no— recae bajo el margen de apreciación nacional de Italia. El margen de apreciación se ha utilizado para establecer un determinado contenido y nivel de protección del derecho reconocido en el Convenio. En la determinación de este *contenido convencional* y de su correspondiente nivel de protección europeo ha pesado sin duda el hecho de que intervinieron otros 10 Estados junto a Italia, sosteniendo su posición, demostrando con ello que no había un consenso generalizado en torno a la cuestión, de modo que se pudiera definir el contenido del derecho a la instrucción según las propias convicciones filosóficas en unos términos que excluyeran la presencia de crucifijos (al menos, y no cualquier otro símbolo religioso) en las escuelas públicas. Ahí es donde, a partir de un notable *self restraint* por parte del Tribunal, adquiere un sentido nuevo la doctrina del margen de apreciación nacional, que va más allá de reconocer un espacio de discrecionalidad para valorar los motivos que justifican una determinada restricción de los derechos, para pasar a convertirse en elemento que contribuye a definir el contenido del derecho y su estándar de protección europeo.

Hay que poner de relieve, sin embargo, como han hecho todos los autores que se han ocupado de la cuestión, que el uso de esta doctrina genera problemas de inseguridad, pues no están nada claros los criterios utilizados para su aplicación. Se ha destacado que confluyen muchos factores y que en su aplicación el TEDH utiliza muchos ingredientes, lo cual sin duda es cierto, y ello, cuando se emplean sin mucha claridad y de forma no sistemática ni articulada, genera un déficit de predictibilidad que es altamente perturbador y criticable en cualquier actuación jurisdiccional. Aun así, probablemente, el mantenimiento de la doctrina del margen de apreciación nacional, con los problemas que

conlleva (y sin que ello signifique que el Tribunal no pueda perfilar mejor estos criterios y articularlos metodológicamente, cosa que sería altamente deseable) es el precio a pagar por mantener vivo un sistema de protección de derechos de naturaleza internacional sobre un territorio tan extenso y diverso como el europeo. No es nueva la tensión que aquí se manifiesta entre extensión e intensidad: en este caso, a mayor extensión de la protección de los derechos (tanto del ámbito de los derechos protegidos como del ámbito territorial de aplicación de la garantía), menor intensidad en su protección, o, al menos, intensidad selectiva (en relación con algunos derechos en especial, vinculados al núcleo duro de los mismos, tanto desde un punto de vista individual como colectivo, que pueden alcanzar un alto nivel de protección, mientras que en los demás este nivel se relaja).

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

Como es sabido, aunque es al Tribunal al que corresponde pronunciarse en última instancia sobre la compatibilidad de la restricción denunciada con los derechos garantizados por el Convenio, los Estados gozan de un notable margen de apreciación (no ilimitado). Esta doctrina jurisprudencial, que limita el alcance de sus facultades de revisión y enjuiciamiento, ha sido finalmente codificada en el art. 1 del Protocolo n.º 15 —aprobado en 2013, pero que aún no está en vigor porque cuatro Estados (España, entre ellos) no lo han ratificado— que prevé la inclusión en el preámbulo del Convenio de una mención expresa al «margen de apreciación nacional». Cuando ejerce este control, la misión del Tribunal no es sustituir o suplantar a los órganos internos competentes, que son los que están en mejores condiciones para analizar sobre el terreno todas las variables relevantes y evaluar los posibles riesgos, sino verificar bajo el ángulo del Convenio las decisiones que aquellos han adoptado. Se limita, por tanto, a comprobar si las autoridades del Estado demandado se han basado en una apreciación aceptable de los hechos y si los motivos invocados para justificar la injerencia son pertinentes y suficientes.

La apelación al margen de apreciación de los Estados es una válvula de escape que está plenamente justificada en el marco de una organización que aglutina a 47 Estados con tradiciones jurídicas y estándares de protección de los derechos humanos muy dispares. En la medida en que el control ejercido por el TEDH es, por definición, subsidiario, esa heterogeneidad le obliga a autocontenerse y optar por un control de mínimos. El Convenio no marca el techo de protección, sino el suelo, el común denominador: los ordenamientos nacionales pueden ir más allá y establecer un nivel de protección superior o reforzado. Por esa razón, el TEDH tiene que actuar con prudencia, asegurándose de que existe ya un consenso europeo suficiente a la hora de reconocer un nuevo contenido de determinado derecho. No puede asumir siempre el papel de un tribunal pionero que se coloca en la vanguardia, que va abriendo nuevos caminos. Tiene que cerciorarse antes de que pisa suelo firme. Con esa actitud de deferencia hacia el modo en que interpretan los tribunales nacionales los derechos del Convenio se evitan conflictos y polémicas que podrían afectar negativamente a la *auctoritas* del Tribunal.

El Tribunal ya perfiló esta doctrina en el famoso caso *Handyside c. Reino Unido* (1976). En un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, consideró que las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir. También se invocó

tempranamente para limitar la intensidad de la revisión en situaciones de emergencia o suspensión de garantías (art. 15 CEDH). Pero la aplicación de esta doctrina por el Tribunal es bastante errática e imprecisa, no se atiene a unas pautas claramente reconocibles. La casuística no deja entrever cuáles son los criterios que resultan determinantes a la hora de resolver el dilema entre convalidar la actuación del Estado demandado, con el argumento de que es necesario respetar su margen de apreciación, o revisar sus decisiones como supremo intérprete del Convenio. Se echa en falta una construcción dogmática más depurada de esta categoría, de esta regla de autocontención o «no decisión».

Uno tiene la impresión de que el Tribunal utiliza esta fórmula como excusa cuando quiere eludir una cuestión comprometida. Si uno analiza la jurisprudencia del TEDH advierte enseguida, por ejemplo, que el control que ejerce el Tribunal suele ser más deferente si la restricción se inscribe en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Se observa en este terreno una tendencia a respetar el margen de apreciación nacional, aunque no ha dudado en condenar los excesos.

Esa deferencia parece una opción sensata cuando se trata de asuntos delicados o sensibles en los que no existe consenso. A nadie se le oculta, por ejemplo, que en Europa existen diversos modelos de relaciones Iglesia-Estado (desde el confesional hasta el radicalmente laico). Y esa pluralidad es sin duda un dato relevante que hay que considerar. Pero ese respeto por la peculiar idiosincrasia nacional no siempre justifica de modo convincente la renuncia del Tribunal a establecer un estándar mínimo común. La Sentencia de la Gran Sala en el asunto *Lautsi c. Italia* (2011) es emblemática en ese sentido, porque invocó ese margen de discrecionalidad para no condenar a Italia por la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos.

Obviamente, la extensión de ese margen de apreciación varía en función del derecho involucrado. En el caso de la prohibición de la tortura y los malos tratos (art. 3 CEDH), se trata de una prohibición taxativa, absoluta, que no admite excepciones, que no puede ser derogada en ninguna circunstancia (art. 15 CEDH: ni siquiera cuando se declara un estado de guerra, emergencia o excepción). En línea con la establecida en los Tratados y convenios internacionales sobre la materia. El Tribunal ha llegado a sostener que «incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes» (*Chahal contra Reino Unido*, 1996).

Tampoco disponen los Estados de ese margen cuando está en juego el derecho a la protección jurídica de la vida, un derecho que admite muy pocas modulaciones. En principio, al menos, porque sí se ha acudido a este expediente en los asuntos relacionados con el suicidio asistido y la aspiración a una muerte digna o el aborto, cuestiones especialmente controvertidas. La criminalización del aborto se aborda directamente en el caso *A, B y C c. Irlanda* (2010). El Tribunal tenía la oportunidad de fijar el estándar europeo de protección de la vida humana en formación y, simétricamente, el derecho de la mujer embarazada a abortar. Pudo haber declarado contraria al Convenio la prohibición del aborto en Irlanda, por excesivamente rigurosa, es decir, por insuficiente protección de otros bienes como la salud de la mujer embarazada (no se admite el aborto en el supuesto de grave riesgo para la salud física o psíquica de la mujer), pero no lo hizo. A su juicio, el aborto no es un derecho de las mujeres embarazadas que deba prevalecer sobre la protección que se dispensa al feto (ni siquiera durante las primeras semanas de gestación). En el caso de las demandantes A y B, el Tribunal examina si la prohibición del aborto por

razones de salud o bienestar vulnera el derecho al respeto de la vida privada de las demandantes y llega a la conclusión de que la limitación persigue una finalidad legítima (la protección de «profundos valores morales» de la sociedad irlandesa en relación con la vida humana) y es necesaria en una sociedad democrática. La sentencia admite que en casi todos los países se regula el aborto de forma menos severa y se considera lícito el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer, pero no existe realmente ese consenso europeo sobre cuándo comienza la vida humana, y, en consecuencia, el margen de apreciación estatal es máximo. Una afirmación discutible, porque sí parece que hay un amplio consenso en este aspecto.

En principio, el deber constitucional de proteger la vida humana obliga al Estado a sancionar penalmente la inducción y la cooperación al suicidio en cualquiera de sus formas, pero en las últimas décadas se ha ido abriendo paso la idea de que en ciertos supuestos la penalización del suicidio asistido (cuando se presta auxilio a quien desea su propia muerte, pero no puede cumplir ese deseo sin la ayuda de terceros) no es la respuesta más adecuada. En la Sentencia dictada en el caso *Pretty c. Reino Unido* (2002), la demandante era una enferma terminal de ELA que quería elegir el momento y la forma de morir, con la ayuda de su marido. El Tribunal consideró que el artículo 2 del Convenio no confiere el derecho a morir. Sin zanjar la cuestión de modo definitivo (es prudente), viene a decir que hoy por hoy, el derecho a la vida no incluye la facultad de disponer de ella. Pero en la Sentencia de la Gran Sala en el asunto *Lambert y otros c. Francia* (2015), en respuesta a la demanda presentada por la familia de Vincent Lambert, un tetrapléjico a quien los médicos que le atendían habían suspendido el suministro de alimentación e hidratación artificial, una decisión avalada por el Conseil d'État, el Tribunal concluyó que la suspensión del tratamiento para no prolongar artificialmente la vida no entrañaba un incumplimiento de la obligación positiva de proteger la vida que incumbe al Estado. Tras constatar la falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en todo lo que concierne al final de la vida, la Gran Sala considera que se les ha de otorgar a éstos un cierto margen de apreciación. Dicho de otro modo, la competencia para verificar si la decisión de suspender el tratamiento era compatible o no con la legislación nacional y el Convenio recaía principalmente en las autoridades nacionales.

La cuestión de la eutanasia o el derecho a una muerte digna se ha planteado también desde la perspectiva del art. 8 del Convenio. En el caso *Haas c. Suiza* (2011), se discutió si en virtud de este derecho el Estado tenía el deber de asegurar que una persona enferma que deseara suicidarse pudiera conseguir una sustancia letal sin prescripción médica, con el objetivo de que pudiera suicidarse sin dolor y sin riesgo de fracaso. El demandante alegaba que su derecho a poner fin a sus días de manera segura y digna no fue respetado en Suiza debido a los requisitos exigidos para obtener la sustancia en cuestión (una receta médica, emitida sobre la base de un examen pericial psiquiátrico), que él no cumplía. El Tribunal no apreció ninguna violación del artículo 8. Y para justificar la existencia de un amplio margen de apreciación nacional en estos casos, apeló una vez más a la falta de consenso entre los Estados miembros en este punto, porque a pesar de que el suicidio asistido había sido despenalizado (al menos parcialmente) en algunos Estados, la mayoría de ellos parecían dar más peso a la protección del derecho a vida del individuo que a su derecho a poner fin a la misma. Sin embargo, en el asunto *Gross c. Suiza* (2013), un caso análogo al de Haas (una persona mayor que deseaba poder fin a su vida, aunque en este caso no sufría ninguna patología clínica concreta y no había podido obtener una dosis letal del

medicamento necesario para suicidarse), el Tribunal parece apartarse de esos precedentes, porque la mayoría de la Sala consideró que las autoridades suizas violaron el artículo 8 al negarle a la demandante su derecho a decidir con qué medios y en qué momento de su vida podría cometer el suicidio.

VÍCTOR FERRERES COMELLA

La doctrina del margen de apreciación nacional ha permitido al TEDH proyectar diversos grados de intensidad de escrutinio a las decisiones adoptadas por los Estados. El Tribunal establece diversos niveles de deferencia judicial en favor de las autoridades nacionales, en función de una serie de consideraciones. Hay que recordar que también los tribunales constitucionales modulan la intensidad del control cuando tienen que enjuiciar las normas y actos del poder público. Ahora bien, mientras que una de las claves para entender la deferencia judicial en el plano doméstico tiene que ver con la necesidad de mantener un espacio para la libre configuración del legislador democrático, el TEDH centra su atención en la existencia o no de suficiente consenso en torno a determinada cuestión en el ámbito del Consejo de Europa. Ciertamente, el TEDH no ha sido muy riguroso a la hora de aplicar esta doctrina. Es posible que la seguridad jurídica resulte, por ello, afectada. Pero me parece correcto que el control de Estrasburgo no tenga la misma intensidad en todos los casos, y se otorgue relevancia al grado de convergencia que aflora en el seno del Consejo de Europa en torno a determinada cuestión, o a la existencia de una tendencia que apunta claramente en una dirección de mayor protección de los derechos.

JAVIER GARCÍA ROCA

Una consecuencia de la naturaleza limitada de una protección internacional y de la subsidiariedad es la llamada doctrina del *margen de apreciación nacional*. Siguiendo esta herramienta, el Tribunal Europeo se autolimita y, en ciertas ocasiones, mantiene una diplomática deferencia con las decisiones de las autoridades nacionales respecto de algunos derechos, pero no en todos y desde luego no en los absolutos. Es así especialmente en conflictos culturales muy sensibles para las opiniones públicas de algunas sociedades nacionales v.gr. el crucifijo en las escuelas, el velo islámico en las cabezas, la ordenación de la llamada prostitución no forzada o del suicidio asistido o de la gestación subrogada y un largo etcétera de asuntos controvertidos donde no existe un consenso europeo.

Como ya he razonado en una monografía⁵, creo que la verdadera justificación de esta imprecisa herramienta está en el intenso pluralismo cultural de base territorial de los países europeos: de Lisboa a Vladivostok, de Noruega a las Islas Canarias. Un pluralismo que aconseja prudencia en algunas decisiones para no generar más problemas, siguiendo un

5 Cfr. J. GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010; y antes, en esta misma revista, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración» en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.

despotismo ilustrado en Estrasburgo, que los que pueden realmente resolverse, en vez de dejar la solución de asuntos delicados en manos de cada uno de los legisladores democráticos. Esta especial sensibilidad internacional reclama la autocontención del juzgador europeo ante algunos conflictos culturales donde no existe todavía un denominador común: *un common background* o consenso normativo europeo. Las sentencias europeas aportan cada vez más frecuentemente un serio estudio de Derecho comparado, revisándose las diversas regulaciones nacionales en Europa por parte del TEDH, que es el tribunal comparatista por excelencia en palabras de Giuseppe Vergottini. La introducción de la técnica comparada me parece imprescindible para estos fines y está ya muy consolidada.

Sin embargo, el margen es una imprecisa herramienta jurisprudencial que posee una acusada dependencia del contexto, caso a caso, lo que es, al tiempo, su principal virtud y mayor defecto. Una vuelta a la justicia del pretor que genera inseguridad jurídica, pues no hay un edicto que nos de pistas de la hoja de ruta. En mi monografía, sugería desagregar los ingredientes del margen y usar otras técnicas como puede ser no revisar normalmente —salvo manifiestas arbitrariedades— la prueba de los hechos, que deben ser practicada por los jueces nacionales ni la interpretación del Derecho interno. Pero con todo, el margen no es sino una mezcla de justicia y diplomacia en cada caso.

No en balde, rara vez el método comparado hace aflorar una única regulación en los Estados miembros en vez de revelar muy diversas soluciones. No es extraño pues que su uso resulte impredecible y haya sido muy discutido por bastantes expertos. Por más que creo que este criterio no pueda ser abandonado en el estadio actual de la integración europea. Es realista pensar que simplemente debe limitarse su uso y formalizarse el juicio todo lo posible.

Las cuestiones religiosas o morales suelen constituir un buen territorio para respetar un margen de discrecionalidad nacional según ilustra el *Caso Leyla Shalin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, sobre la controvertida prohibición del velo en la Universidad de Estambul. Igualmente el *asunto S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, donde una Gran Sala se pronuncia sobre la adecuación al Convenio de la Ley aprobada por el Parlamento francés a fin de prohibir la utilización de prendas que disimulen el rostro en cualquier espacio público. También los no menos polémicos *Casos Lautsi I y II*, de 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011, respecto del empleo del crucifijo en las escuelas públicas en Italia, donde una Gran Sala cambió radicalmente de criterio respecto de la Sala tras una fuerte campaña de presión internacional de países y asociaciones religiosas. Reviste especial interés el *Asunto Lambert y otros contra Francia*, de 6 de junio de 2015, donde se estimó que no hay un consenso entre los Estados miembros en relación con la retirada de tratamientos o soporte vital de personas que se encuentran en fase terminal o en estado vegetativo, por lo que se reconoció que el margen de apreciación nacional debe ser muy amplio. También *Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 24 de enero de 2017, donde se admite que la falta de consenso europeo sobre la gestación subrogada propicia un amplio margen de apreciación nacional. Así p.ej. los Grupos parlamentarios españoles no se muestran en nuestros días de acuerdo sobre cómo regular este tema al adelantarse la presentación de una proposición de ley de un Grupo parlamentario.

Ahora bien, si dejamos a un lado estos casos en asuntos muy polémicos y sensibles, he tenido la impresión durante muchos años de que el TEDH acudía menos a la técnica del margen como verdadera *ratio decidendi*. Es verdad que, muy a menudo, el Tribunal dice en su fundamentación reconocer un amplio margen de apreciación nacional, y esto

induce a confusión, pero es a veces un mero *obiter dicta*, pues tiende luego a hacer justamente lo contrario y resolver el asunto desde sus propios criterios no siempre coincidentes con los nacionales. Pese a que esta forma de proceder no esté exenta de contradicciones y pueda resultar paradójica, responde a una aproximación pragmática y algo elusiva muy típica del Tribunal Europeo, poco amigo de soluciones abstractas.

Un dilema clásico —sin fácil respuesta— es cuándo conviene integrar, armonizar u homogeneizar los derechos y sus garantías y cuándo debe respetarse un pluralismo y la soberanía nacional. En otras palabras, cuándo conviene respetar dicho margen de apreciación o, por el contrario, debe acometerse lo que he llamado una *integración funcional* entre los europeos siguiendo el concepto constitucional de integración de Rudolf Smend: la lenta construcción de una cultura común. El *Caso Tyrer contra el Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, ilustra bien cómo la tradicional práctica de los castigos corporales en las escuelas, a ojos de la mayoría de los británicos entonces plenamente aceptable, no podía ser tolerada por el resto de las sociedades europeas donde repugnaba por violenta, y, en consecuencia, se impuso la unificación de un estándar: vetar los castigos corporales.

De un lado, el CEDH no es una declaración federal de derechos que conviva con las declaraciones de los Estados federados. Los europeos tenemos un sistema de garantías multiniveles, y el Convenio no fue diseñado como una codificación federal. Pero la cuestión es más compleja. Pues, por otro lado, el objetivo del sistema, según el preámbulo del CEDH y el Estatuto del Consejo de Europa, es realizar «una unión más estrecha» de los europeos, es decir, alcanzar una concepción de los derechos sustancialmente igual o equivalente. Esta contradicción no tiene una fácil síntesis; es ilógico creer que toda tesis y antítesis concluye en una síntesis.

Desde esta segunda perspectiva, el Convenio es un límite estructural y externo a la soberanía de los Estados. Autores como Neil Walker han hablado en el contexto de la Unión de una «soberanía en transición». También en el Consejo de Europa. Ya no pueden verse como problemas internos las matanzas en el Kurdistan en Turquía, la expulsión masiva de georgianos en Rusia, o no investigar suficientemente los malos tratos a los terroristas de ETA, cuestión por la que nos han condenado varias veces. Esta complementariedad entre controles internos y externos me parece un gran avance. Desde antaño, la filosofía se ha preguntado si el observador imparcial ve mejor el conflicto desde dentro o desde fuera, pues bien el sistema multinivel de garantías que tenemos nos permite aunar los mejores frutos de ambos enjuiciamientos: uno cercano a los hechos y otro más distante e independiente. No hace falta elegir...

Tras las conferencias de Interlaken (2010), Izmir (2011) y Brighton (2012), el Protocolo 15 de 2013 propuso introducir una mención a la subsidiariedad y al margen de apreciación nacional en el preámbulo del Convenio, reconociendo que la primera responsabilidad en la garantía de los derechos corresponde a los Estados. La última afirmación es muy cierta. Pero el Protocolo no indica ni qué es el margen ni cuándo debe aplicarse ni en qué círculo de derechos ni con qué criterios ni cómo debe limitarse el supuesto activismo del Tribunal Europeo. De producirse su entrada en vigor, —tienen que ratificarlo todos los Estados y aún no lo han hecho—, no creo contribuya a clarificar mucho el estado de la cuestión. Estimo que la propuesta es más un símbolo o una concesión al nacionalismo de algunos Estados, y un recordatorio a un Tribunal internacional de sus limitaciones, que una verdadera aportación al debate jurídico y a la mejora del funcionamiento de la jurisdicción. También la Declaración de Copenhague de 13 de abril de

2018 ha reclamado la ratificación del Protocolo 15, y ha insistido en la subsidiariedad, así como advertido de la responsabilidad de los Estados en una efectiva implementación del Convenio como primeros garantes del mismo, proponiendo una serie de medidas, entre ellas, que se involucren en la ejecución de las sentencias.

La verdad es que, desde Brighton, podría está apareciendo —así lo señalan diversos profesores de otros países— una nueva aproximación más respetuosa del margen de apreciación y un nuevo método de resolución. Algunos autores hablan del criterio de la razonabilidad del procedimiento (*procedural rationality review*) y afirman que podría estar incorporándose a la jurisprudencia. Pero no advierto todavía que así sea de forma expresa, clara y continuada en un buen número de sentencias.

Siguiendo este nuevo parámetro, bastaría con que el TEDH evalué el proceso con el que se ha tomado una determinada decisión polémica a nivel nacional, para cerciorarse de que se han ponderado razonablemente por las autoridades nacionales los intereses contrapuestos en juego. En otras palabras, el Estado demandado debe aportar suficientes indicaciones sobre las razones en que su decisión se funda y, si el procedimiento decisorio ha sido razonable y con cautelas, la supervisión del Tribunal de Estrasburgo podría detenerse. El juicio europeo revierte entonces en una revisión procedimental sobre la *calidad de la decisión*, respetando las identidades y tradiciones constitucionales nacionales. La construcción es sensata.

Pero sinceramente creo que es pronto todavía para saber, primero, si este criterio se va a asumir en la realidad de forma estructural por el TEDH o se trata de una mera propuesta doctrinal y de una lectura de la jurisprudencia no sé si sesgada, y, segundo, si la pauta de la racionalidad del procedimiento de toma de decisiones va a cambiar algo el estado de las cosas o, por el contrario, tiene bastante de ampulosa retórica anglosajona con base más filosófica que de construcción jurídica. Suena mucho a las conocidas ideas de John Ely sobre una aproximación procedimental a la teoría de la *judicial review* antes que sustantiva. Pero siempre he pensado —con realismo— que los jueces constitucionales y convencionales inevitablemente infieren juicios morales en sus ponderaciones y les pagan por eso. Probablemente, este estándar formal, bastante lógico, puede usarse al revisar el margen de apreciación nacional, pero no creo permita desechar otros ingredientes del mismo ni monopolizar el juicio de supervisión europeo. Lamento no tener todavía ideas más claras al respecto.

LUIS JIMENA QUESADA

El llamado «margen de apreciación nacional» constituye una línea de acción del TEDH desde sus inicios, como lógica expresión de la subsidiariedad con la que fue concebido con respecto a los órganos jurisdiccionales nacionales y al papel primordial de éstos en la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito interno. Cabalmente, el propósito del CEDH no consistía en armonizar minuciosamente los órdenes constitucionales de las Partes Contratantes, sino en compartir unos estándares básicos que propiciaran el asentamiento de los pilares básicos del Consejo de Europa (el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos). Obviamente, en cuestiones controvertidas que no son objeto de consenso europeo (o de una «tradición constitucional común», según la expresión utilizada en el ámbito más reducido de la UE -art. 6.3 TUE) y, en consecuencia, es difícil forjar una

«*opinio iuris communis*», el TEDH ha sido objeto de críticas desde lados opuestos, ora como artífice de un ataque al orden constitucional de un país (por ejemplo, en materia de aborto: véase STEDH *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda* de 29 de octubre de 1992), ora como condescendiente con dicho orden (verbigracia, en relación con el crucifijo en las aulas: STEDH *Lautsi c. Italia* de 18 de marzo de 2011).

Ciertamente, y al margen de otras cuestiones espinosas (entre otras, maternidad subrogada —STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 24 de enero de 2017—), los Estados miembros tienen asumido que algunas sentencias del TEDH han proyectado un impacto constitucional apreciable (piénsese en el reproche al monopolio público radiotelevisivo a través de la STEDH *Informationsverein Lentia y otros c. Austria* de 24 de noviembre de 1993, o en la modulación del sistema de democracia mediante la STEDH *Vogt c. Alemania* de 26 de septiembre de 1995). Dicho lo cual, podría argüirse que el margen de apreciación nacional es, salvando las distancias, el correlato de la interpretación evolutiva. Si en la interpretación evolutiva se pone el acento en el desarrollo del reconocimiento de los derechos, en el margen de apreciación adquieren prioridad las cláusulas limitativas previstas por el propio CEDH.

No obstante, esa asunción del rol de «jurisdicción constitucional europea» que juega en ocasiones el TEDH (lo mismo que sucede con el TJUE) y que ha generado cierta tensión en el diálogo entre ambas Cortes Europeas y los Tribunales Constitucionales nacionales (los cuales han fraguado teorías como la de los «contra-límites» —especialmente las jurisdicciones constitucionales italiana y alemana—, o nociones como las de «reserva constitucional» o «identidad constitucional» —por ejemplo, el Consejo Constitucional francés—), ha hecho aflorar asimismo ciertos recelos políticos en los Estados miembros.

Buena prueba de esto último viene suministrada por la adopción en 2013 del Protocolo n.º 15 (firmado por España el 24 de junio de 2013, pero todavía no ratificado a fecha 20 de marzo de 2018), el cual vino a reformar el CEDH para introducir en su Preámbulo una referencia explícita al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación que venía propugnada en la Declaración de Brighton (suscrita tras la conferencia celebrada en dicha ciudad los días 19-20 de abril de 2012 y que dio seguimiento a las previas Conferencias de Interlaken de 18-19 de febrero de 2010 y de Izmir de 26-27 de abril de 2011). En otros términos, en la agenda política de los Estados miembros ha estado presente en los últimos años su preocupación por delimitar los perfiles jurisdiccionales del TEDH para (según el informe explicativo del Protocolo n.º 15) «reforzar la transparencia y la accesibilidad de esas características del Convenio y guardar coherencia con la doctrina del margen de apreciación tal como ha sido desarrollada por el Tribunal en su jurisprudencia».

Se percibe, en esas referencias a la transparencia y la accesibilidad, una inquietud en los Estados miembros del Consejo de Europa, precisamente por salvaguardar el principio constitucional de la seguridad jurídica, de saber a qué atenerse ante el ejercicio de su jurisdicción por el TEDH. De hecho, ese valor constitucional de la seguridad jurídica, en tanto que exponente esencial del Estado de Derecho, es al tiempo valor europeo presente en el CEDH. Por tal razón, al ponderar el alcance de las restricciones, formalidades o limitaciones previstas por el CEDH, el TEDH ha acudido en su tarea hermenéutica (para legitimarlas o no) a la noción conexas de «margen de apreciación nacional». Así, ese margen lo ha hallado justificado en preceptos constitucionales (STEDH *Gitonas y otros c. Grecia* de 1 de

julio de 1997), en normas no escritas (de *common law* en la STEDH *Sunday Times c. Reino Unido* de 26 de abril de 1979, o de derecho consuetudinario *stricto sensu* —costumbre andorrana— en la STEDH *Drozdz y Janousek c. Francia y España* de 26 de junio de 1992), en códigos deontológicos (STEDH *Barthold c. Alemania* de 25 de marzo de 1985), o incluso en otras disposiciones internacionales (STEDH *Groppera Radio y otros c. Suiza* de 28 de marzo de 1990). En contrapartida, cuando ha comprobado insuficiencia o falta de previsibilidad en la legislación interna, ha declarado la violación del CEDH (es conocida la jurisprudencia europea sobre la legislación de enjuiciamiento criminal y las escuchas telefónicas desde la STEDH *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998 u otras posteriores como la STEDH *Prado Bugallo c. España* de 18 de febrero de 2003).

De todos modos, para completar la respuesta, cabe agregar que la completa certeza con relación a la jurisprudencia del TEDH resulta una quimera si se pretende predecir absolutamente el alcance de su labor hermenéutica, por lo que ni siquiera la entrada en vigor del Protocolo n.º 15 evitará que se sigan produciendo recelos políticos por las Partes Contratantes o dificultades en el diálogo con los Tribunales Constitucionales. En análogo sentido, el «self-restraint» manifestado por el TEDH en su «doctrina Bosphorus» (consistente en la presunción «*iuris tantum*» de conformidad del Derecho de la UE con respecto al CEDH —*vid.* STEDH *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005) no conjura totalmente el riesgo de «dos verdades europeas» con contenciosos paralelos (y posibles soluciones divergentes) en las Cortes de Estrasburgo y de Luxemburgo. De ahí la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH (prevista en el Protocolo n.º 14 e impuesta por el Tratado de Lisboa de 2007) pero, pese a todo, repárese en la difícil articulación de las dos instancias europeas y los recelos que se perciben en el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 (y en el precedente Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996).

CARLOS RUIZ MIGUEL

La construcción del llamado «margen nacional de apreciación» se hizo en los primeros momentos de la jurisprudencia del TEDH, ya al menos desde la sentencia «*De Wilde, Ooms and Versyp*» de 1971. En un inicio fue una construcción que pretendía evitar que el TEDH se excediera en sus funciones. Se trataba de una técnica que pretendía formalizar la «deferencia» mostrada hacia el Derecho nacional y los poderes del Estado miembro. Sin embargo, esa técnica que tenía unos perfiles bien diseñados en los primeros años de funcionamiento del TEDH se ha convertido en una cáscara vacía o, lo que es peor, en un recurso arbitrario. En efecto, la evolución de la jurisprudencia del TEDH muestra que ya pocos años después de formular esta doctrina el propio Tribunal la ignoró en su sustancia, por más que retóricamente la invocara. De acuerdo con la doctrina del «margen nacional de apreciación», cuanto menos uniforme fuera en Europa la comprensión del fin legítimo perseguido mayor sería el poder de apreciación de las autoridades del Estado y menor el nivel de control europeo pues no podría imponerse por el tribunal europeo una forma de entender ese fin si previamente no existiese una noción europea del mismo. El propio Tribunal consideró que la invocación de la «moral» como límite de algunos derechos se englobaba en ese tipo de fines. Y, sin embargo, muy pocos años después de formulada la doctrina del «margen nacional de apreciación» el TEDH pronunció varias

sentencias que afectaban a la «moral» (por ejemplo, en relación con la homosexualidad y la transexualidad) donde a pesar de ser notorio que no existía una noción europea común de ese fin el Tribunal desestimó que correspondiera a las autoridades nacionales la consideración del alcance que ese fin tuviera para determinar el límite de algunos derechos reconocidos en el Convenio. Si esto ocurrió ya en sentencias de la década siguiente (los ochenta) a la formulación de esa doctrina, no es difícil ver que eso mismo (con muy escasas excepciones) ha seguido ocurriendo en las décadas siguientes. La conclusión, a mi juicio, es que en este momento no hay una previsibilidad suficiente acerca de cuándo el TEDH además de invocar el «margen nacional de apreciación» realmente va a mostrar deferencia ante los tribunales nacionales.

Parece evidente que el uso que hace el TEDH de la doctrina que él mismo construyó no resulta satisfactorio para los Estados parte del Convenio. De ahí que el Protocolo número 15 (firmado el 24 de junio de 2013, pero aún no en vigor) haya propuesto añadir un considerando al final del Preámbulo del CEDH para positivizar el «margen nacional de apreciación» como consecuencia del «principio de subsidiariedad»⁶. Sin embargo, no parece claro que esta mera inclusión en el Preámbulo del CEDH pueda ser un freno eficaz para el activismo del TEDH.

ROSARIO TUR AUSINA

Como es conocido, la doctrina del margen de apreciación nacional es un criterio hermenéutico clásico por el que los Tribunales supranacionales muestran su deferencia hacia los Estados y les dejan a estos su propio espacio en la compleja construcción de un acervo constitucional común. Aunque esta doctrina nace a partir del art. 15 del Convenio, relativa al derecho de derogación en caso de urgencia y que permite la suspensión de derechos en razón de un peligro público, ha ido perfilándose hasta conectarse con el principio de subsidiariedad y convertirse —en ello se está todavía— en un importante instrumento para el diálogo.

Pero la doctrina del margen de apreciación no se entiende sin el principio de subsidiariedad, que no supone sin más que sean los niveles inferiores —los Estados— quienes configuren los derechos del convenio. En realidad, desde el pluralismo, se trata más bien de construir la Europa de los Derechos en un continuo proceso de interacción con las instancias supranacionales, pues los garantes *naturales* son los Estados mismos, en una búsqueda de una tutela *real y efectiva* —y no meramente ilusoria— de los derechos para la que se necesita que la ciudadanía y las instituciones mismas comprendan, asuman e *interioricen* ese sistema *compartido* de libertad e igualdad. Porque la *imposición* —o la simple percepción de la misma— de ciertas decisiones por instancias superiores sin comprenderse bien el sistema que se comparte, acaba haciendo volar por los aires su funcionamiento armónico y eficaz, como se observa después en incumplimientos claros y rotundos a veces, torticeros, desviados, parciales, o forzados, en otros.

⁶ «Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention».

De este modo, la doctrina del margen de apreciación ha querido convertirse en una especie de oportunidad para los Estados de *opinar* sobre su mismo sistema —inserto en una realidad compleja—, con *su propia* percepción —que por naturaleza les legitima—, y siendo *participes directos* y no solo meros receptores. Sujetos *activos* y no pasivos para apreciar e interpretar su propia legalidad, contribuyendo a concretar el propio Convenio de Roma con el estándar nacional a partir de los espacios que deja Estrasburgo. No se pierde, así, la parte de *liderazgo último*, que no monopolio, que corresponde a cada Estado.

Ahora bien, aunque son muchos los elementos positivos de esta doctrina, sobre la misma también ponemos el énfasis en tres grandes aspectos problemáticos.

En primer lugar, el hecho de que la doctrina del margen de apreciación se entrecruza con la *excepcionalidad constitucional*, que podría llevar a las autoridades nacionales a legitimar diversas acciones para proteger el sistema democrático y, con ello, suspender/restringir derechos, pues son aquellas, en uso de su soberanía, las especialmente idóneas para valorar las situaciones que amenazan la estabilidad del país (*Lawless c. Irlanda*, de 15 de noviembre de 1960; *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976). No parece, sin embargo, que sea esta la línea por la que ha acabado transitando el uso del margen de apreciación, en una legitimación sin más de la excepcionalidad constitucional convertida en lo común, pues ello querría decir que el Tribunal se sitúa en un plano ajeno al que es su misión, la convivencia pacífica a partir de su contribución a un sistema democrático de convivencia. Afortunadamente, la doctrina del margen de apreciación ha ido perfilándose hacia parámetros más garantistas, pues su uso tiene lugar cuando existe una notable divergencia en aspectos sensibles. Y es que esta doctrina no debe ser vista ni puede convertirse nunca en una dejación de funciones, pues es un instrumento colaborativo que no sólo sirve para los casos en que no existe un consenso interestatal (aunque suele utilizarse este argumento como central en la justificación del margen de apreciación), sino precisamente para construirlo y avanzar en las garantías de los derechos *junto con* los Estados. Porque, como advierte Barbosa, el margen funciona correctamente solo a partir de una condición: que los Estados ofrezcan suficientes garantías sobre el respeto escrupuloso del Estado de Derecho y de los parámetros democráticos (Barbosa, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*, 2012). En caso contrario, si falla la democracia estatal, es cuando el TEDH no puede permanecer impasible ya que, entonces sí, estaría dejando de servir a los fines previstos en el Convenio de Roma.

En segundo lugar, un hándicap adicional lo constituye el hecho de que la doctrina del margen de apreciación es, por definición *oscilante*, pues se construye a partir del casuismo característico de cualquier jurisdicción constitucional de la libertad, la cual combina la dimensión subjetiva —la atención a los específicos casos que se le plantean—, con la dimensión objetiva —el enjuiciamiento en abstracto o de fondo de todo un sistema político o partes del mismo, con el fuerte grado de politización que ello puede conllevar—. Sin embargo, esto no debe constituir un problema, pues solo impone un mayor esfuerzo por incrementar la carga argumentativa de sus resoluciones, y acciones que refuercen el conocimiento y formación en el constitucionalismo multinivel, así como el diálogo entre instancias.

Pero en tercer lugar, a nuestro juicio un auténtico reto representa el tercero de los problemas, que se produce cuando el margen de apreciación es entendido como estándar *máximo*, y no *mínimo* (Rodríguez, «La mayor protección interna de los derechos de la

Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional», *RDP*, 2015). Es decir, el margen de apreciación nacional en un litigio que afecta a un concreto Estado, no debería suponer, sin más, que ese estándar es aplicable al resto de Estados, pues es posible que estos tengan al respecto, o bien un estándar constitucional diverso —llegando a las mismas conclusiones pero por distintos motivos—, o incluso más elevado. Pero es que, además, ello es así precisamente en virtud del principio de subsidiariedad que informa la propia doctrina del margen de apreciación, y que determina el respeto debido a las instancias nacionales para continuar configurando (y *elevando*) su propio estándar constitucional, en diálogo, eso sí, con las instancias supranacionales, dado que el marco constitucional multinivel es un proyecto compartido, en red, que exige el respeto al principio de lealtad constitucional.

Sin ánimo de hacer ahora una recopilación exhaustiva, baste con citar los casos *Lautsi c. Italia*, sobre presencia de simbología religiosa en las aulas (Sentencias de 18 de marzo de 2011 —Gran Sala—, y 3 de noviembre de 2009 —Sala—), o diversos litigios relativos a la disolución e ilegalización de partidos políticos, que es admitida por la doctrina de Estrasburgo, no solo por las actividades antidemocráticas, sino también por los fines o las ideologías políticas también contrarias a la democracia, siempre que exista una necesidad imperiosa para ello (*Refab Partisi c. Turquía*, de 31 de julio de 2001 —Sala—, y 10 de febrero de 2003 —Gran Sala—; *Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía*, de 9 de abril de 2002, entre otras). Casos que evidencian que la doctrina de Estrasburgo no necesariamente ha de ser aplicable de modo automático por nuestros tribunales, pues el estándar español es a nuestro juicio en estos casos más alto por sustentarse en un acervo constitucional diverso a los sistemas políticos enjuiciados por Estrasburgo.

De hecho, en estos supuestos y con esta dinámica se corre el riesgo de generar un cierto *involucionismo europeo*, pues se daría la paradoja de que con la aplicación automática por las instancias nacionales del estándar configurado por Estrasburgo y que ha sido interpretado como *máximo*, se llegara a una reducción inconcebible de la tutela constitucional estatal. Se perdería así la posibilidad de ir construyendo estándares estatales más altos, paulatinamente compartidos, y que luego acaben siendo acogidos por las decisiones de Estrasburgo para hacerlas finalmente extensibles a todos los Estados cuando existiera un consenso aceptable.

El constitucionalismo multinivel no representa la construcción por las instancias nacionales de su propio canon interpretativo al margen de su propia realidad constitucional y con la aceptación automática de las resoluciones de Estrasburgo en otros casos, sino dialogando precisamente para señalar los Tribunales en sus resoluciones por qué no resulta aplicable su doctrina. Y es que precisamente de dicho *auténtico diálogo* debería nacer una ulterior respuesta de la instancia supranacional; porque dialogar no es, en efecto, aceptar sumisamente lo que dice el otro ni tampoco obviarlo, sino hacer suyo el planteamiento del otro para, mediante una nueva argumentación, construir una verdad compartida. Son los Estados, en el ejercicio de la más plena convivencia democrática, quienes han de construir su propio canon interpretativo elevando incluso, en la medida de su *tradición*, los propios estándares de Estrasburgo. Porque el hecho de que una instancia supranacional *deje hacer*, no implica asumir futuras lesiones de derechos contrarias al propio estándar constitucional, lo cual tendría tintes paternalistas e iría en contra, precisamente, de la madurez que la organización supranacional exige al Estado. Se necesita cultura multinivel y comprensión, precisamente, del encaje que supone la jurisdicción de

Estrasburgo en los sistemas nacionales. Ahora bien, esto tampoco significará que el Tribunal Europeo pueda verse arrastrado por las inercias de los Estados y muestre una cierta debilidad ante ciertas presiones. La sensibilidad de ciertos temas nacionales o, precisamente, una falta de diálogo, puede llevar a que la instancia supranacional claudique de posicionamientos garantistas cuando se le sitúa en una zona difusa en la que entran en conflicto intereses estatales y ciertos posicionamientos garantistas derivados del Convenio. Es sólo en este caso, precisamente, cuando estaría en riesgo de quiebra la seguridad jurídica, a la que ya nos hemos referido.

Y es que en la dinámica multinivel conviene no pecar de ingenuidad, para asumir que el fin *natural* de los poderes que operan —y por ende del derecho—, no es la justicia social sino el control y el juego por el poder mismo, a través de relaciones de dominio que se sitúan en la base misma de las normas jurídicas. Pero porque se trata, precisamente, de *racionalizar la violencia humana*, se necesita que el TEDH siga contribuyendo de forma serena y atenta a alimentar el pacto de convivencia europeo. En resumidas cuentas, los fines humanos —la libertad, la igualdad, los derechos, la dominación, los privilegios, ...—, son una consecuencia y no la causa ni la razón de la fundamentación racional supranacional. Y esto significa que la identidad constitucional, globalizada ya de forma irremediable, habrá que buscarla, pues difícilmente vendrá sola.

5. *¿Cuál es su opinión sobre las recomendaciones del TEDH a los Estados? ¿Y sobre las sentencias piloto?*

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

La introducción a partir de 2004 de las sentencias piloto (o, más bien, de los procesos piloto, en la medida que pueden abarcar en realidad diversas actuaciones del TEDH, que incluyen también el control, junto con el Comité de Ministros, de las medidas generales adoptadas por el Estado demandado e incluso las reclamaciones individuales presentadas de nuevo ante el TEDH por considerar que tales medidas son insuficientes y se siguen vulnerando los derechos reconocidos en el CEDH, como ya se puso de manifiesto en el caso *Broniowski v. Polonia* que inició este tipo de actuaciones) marcan sin duda un hito importante en la evolución del TEDH como instrumento de protección de los derechos en el ámbito europeo y suponen un salto cualitativo en su función, no exento sin embargo de algunos problemas.

Por una parte, se reconoce en general que la técnica de los procesos piloto se justifica por la ingente carga de trabajo del TEDH, que lo desborda (63.350 demandas en 2017). Ello conduce necesariamente no solo a acumular casos semejantes, sino también a seleccionar, en función de la entidad del derecho vulnerado y de su trascendencia (del derecho, de la vulneración y de su significado respecto de la propia Convención) y también de lo que podríamos llamar la carga potencial de conflictividad de los asuntos planteados, eso es, las nuevas demandas que potencialmente podrían originarse en el futuro si no se resuelve la fuente de la vulneración. Sobre este último extremo no hay que olvidar que en el caso *Broniowski* había 176 casos pendientes ante el Tribunal, pero sobre todo unos 80.000 casos potenciales por el mismo motivo. Pero no se trata de una motivación sólo práctica la que

mueve esta línea de actuación del TEDH (y que, a otra escala, es posible apreciar también en otros altos tribunales, como el TC español, cuya LO se reformó para que pudiera seleccionar los recursos de amparo por su transcendencia constitucional). En esta evolución puede apreciarse también una mayor implicación del Tribunal en la efectividad de sus sentencias y en la protección efectiva de los derechos del Convenio en todo su territorio de aplicación, enormemente ampliado, contribuyendo a crear un orden público europeo basado en el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas. La conjunción de ambos factores genera una tendencia hacia la transformación del papel del TEDH en la protección de los derechos del Convenio, pasando de la clásica protección individual y concreta para la que fue concebido a una protección de carácter más objetivo, centrada en evitar las vulneraciones de derechos en origen, en su propia fuente. Este tipo de actuación, que no está prevista en el Convenio pero que los Estados han aceptado implícitamente, hace que el papel del TEDH se asemeje al de los tribunales constitucionales, que pueden controlar las fuentes de vulneración de los derechos, especialmente si provienen de la ley, y no solo establecer su reparación, aunque lo hagan de un modo distinto a cómo lo hacen los tribunales constitucionales. Ello sin duda redundará en una protección más eficaz del régimen de derechos en Europa y contribuye, como decía, a crear y fortalecer un orden público europeo basado en los derechos fundamentales.

Pero por otra parte, el hecho de que cuando se inicia un proceso piloto se suspenda la tramitación de las demandas semejantes ya presentadas ante el TEDH, e incluso que la que se ha tomado como referencia piloto se demore hasta que el Estado demandado adopte las medidas generales que corrijan los defectos de su ordenamiento que han provocado la vulneración (los problemas estructurales o sistémicos, en expresión del TEDH), supone rebajar, al menos inicialmente, la protección concreta e individual de las personas que plantearon sus demandas ante el TEDH, que no solo quedan diluidas en unas medidas generales, sino que ven cómo se retrasa la resolución de sus asuntos e incluso pueden verse obligados a litigar de nuevo (ante las instancias nacionales o ante el propio TEDH) para el caso de que las medidas generales adoptadas por el Estado no les satisfagan. Esto, no obstante, no es nada nuevo, pues es un conflicto, o al menos una tensión que se produce siempre cuando a través de un mismo instrumento debe dispensarse una protección subjetiva o individual y, a la vez, una protección objetiva o general. Y normalmente, el acento acaba cargándose hacia la protección objetiva.

Esta cuestión, en el caso del TEDH, se mezcla además con otro debate, de carácter general. Porque además de poner en cuestión, creo que justificadamente, la visión originalista del TEDH como instrumento de protección exclusivamente individual de los derechos, que tiene vedado controlar, objetivamente, la legislación de los Estados y que no puede dirigirle indicaciones sobre medidas generales para corregirla, entra también en el terreno, siempre pantanoso, de la función de los tribunales como legisladores positivos. En el fondo, sin embargo, se constata que los problemas con los que se enfrenta el TEDH, o al menos una parte importante de ellos, tienen mucho que ver con los propios de los tribunales constitucionales. Ello es síntoma de la emergencia de lo que se ha denominado como dimensión constitucional del TEDH, y, más allá incluso, de la función constitucional que va desempeñando el CEDH. E ilustra también los límites de esta función constitucional.

Porque, en efecto, hay que poner los procesos piloto en el contexto de todas las sentencias dictadas por el TEDH. Se constata así que sólo algunas pocas de ellas son

sentencias piloto (el propio TEDH relaciona solo 26 sentencias piloto desde su inicio en 2004 hasta finales de 2017, aunque, naturalmente, éstas resuelven un número mucho mayor de casos, tanto presentados como potenciales en el futuro). No puede menospreciarse su significado cualitativo y su valor como síntoma de una tendencia muy poderosa, pero ello no ha anulado ni impedido que el TEDH siga desempeñando, eso sí, con muchas dificultades, debidas en gran parte al número ingente de casos presentados, su papel de protección concreta e individual de los derechos frente a los Estados, que siguen gozando de una amplia libertad para elegir los medios para reparar las vulneraciones producidas y evitar que se produzcan en el futuro. Como tampoco debe perderse de vista que la simple existencia de esta técnica de actuación por parte del Tribunal puede tener efectos respecto de los Estados, sin duda de difícil cuantificación e incluso apreciación, pero que pueden provocar que éstos se vean más impelidos a tomar medidas generales que remedien posibles vulneraciones de derechos reconocidos en el CEDH ante la posibilidad de que el TEDH considere tratar un recurso como proceso piloto, y más aún desde que su codificación en la Regla 61 del Reglamento del Tribunal, en 2011, no exige que exista una pluralidad de recursos sino que basta con uno solo que revele la existencia de un problema estructural o sistémico que pueda dar lugar a recursos similares.

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

En líneas generales, me parecen pertinentes las recomendaciones del Tribunal cuando la causa de la violación que ha constatado en su sentencia es una carencia o deficiencia normativa o una mala praxis administrativa o judicial.

En cuanto a las «sentencias piloto», el Tribunal ha desarrollado en los últimos años un nuevo procedimiento para dar respuesta al flujo masivo de demandas sobre problemas similares, sistémicos, porque tienen su origen en una inadecuación del ordenamiento interno al Convenio. El TEDH selecciona una o algunas de las demandas que ponen al descubierto el problema estructural, posponiendo casi siempre el examen de los demás asuntos (*repetitive applications*) que obedecen a la misma causa. La sentencia piloto sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos análogos o clónicos, ya planteados o que pudieran plantearse en el futuro. Se diluye la dimensión individual del recurso, porque la situación denunciada no afecta exclusivamente al demandante. Por eso, en lugar de limitarse a declarar la violación del derecho del demandante, exhorta a las autoridades a adoptar una serie de medidas destinadas a solventar el problema sistémico subyacente, medidas que implican muchas veces un coste económico. Al dictar la sentencia, el Tribunal invita al Gobierno condenado a adaptar su legislación o sus prácticas al Convenio indicándole las medidas concretas a adoptar para corregir esa deficiencia estructural. Puede fijar incluso un plazo para la adopción de esas medidas.

Se suele presentar esta modalidad procesal como una creación jurisprudencial y es verdad que no está prevista en el Convenio ni en el Protocolo n.º 14, pero se inspira directamente en dos resoluciones del Comité de Ministros aprobadas en 2004. La primera de ellas es la Recomendación (2004)6 «sobre la mejora de los recursos internos» en la que se exhorta a los Estados a revisar, cuando las sentencias del Tribunal apuntan la existencia de fallos

estructurales, la efectividad de los recursos internos existentes y a establecer, si fuese necesario, recursos efectivos, a fin de evitar la presentación de casos repetitivos ante el Tribunal. De la misma fecha es la Resolución (2004)3 «sobre las sentencias que revelan un problema estructural subyacente», que insta al Tribunal a identificar en sus sentencias las causas que provocan violaciones generalizadas del Convenio.

No es casualidad que un mes después de la aprobación de estas resoluciones se dictase la primera sentencia piloto. En efecto, se recurre por primera vez a esta técnica en el caso *Broniowski c. Polonia* (2004), en la que se constata que la violación denuncia tiene su origen en un «problema sistémico» (en este caso, la ausencia de un recurso efectivo para reclamar el restablecimiento del derecho de propiedad infringido). Se ha empleado frente a problemas endémicos, como malas condiciones de prisiones (*Ananyev y otros c. Rusia*, 2012; y *Torreggiani y otros c. Italia*, 2013); la duración de los procesos judiciales (*Rumpf c. Alemania*, 2010); o exclusión legal del sufragio de las personas condenadas a penas privativas de libertad (*Greens y M.T. c. Reino Unido*, 2010)

Lo cierto es que desde su estreno en 2004 las flamantes «sentencias piloto» han seguido un curso ascendente, con una potencia de fuego nada despreciable. Es una técnica consolidada. Aunque este *modus operandi* del Tribunal de Estrasburgo no obedece a las mismas razones que permiten explicar el surgimiento y la evolución de las sentencias dictadas por algunos Tribunales nacionales, como la Corte Constitucional colombiana (el amparo estructural como respuesta a un «estado de cosas inconstitucional»). Su razón de ser no es seguramente la voluntad de abrir una puerta a la intervención en asuntos políticos, sino más bien la necesidad de hacer frente a la congestión de asuntos pendientes mediante un expediente que tiene todo el sentido en pura lógica procesal. Se trata, en último término, de facilitar una más rápida y eficaz ejecución de las sentencias, evitando el planteamiento de casos repetitivos (con fundamento en los mismos hechos)

Pese a que el Convenio no faculta al Tribunal para emitir este tipo de fallos, lo cierto es que ha pasado a formar parte de la batería de herramientas a disposición del Tribunal y las autoridades nacionales se han mostrado receptivas y dispuesta a acatar ese tipo de requerimientos. No han opuesto al menos una especial resistencia, si exceptuamos el caso del Reino Unido. Se ha visto obligado a acudir a este remedio heterodoxo para garantizar una protección más efectiva de los derechos.

Esta técnica suscita algunos interrogantes sobre su fundamentación jurídica y su legitimidad democrática. Se cuestiona sobre todo su compatibilidad con un modelo que se basa en el principio de subsidiariedad, en cuya virtud son los Estados los responsables de garantizar dentro de sus fronteras el respeto de los derechos consagrados en el Convenio y adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos infringidos. En ese diseño institucional no tienen fácil encaje. Como puso de relieve el Juez Zagrebelsky en la opinión disidente que emitió en el asunto *Hutten-Czapska c. Polonia* (2006), las sentencias piloto socavan, por un lado, la relación entre los dos pilares del sistema del Convenio, el Tribunal y el Comité de Ministros, al otorgar a aquel funciones que no le corresponden, y por otro, propician la intervención del Tribunal en el campo de la política interna de los Estados, lo que constituye una clara extralimitación. El riesgo de cruzar la línea y suplantar al legislador o al ejecutivo del Estado demandado en el diseño y la ejecución de políticas públicas existe y no se puede infravalorar, pero a la luz de la experiencia acumulada en estos años creo que el Tribunal no se ha excedido en el uso de esta técnica.

VÍCTOR FERRERES COMELLA

Cuando los tribunales que velan por los derechos humanos no se limitan a garantizar unas exigencias mínimas relativamente claras, sino que tienen que resolver cuestiones controvertidas, suelen tener a su disposición una caja de herramientas bastante compleja. Las recomendaciones forman parte de la variedad de técnicas que los tribunales pueden utilizar legítimamente, siempre que hagan un uso moderado de las mismas. También los tribunales constitucionales han recurrido a ellas en ocasiones. A mi entender, las críticas que se han formulado al respecto, en nombre de la separación de poderes o el principio democrático, son exageradas. En cuanto a las sentencias piloto, parece claro que el TEDH necesitaba contar con un instrumento eficaz para dar respuesta a problemas estructurales en determinados Estados. Así, en el asunto *Broniowski contra Polonia* (sentencia de 22 de junio de 2004), en el que el TEDH utilizó por primera vez este tipo de remedio judicial, el problema estructural de violación de derechos humanos afectaba a unas 80.000 personas. Es razonable que se potencie este mecanismo de tutela general de los derechos en el marco del Consejo de Europa.

JAVIER GARCÍA ROCA

El procedimiento de las sentencias piloto (*pilots judgements*) nació como una buena práctica y respuesta judicial a las largas series de demandas repetitivas provocadas por defectos estructurales en los diversos ordenamientos nacionales, o por irregularidades o disfunciones derivadas de una misma disposición general. De alguna manera, permite objetivar el amparo europeo y reconducir el problema de la tutela de los derechos a las leyes con cierta generalidad. Ésta es su principal virtud, pero también permitir rebajar el elevado número de demandas pendientes de enjuiciamiento y alcanzar la colaboración — como veremos — de los Estados miembros.

Fue el propio Comité de Ministros quien impulsó esta técnica con su resolución sobre sentencias en las que subyacen problemas estructurales o sistemáticos (Resolución Res (2004) 3, de 12 de mayo de 2004). Se invitaba allí al Tribunal Europeo a identificar las causas estructurales de las violaciones del Convenio en numerosas demandas, y se pedía que se notificara la decisión no sólo al Estado demandado sino a la Asamblea parlamentaria, al Secretario General del Consejo de Europa y al Comisionado de Derechos Humanos. En la misma sesión, de forma complementaria, se aprobó una Recomendación Rec (2004) en la que se instaba a los Estados a mejorar los remedios nacionales, para asegurar que antes existiera un recurso efectivo en sus ordenamientos. Obsérvese que sentencias piloto o revisión de las leyes y mayor subsidiariedad como contrapeso han ido de la mano por paradójico que pueda resultar.

Estas resoluciones y recomendaciones del Comité inauguraron una nueva fase en la jurisdicción europea, que estimo la aproxima a las jurisdicciones constitucionales que tienen como función definitoria el control de las leyes de forma abstracta. Se superaba —sin abandonarlo— el tradicional escenario de las compensaciones o satisfacciones equitativas y la solución de pequeñas demandas individuales, para aproximarse al control abstracto de convencionalidad de las leyes, lo que sin duda refuerza la vinculación y eficacia de las sentencias del TEDH a las que difícilmente podrá seguir considerándose como

declarativas. De aquí la importancia de esta técnica que probablemente transformó la naturaleza de la jurisdicción europea. Su impacto es mucho más grande de lo que a primera vista parece.

Se corrobora en la práctica con este instrumento la tesis que vengo defendiendo entre nosotros en sede teórica —siguiendo propuestas de Lech Garlicki y Andrea Vobkhule— desde hace tiempo: la necesidad de trasladar categorías del sólido y clásico Derecho Procesal Constitucional europeo al nuevo y emergente Derecho Procesal Convencional.

Tras comenzar a andar por este sendero, no obstante, el Reglamento del TEDH no fue modificado hasta 2011 para regular un procedimiento de sentencias piloto en su artículo 64. Se identifican los supuestos, como ya he explicado, y se pide al Tribunal que antes de tramitarlo pregunte la opinión de las partes acerca de si concurre un problema estructural o sistémico. Pero también las partes pueden pedir por sí mismas el inicio del procedimiento que no sólo puede abrirse de oficio. Son procedimientos prioritarios o de tramitación preferente. El Tribunal selecciona una o varias demandas de entre un número de demandas repetitivas, y debe en la sentencia piloto identificar la naturaleza de la disfunción o problema, y las medidas para repararlo que se pide al Estado parte que adopte. Puede incluso señalarse un plazo de tiempo para hacerlo y delimitar la urgencia del asunto. Es importante recordar que, después de una sentencia piloto y mientras se ejecuta, la Corte puede suspender la decisión de otras demandas similares y la concesión de justas satisfacciones, informando a las partes de lo que ocurre. Se auspicia asimismo alcanzar acuerdos amistosos al tiempo del desarrollo y la ejecución de las medidas pedidas e incluso cabe repatriar la solución de las demandas a los Estados una vez conseguido un procedimiento y unas reparaciones a nivel nacional. Para propiciar la transparencia y la eficacia, el TEDH debe dar información sobre estos casos piloto en su web e informar a las demás instituciones del Consejo de Europa. Una regulación sencilla, pero consistente y me parece que bastante eficaz.

Esta «repatriación» con ciertas garantías de las demandas repetitivas tras una sentencia piloto contribuye seriamente a rebajar el estado de los asuntos pendientes en Estrasburgo y asimismo refuerza la subsidiariedad, permitiendo dictar soluciones más rápidas por las autoridades nacionales. Poco puede objetarse si la colaboración entre autoridades europeas y nacionales se produce con lealtad.

La sentencia emblemática de la nueva línea fue el conocido *Caso Broniowski contra Polonia*, de 22 de junio de 2004, referido a las llamadas propiedades del río Bug, que afecta a muchos millares de personas, y que hemos comentado —véase Mar Aguilera y Anna Margherita Russo— con detalle en el libro *¿Hacia una globalización de los derechos..?*, así como las decisiones posteriores del Gobierno y el Tribunal Constitucional polaco para implementarla. El Tribunal Europeo declaró la violación del artículo 1 Protocolo 1, porque después de la II Guerra Mundial miles de propietarios quedaron abandonados a su suerte al cambiar la frontera que se trazó más allá del río Bug, no pudiendo ya disfrutar sus posesiones y sin recibir indemnización alguna. La regulación polaca de los años ochenta y noventa concedía compensaciones, pero albergaba un amplio número de limitaciones que dificultaban sobremanera percibir unas indemnizaciones que eran, por otra parte, irrisorias. La sentencia piloto afectaba a un elevado número de personas y su implementación reclamaba numerosos cambios legislativos, judiciales y administrativos. Por primera vez, el TEDH indicó claramente en una sentencia numerosas medidas generales

de reparación que el Estado demandado debía seguir bajo la supervisión del Comité de Ministros; es una nueva muestra de colaboración en la reparación y la ejecución entre los órganos judicial y político del sistema del Convenio a la que al contestar otras preguntas me he referido.

No obstante, en el homenaje del año pasado en la Universidad de Varsovia al Juez polaco del TEDH, Lech Garlicki, con motivo de presentarse su *Liber amicorum*, publicado en inglés, tuve oportunidad de informarme sobre el terreno acerca de lo difícil que está siendo, en la realidad, dar una solución eficaz a las situaciones individuales dada la contraposición de los intereses generales y privados en conflicto y la complejidad del asunto, así algunas empresas se han hecho con la titularidad de las propiedades privadas a precios irrisorios y se encargan de las negociaciones. Las sentencias piloto no pueden hacer milagros. Pero estas dificultades me parece que en nada objetan la bondad de la nueva técnica y procedimiento.

Por lo demás, la técnica de las sentencia de recomendación es una variante habitual de las sentencias constitucionales interpretativas en Alemania, Italia y España, que no suele ser censurada por sus estudiosos por más que no siempre sean seguidas y su eficacia sea menor que la declaración de invalidez que no siempre será posible. Pero las sentencias piloto no entrañan meras «recomendaciones» al legislador, simples consejos de los que pueden obtenerse beneficios, son realmente medidas generales de reparación de la violación del derecho y del daño causado, para restablecer a los titulares de derechos en el goce de los mismos, que resultan vinculantes para el Estado demandado, al igual que el resto de la sentencia, y cuya ejecución puede supervisar y cerrar el Comité de Ministros. Es otra herramienta distinta.

No falta, finalmente, quien ha escrito objetando a las sentencias piloto que transforman al Tribunal Europeo en un legislador. Esta objeción es una vieja crítica habitual en la jurisdicción constitucional y de allí emana la idea, pero no sus razones no son válidas. Son cosas distintas aprobar leyes, normas generales y abstractas, por un Parlamento que dictar un tribunal medidas generales de reparación, aunque lo segundo pueda llevar a lo primero. En modo alguno aminora, como se ha dicho, las situaciones jurídicas individuales de los afectados sino que por el contrario refuerzan su garantía, pues no impiden las medidas individuales de reparación y se fortalecen con las generales que atiende al verdadero origen del problema. Tampoco es evidente que los Estados miembros no vayan a cumplirlas, siempre que resulten viables y razonables, porque ha sido el propio Comité de Ministros, con representación de los Estados, quien con buen sentido ha impulsado el nuevo sistema, y a ningún Estado le halaga ser condenado permanentemente.

LUIS JIMENA QUESADA

En cuanto a lo primero, con carácter preliminar, entiendo que debería evitarse la noción de «recomendación» al aludir a la actuación jurisdiccional del TEDH. En efecto, el TEDH dicta resoluciones (especialmente, las sentencias en el ejercicio de su competencia contencioso, pero también opiniones cuando ejerce su competencia consultiva) que son vinculantes. Concretamente, la jurisdicción del TEDH, a tenor del art. 32 CEDH, «se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47»; o, dicho con otras palabras, el Tribunal ostenta una competencia

contenciosa para resolver demandas interestatales (art. 33) e individuales (art. 34), incidentes de ejecución (art. 46) y una competencia consultiva (art. 47 -la legitimación activa queda circunscrita al Comité de Ministros del Consejo de Europa).

En este contexto, las medidas de reparación que establece el TEDH en sus sentencias no configuran meras directrices, sino obligaciones que han de ser respetadas y llevadas a la práctica por los Estados condenados en virtud del principio «*Pacta sunt servanda*» y del efecto útil de las disposiciones convencionales que debe ser procurado de buena fe por las Partes Contratantes. Es cierto que las medidas reparadoras pronunciadas por el TEDH no son tan variopintas como, por ejemplo, las decretadas por la Corte Interamericana, o que el sistema de supervisión de la ejecución de las sentencias y de esas medidas de reparación es diverso en cada sistema (en el interamericano es la propia Corte de San José de Costa Rica quien supervisa, mientras en el sistema europeo se confiere esa tarea principal al Comité de Ministros del Consejo de Europa, incluso a pesar del «plus» de judicialización del procedimiento de ejecución que se introdujo a favor del TEDH mediante el Protocolo n.º 14). Y es verdad, asimismo, que el procedimiento de ejecución de las sentencias del TEDH difiere del de las sentencias del TJUE; lo cual entiendo que no implica, dicho sea de paso, que las sentencias del TJUE tengan valor prioritario en caso de divergencia entre ambas jurisdicciones europeas.

Resulta pertinente una breve acotación sobre esto último. Efectivamente, incluso cuando se llega a discernir entre ambas organizaciones europeas, se tiende a otorgar *sin más* prevalencia al canon de la UE sobre el parámetro del Consejo de Europa en caso de aflorar conflicto interpretativo entre sus instancias máximas respectivas de control (TJUE y TEDH). Semejante proceder (en mi opinión, incorrecto) tiene entre sus causas, sin duda, la catalogación político-constitucional de la UE como entidad supranacional *sui generis* o como *tertium genus* entre la Organización internacional clásica y el Estado constitucional, en conexión con el hecho de haber transferido de manera más neta a aquélla el ejercicio de competencias soberanas y la posibilidad de emanar Derecho derivado o secundario que impacta directamente en la ciudadanía. Ahora bien, esta circunstancia, unida a la base habilitante constitucional diversa (en el caso de España) prevista para asumir los instrumentos constitutivos de cada organización internacional (art. 93 CE para la UE, pero no sólo, y art. 94 CE para el Consejo de Europa), no implica que, una vez incorporados los distintos estándares internacionales, unos se pongan por encima de otros en caso de conflicto, que sigue unas reglas (señaladamente, interpretativas) establecidas por la Convención de Viena de 1969 (arts. 31 a 33); bajo cuyo paraguas, por cierto, se encuentra asimismo el Derecho de la UE (*vid.* art. 5 de la Convención de Viena). Paradójicamente, son las normas de la UE, tanto originarias como derivadas, las que reenvían a las del Consejo de Europa a efectos interpretativos, y no a la inversa.

Consecuentemente, las sentencias del TEDH (y sus medidas de reparación, que ya no son meramente indemnizatorias o pecuniarias, sino que incluyen otras consecuencias, como la puesta en libertad de la persona demandante) no contienen recomendaciones; dicha tarea la lleva a cabo el Comité de Ministros del Consejo de Europa, como puede comprobarse en su *Informe Anual sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH* (en donde se recomiendan medidas como la revisión de procedimientos internos, la formación de funcionarios, la traducción de sentencias a otros idiomas no oficiales del Consejo de Europa, etc.). Las disquisiciones doctrinales sobre el valor de las sentencias del TEDH (autoridad de cosa juzgada, cosa interpretada, valor declarativo, valor ejecutivo,

etc.) no deben enturbiar su indiscutible naturaleza vinculante y, por ende, fase interpretativa y fase aplicativa del CEDH resultan inescindibles para asegurar la ejecución de los pronunciamientos del TEDH.

A mayor abundamiento, la idea de competencia de la competencia del TEDH para supervisar la ejecución o cumplimiento de sus propios pronunciamientos ha ido ganando terreno. Pensemos, en tal dirección, en la extensión de la jurisdicción del TEDH (prevista en el citado art. 32 CEDH) a través de la consulta introducida mediante el Protocolo n.º 16 al CEDH (de 2 de octubre de 2013; ni siquiera firmado por España por el momento). Cuando se produzca la vigencia del citado instrumento (conocido como «Protocolo del diálogo»; a fecha 20 de marzo de 2018 contaba sólo con 8 ratificaciones, precisándose 10 para su entrada en vigor), pese a que en este caso la opinión consultiva del TEDH no sea vinculante y, por tanto, no revista obligatoriedad, debería asumirse como tal pues, de lo contrario, tras el agotamiento de la vía judicial previa (en nuestro caso, normalmente ante el propio Tribunal Constitucional), la última jurisdicción interna se vería desautorizada en Estrasburgo tras la correspondiente demanda individual (así lo advirtió el ex Presidente del TEDH: *Discours du Président Dean Spielmann*; Séminaire Tribunal constitutionnel, Madrid, 22 mai 2015; accesible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf, p. 7, último acceso el 20 de marzo de 2018).

Por último, por lo que se refiere a las «sentencias piloto» (técnica consagrada en primer lugar por la propia jurisprudencia del TEDH —caso *Broniowski c. Polonia* de 22 de junio de 2004— y luego incorporada al CEDH tras la reforma operada por el Protocolo n.º 14 CEDH, así como regulada en el art. 61 del Reglamento del TEDH), me parece que reflejan una de las «construcciones» más afortunadas del TEDH para impartir justicia en condiciones de celeridad y hacer frente a disfunciones estructurales y sistémicas, y, por ende, resultan acordes con el propio art. 6 CEDH (para prevenir o evitar un contencioso repetitivo), a diferencia de otras construcciones y reformas de carácter procedimental que han ido en detrimento del mismo art. 6 CEDH (el discutible filtro de in-admisibilidad ejercido por la figura del juez único con extremada brevedad y fórmulas inmotivadas).

En concreto, si con el Protocolo n.º 14 se habilitaba (en el nuevo art. 28 CEDH) a los Comités del TEDH al examinar una demanda individual para unánimemente «declararla admisible y dictar conjuntamente una sentencia sobre el fondo cuando la cuestión relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o sus Protocolos que se encuentra en el origen del asunto haya sido objeto de una jurisprudencia bien sentada por el Tribunal» (sentencias piloto), el nuevo art. 27 CEDH dotaba de competencia a los jueces únicos para inadmitir o archivar una demanda individual «cuando tal decisión pueda adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario» (lo cual, en la praxis, se ha manifestado en la utilización de estereotipadas fórmulas de inadmisión en masa, como que la demanda estaría «manifiestamente mal fundada» o adolecería de «falta de apariencia de violación de derechos»).

CARLOS RUIZ MIGUEL

Por lo que hace a las «recomendaciones» que pueda hacer el TEDH, como he comentado antes, su tarea en su función judicial de interpretación del Derecho no es la

elección y eventual justificación entre opciones «deseables», sino la delimitación de las opciones «admisibles» dentro del texto de la norma. En consecuencia, en su tarea de resolver casos creo que las «recomendaciones» que pueda hacer el TEDH (u otro Tribunal, Constitucional u ordinario) son algo improcedente pues implica que el tribunal se convierte en un actor político que manifiesta su preferencia por una opción en lugar de otra. Una vez que varias opciones resultan «admisibles» no es función del Tribunal declarar su preferencia por una de ellas.

La cuestión de las «recomendaciones» que pueda hacer un Tribunal está muy relacionada con la deficiente configuración de su competencia consultiva. Según como se configure la función consultiva del TEDH podría ser posible atribuirle la competencia de formular «recomendaciones», bien entendido que en los supuestos en que haya sido requerido para ello. Como es sabido, la actual configuración de la competencia consultiva no podía sino ser un fracaso. El artículo 47.2 del CEDH (*«opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio»*) hace muy difícil imaginar supuestos en que se pueda formular una consulta al Tribunal. No es extraño que la competencia consultiva del TEDH no haya prosperado, a diferencia de lo que ocurre en el Tribunal Internacional de Justicia, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez en vigor, desde el 1 de agosto de 2018, el Protocolo n.º 16 es fácil prever que la competencia consultiva del TEDH adquirirá importancia. De acuerdo con el artículo 1.1 de este Protocolo, las más altas jurisdicciones de cada Estado parte podrán presentar demandas para la emisión de opiniones consultivas «sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio y sus protocolos». Se trata de un procedimiento que de alguna manera se aproxima a una «cuestión de convencionalidad». Ahora bien, el hecho de que la consulta sólo pueda ser presentada por «las más altas jurisdicciones de cada Estado parte» hace que vaya a ser muy difícil que el TEDH emita «recomendaciones» al evacuar estas consultas. Muy diferente sería el caso si, como hubiera sido (en mi opinión) deseable, se hubiera atribuido TAMBIÉN a órganos políticos (como los gobiernos o los parlamentos nacionales) la competencia de solicitar opiniones consultivas. En tales casos, se podría entender que las «cuestiones de principio relativas a la interpretación o la aplicación» pueden incluir el solicitar al tribunal que emita su opinión acerca de qué opción, de entre las admisibles, pueda ser más «recomendable».

La cuestión de las «sentencias piloto» presenta otro tipo de problemas. Para situar en su debido contexto el debate sobre las «sentencias piloto» se deben hacer varias consideraciones previas. En primer lugar, desde el punto de vista formal, conviene recordar que las «sentencias piloto» son una anomalía pues, si bien es cierto que están reguladas en el artículo 61 del Reglamento del TEDH (*«Rules of Court»*), tras ser incorporadas al mismo el 21 de febrero de 2011, no es menos cierto que su existencia no está prevista en el texto del Convenio. En segundo lugar, las sentencias «piloto» se explican también por el hecho de que, a pesar del tenor literal del actual artículo 34 CEDH (originariamente artículo 25 CEDH), el Tribunal a veces ha admitido a trámite demandas en las que el reclamante no era propiamente hablando una «víctima», sino en las que impugnaba una norma general

ante el temor de que pudiera ser singularizada para él. En tercer lugar, las «sentencias piloto» han sido una respuesta ante el fenómeno de una multiplicidad de demandantes que cuestionan normas singulares derivadas de una misma norma general.

El problema, por tanto, presenta dos vertientes. En primer lugar, formalmente resulta altamente llamativo que en ninguno de los Protocolos negociados y firmados por los Estados partes se halla planteado incorporar el procedimiento de las «sentencias piloto» al texto del Convenio. Parece claro que sería de todo punto necesario hacerlo para terminar con esta situación, a mi juicio, bastante irregular o, cuando menos, discutible. Pero además, en segundo lugar, materialmente conviene plantear el debate acerca de si, y en qué supuestos, los individuos pueden cuestionar una norma general ante el TEDH (los Estados pueden hacerlo desde la redacción original del TEDH —antiguo artículo 24, actual artículo 33 CEDH—). A este respecto, debemos ser conscientes de que el cuestionamiento de la «convencionalidad» de ciertas normas generales, en especial, las leyes, por parte de los individuos puede presentar serias disfunciones en un sistema como el español. De un lado, se presenta una disfunción por el hecho de que se pudiera atribuir al individuo legitimación para impugnar la «convencionalidad» de las leyes... allí donde se le niega legitimación para impugnar la «constitucionalidad» de las mismas (legitimación reservada a los jueces y a un número limitado de órganos o formaciones). De otro lado, el hecho de que el Protocolo número 16 (en vigor desde el 1 de agosto de 2018) permita a los más altos tribunales del Estado formular una «cuestión de convencionalidad» por vía consultiva no cierra el problema pues el dictamen no tiene fuerza ejecutiva y nada impediría, en teoría, que el tribunal nacional no lo asumiera y que, ante una eventual demanda contenciosa el TEDH pudiera llegar a cambiar o matizar su opinión por más que esto sea muy difícil. En todo caso, para que el procedimiento de la «cuestión de convencionalidad» por vía consultiva haga disminuir el uso del procedimiento de las «sentencias piloto» sería preciso que más Estados ratificaran el Protocolo número 16 que introduce la «cuestión de convencionalidad».

ROSARIO TUR AUSINA

Una de las cuestiones clásicas de la jurisdicción de Estrasburgo ha sido la de determinar la capacidad de alcance y fuerza ejecutiva de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo, en su intento por hacerlo compatible con la clásica idea de la soberanía estatal. Esto significa que, desde sus inicios, se tenía que modular singularmente la capacidad del TEDH para resolver las demandas que se le presentasen con los mecanismos idóneos para la reparación de las vulneraciones de derechos. Por ese motivo sus resoluciones no son ejecutivas, pero sí obligatorias; y en consecuencia no podían declarar la nulidad de los actos o resoluciones lesivas internas, tarea que se depositaba en los Estados. De algún modo, se pretendía forzar la colaboración de los Estados para crear obligaciones de resultado y no tanto de comportamiento (Lattanzi, *Struttura dei rapporti internazionali e limiti dei procedimenti di garanzia istituiti con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, 1988), pues con ello quedaba salvaguardada la soberanía estatal.

Sin embargo, desarrollos posteriores evidenciaron, en efecto, una dinámica constitucional multinivel que matiza la mera superposición de niveles de gobierno y la hipotética perfecta delimitación entre obligaciones de comportamiento y de resultado. Se instaura,

de esta forma, la técnica de las recomendaciones a los Estados, cuestionándose si son meras sugerencias o auténticas instrucciones o mandatos dirigidos a aquellos, lo que podría suponer un exceso de jurisdicción y una alteración de la naturaleza originaria de esta institución y, con ello, de la posición y relación entre los entes implicados. Pero lo que ha ocurrido, en realidad, es que parece haberse reformulado la idea de soberanía misma, pues *se busca una soberanía*, pero no encontramos un único —o varios— soberanos plenos; lo que ha hecho inoperativas las técnicas articuladoras de jerarquía y competencia entre sistemas institucionales y normativos, dotando al tiempo de mayor intensidad las formas cooperativas, de diálogo y de negociación.

Esto significa, en resumidas cuentas, que se convirtió en una constante en la jurisprudencia del Tribunal que, en las reparaciones individuales, este pusiera empeño en señalar los medios, formas o mecanismos recomendados para la mejor tutela de los derechos (*Zimmerman y Steiner*, de 13 de julio de 1983). Y lo ha hecho no solo vía *obiter dictum* (a modo de ejemplo, *Gençel c. Turquía*, de 23 de octubre de 2003; *Ocalan c. Turquía*, de 12 de mayo de 2015), sino indicando que sólo determinadas medidas de reparación son válidas y adecuadas (*Assanidze c. Georgia*, 8 de abril de 2004). Una apuesta decidida por convertir al Tribunal en auténtico órgano efectivo de tutela de los derechos del Convenio, asumiendo que las medidas de reparación *se integran* en la protección integral de los derechos, y que acompañan a la declaración de lesividad. Así, el Tribunal no solo juzga la lesión sino que hace ejecutar lo acordado con la medida efectivamente idónea. Cuestión diversa es quién ejecuta, cuándo y cómo; aspectos en los que se acciona, efectivamente, el *espacio* de soberanía de los Estados.

Pero es esta una técnica que ha de conjugarse, precisamente, con el *margen de apreciación nacional* de los Estados. En efecto, el Tribunal, con la colaboración de los Estados, ha de conseguir un difícil *equilibrio* entre 1) la construcción de un acervo constitucional común —no sólo teórico, sino real y concreto—, 2) los aspectos ampliamente consensuados por los Estados en determinados momentos, y 3) los elementos en las que éstos se diferencian para mostrar sus propias singularidades. Cuestiones todas ellas que experimentan oscilaciones en el tiempo. Y así Estrasburgo se mueve en un maleable y constante diálogo —más o menos acertado— con los Estados, de tal forma que la técnica de las recomendaciones oscila entre lo que podríamos denominar un *soft law jurisprudencial*, indicando posibles medidas más o menos idóneas, o un pronunciamiento más decidido y firme por la única medida adecuada.

En nuestra opinión, es previsible que el Tribunal siga reforzando esta técnica y entienda, cada vez más, la necesidad de pronunciarse sobre las reparaciones, sin bajar la guardia cuando detecta que sus pronunciamientos no son sólidamente recepcionados en los Estados. Ahora bien, el que este diálogo funcione no dependerá solo del TEDH y de su parte de liderazgo —que en absoluto es imposición o mandato—, sino también de la capacidad de los Estados para asumir, integrar, conocer y modular constructivamente la jurisprudencia de Estrasburgo como parte de su propio sistema. Porque no se trata solo de *europeizar* el sistema español y acatar puntualmente las sentencias de Estrasburgo, sino de *recepcionar y constitucionalizar dicha europeización*. Ello exigirá por parte del Tribunal de Estrasburgo, una adecuada sensibilidad, conocimiento, y análisis profundo de los sistemas normativos e institucionales estatales. Pero también, del otro lado, una adecuada formación y un amable diálogo de las instancias nacionales —y de las fuerzas políticas y sociales— respecto a la jurisdicción supranacional.

Pero es en la técnica de las recomendaciones generales, con la propuesta de genéricas reformas institucionales y normativas, donde se observa la naturaleza de auténtica jurisdicción constitucional —objetiva y abstracta— que posee el Tribunal, y que le otorga una especial función pedagógica. Una función que no debe verse, siempre que se haga en los adecuados términos argumentativos, sino como una especie de diálogo constructivo. Y es que quizá esta sea la característica diferenciadora clave de la distinción entre jurisdicciones ordinarias y constitucionales en nuestro sistema político. Distinción en la que es irrelevante, por razones más que obvias pues la respuesta positiva se impone, si la justicia ordinaria ha de aplicar/interpretar o no la Constitución y con ella los Tratados que se integran en el control de constitucionalidad/convencionalidad. La diferencia más significativa está sin embargo, y a nuestro juicio, en que la justicia ordinaria tiene como misión *central* —que no exclusiva— enjuiciar actos lesivos concretos y proceder a la reparación con medidas puntuales. No puede, por lo tanto, pretender *cuestionar* en sí mismo el sistema institucional y normativo ni dilucidar *causas generales* que conlleven el cuestionamiento de aquel en su conjunto —o de partes importantes del mismo—. Aunque ello no elimina que en su importante función *colaboradora* con la jurisdicción constitucional/convencional, puedan hacer uso del derecho jurisprudencial blando —vía *obiter dictum*—, o de la técnica de diálogo de las cuestiones prejudiciales o de constitucionalidad/convencionalidad. Por su parte, aunque el TC —y el TEDH con otro alcance— tampoco puede dilucidar causas generales, sí es una institución especialmente idónea para situarse en el plano de las reformas institucionales y normativas, valorándolas en su contexto y con deferencia hacia los órganos democráticamente electos. No obstante, también es cierto que la pasividad persistente de las instituciones democráticas y del TC podría llevar a pronunciamientos más agresivos de la justicia ordinaria, un riesgo que efectivamente aquellos no pueden correr. Por ello, en la capacidad para articular el sistema estará, precisamente, la madurez de una democracia.

Por su parte, no debe olvidarse que en esta dinámica de las recomendaciones el Tribunal Europeo ofrece —o debería ofrecer—, una visión de conjunto a partir de su conocimiento de los sistemas constitucionales de 47 Estados, lo que constituye una valiosa aportación a la configuración de estándares comunes e, incluso, una vía para el recíproco conocimiento de los sistemas constitucionales de los Estados.

A pesar de la tendencia a caracterizar el recurso ante el TEDH como un *amparo supranacional*, acentuando su carácter *subjetivo*, es lo cierto que aquel es mucho más que una mera *jurisdicción subjetiva de la libertad*. De hecho, la naturaleza jurídica del Tribunal Europeo se reconduce en buena parte a una auténtica *jurisdicción constitucional de la ley*, es decir, para la depuración abstracta de los ordenamientos y políticas públicas estatales. Y es que no puede negarse su fuerte dimensión *objetiva*, en tanto pretende construir un acervo constitucional común supranacional europeo, lo que implica la búsqueda persistente de sistemas normativos e institucionales con unos mínimos estándares compartidos de libertad e igualdad. El propio Preámbulo del Convenio de Roma es suficientemente ilustrativo al respecto, con expresiones como la realización de una *unión más estrecha entre sus miembros*, o el mantenimiento de las libertades como bases de la justicia y la paz y cuyo mantenimiento reposa en un *régimen político verdaderamente democrático* y en una *concepción y un respeto comunes de los derechos humanos*.

Las denominadas *sentencias piloto* se inscriben en la misma lógica apuntada de las recomendaciones, pero en este caso para incidir en la necesidad de abordar posibles

problemas *estructurales* estatales y ya no meramente coyunturales. Por ello mismo, estas sentencias aparecen tarde (Resolución del Comité de Ministros de 12 de mayo de 2004, y STEDH *Broniowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004) y se afianzan lentamente, pero en un proceso que parece irreversible. En este caso, las recomendaciones a los Estados son, si se nos permite la palabra, especialmente *invasivas*, pues les indica la necesaria adopción de medidas generales que inciden en la propia articulación nacional de poderes y contrapoderes, corrigiendo problemas sistémicos, lo que supone un esfuerzo de integración y de compromiso global y complejo que afectará a su sistema normativo, institucional e incluso cultural o social. Más allá de que la sentencia piloto se activa cuando se han planteado —o podrían plantearse— una multiplicidad de demandas, y en tal sentido se genera por razones de eficacia cuantitativa, resulta más interesante y relevante la *eficacia cualitativa*: con dicha resolución no se trata tanto de evitar demandas —que también—, sino que el Tribunal hace una apuesta decidida por un cambio sustancial y sistémico que afecta al sistema político del Estado, a su núcleo constitucional y a la dinámica de poderes mismos, en una nueva relación de *verticalidad* Estado-Consejo de Europa no poco compleja. En tanto se trata de resolver el fondo del problema, las sentencias piloto son un soporte para los Estados, llevando a cabo una apuesta decidida por un pacto constitucional europeo más comprometido.

Por lo demás, la relevancia de estas sentencias (casos *principales*, frente al resto de casos *recurrentes*) se observa, precisamente, en que considerándose el problema a resolver como complejo o estructural, el mismo se somete a supervisión reforzada. Y ello en virtud de las dificultades que conlleva la ejecución de una sentencia piloto, pues no puede obviarse que las fuerzas políticas nacionales pueden no coincidir en la articulación concreta de las reformas, o los aspectos a reformar pueden mostrar una especial sensibilidad social y, en consecuencia, una dificultad adicional para la negociación. De nuevo aquí emerge la idea del fomento de la sensibilidad/aprendizaje multinivel europeo en las instancias internas, en una nueva muestra de esa lealtad constitucional que es necesaria.

No es posible negar, pues, las altas dosis de imaginación que ha desarrollado el Consejo de Europa y el Tribunal de Estrasburgo con estas prácticas, evidenciando el propósito común de construir un sistema *verdaderamente integrado*, por lo que no puede merecer más que una valoración positiva, aún con todas las dificultades.

6. *Como es sabido, en la creación del espacio europeo de protección de derechos, el TEDH ha desarrollado una especial jurisprudencia protectora de la libertad de expresión. ¿Cómo valora tal jurisprudencia? ¿Quiere añadir algo sobre la ponderación que realiza el Tribunal de esa libertad fundamental con la prohibición de los denominados delitos de odio?*

ENOCHE ALBERTÍ ROVIRA

El TEDH, en efecto, ha desarrollado una jurisprudencia muy extensa y variada sobre el art. 10 CEDH, que, para sintetizar, podemos denominar en general como libertad de expresión, aunque contiene elementos y aspectos diversos. Una constante en esta jurisprudencia (ya desde las emblemáticas Sentencias *Handyside v. R*, 1976 y *Sunday Times v. RU*, 1979), es la consideración de que este derecho, trascendiendo su

dimensión estrictamente subjetiva e individual, desempeña un papel esencial en el funcionamiento del estado democrático. En función de esta posición central, el TEDH ha dispensado una amplia protección a la libertad de expresión (o al conjunto de libertades incluidas en el art. 10 CEDH), con especial énfasis en las comunicaciones que, fruto del ejercicio de estas libertades, se vinculan o contribuyen más directamente a la formación de una sociedad democrática. El TEDH aplica también aquí su doctrina del margen de apreciación nacional, especialmente para conceder a las autoridades nacionales libertad para valorar la concurrencia de circunstancias que justifican su limitación, en aplicación de los motivos que, según el propio Convenio, habilitan restricciones, con los problemas a los que ya se ha hecho referencia anteriormente. Pero este margen de apreciación es más reducido en este caso, debido al papel público esencial que desempeña la libertad de expresión, de modo que el escrutinio del TEDH desde el punto de vista de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas restrictivas adoptadas por el Estado es más estricto (así, muy recientemente la STEDH Stern Taulats v. España, de 13 de marzo de 2018, que reduce el margen de apreciación nacional y afirma además, en general, el control del Tribunal no solo respecto de las actuaciones concretas de las autoridades nacionales, sino también de la ley de la que traen causa). Por tanto, el control por parte del TEDH sobre las actuaciones restrictivas de este derecho se acentúa, en extensión e intensidad, elevando el nivel de protección del derecho para asegurar que las medidas adoptadas por los Estados constituyan limitaciones necesarias y proporcionales en una sociedad democrática para garantizar ciertas finalidades legítimas, que el propio CEDH ampara (apartado 2 art. 10).

Yendo ya directamente a la cuestión del discurso del odio por la que se inquiere en esta pregunta, este celo especial en la protección de la libertad de expresión ha llevado también al TEDH a examinar de manera muy rigurosa la eventual aplicación del instituto del abuso de derecho en relación con la libertad de expresión, con ocasión precisamente de la alegación del discurso del odio para excluir determinadas expresiones de la cobertura de este derecho. Porque, en efecto, pueden adoptarse medidas restrictivas aplicando alguno de los motivos que justifican la limitación del derecho y que habilita el propio Convenio, medidas que serán objeto de control por parte del TEDH desde los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad; o bien puede pretenderse excluir directamente una determinada expresión o comunicación del ámbito de protección del derecho. Ello es lo que ocurre cuando se aplica el abuso de derecho: formalmente se está ejerciendo el derecho a la libre expresión, pero en realidad se incurre en un abuso de derecho, prohibido por el art. 17 CEDH. No pueden utilizarse derechos reconocidos en el CEDH para amparar actividades que tienden a la destrucción de estos mismos derechos. Los actos que expresan un discurso del odio tienden precisamente a negar e incluso destruir el sistema de derechos de la CEDH y los valores básicos en los que se fundamenta, y por ello no pueden merecer su protección, debiendo ser considerados un ejercicio abusivo del derecho a la libre expresión. Teniendo esta trascendencia fundamental, al quedar excluido de la protección que brinda el derecho a la libre expresión, es obvio que resulta imprescindible acotar lo más nítidamente posible el concepto y el ámbito del discurso del odio. Esta cuestión ha adquirido además un especial relieve en España en los últimos tiempos, con una actitud zigzagante del TC (moviéndose entre posiciones muy permisivas, como la que manifiesta en la STC 235/2007, en la que considera que la negación, mera, del genocidio no puede ser objeto de persecución penal, y otras muy restrictivas

—como la STC 177/2015, que considera legítima la condena penal por la quema de un retrato del Rey, por constituir una incitación al odio y a la violencia— que se enmarcan no obstante en una tendencia del Tribunal en general restrictiva de la libertad de expresión y de información que «alarma», en palabras textuales, a algún magistrado del propio Tribunal —VP de Xiol Ríos en la STC 177/2015— y ha ocupado un lugar destacado en las acciones emprendidas por el ministerio fiscal con ocasión de la persecución penal alrededor del referéndum del 1 de octubre y del conflicto de Cataluña.

Para evitar que el argumento del discurso del odio, que una sociedad democrática tiene el deber de perseguir penalmente, se utilice para limitar ilegítimamente la libertad de expresión, que es fundamento de esta misma sociedad democrática, debe delimitarse con la mayor claridad posible su ámbito. Y para ello resulta útil acudir a la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH *Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003; *Partido Popular demócrata-cristiano v. Moldavia-2*, de 2 de febrero de 2010; *Otegi Mondragón v. España*, de 15 de marzo de 2011; *Stern Taulats*, citada, entre muchas otras) y también a algunos instrumentos comunitarios europeos, como la Decisión marco 2008/913 JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, que pueden arrojar luz en la cuestión. Creo que en este sentido merecen destacarse al menos dos elementos esenciales, que fueron bien entendidos en el VP de Xiol Ríos a la STC 177/2015: primero, los destinatarios del discurso del odio deben ser personas (y no instituciones), y, específicamente, grupos e individuos pertenecientes a los mismos, definidos por la raza, el color, la religión o el origen nacional o étnico (en la lista, abierta, de la Decisión marco 2008/913); y segundo, la expresión realizada, que debe ser pública, debe suponer una incitación a la violencia o a la negación de derechos de las personas o grupos concernidos. Naturalmente, no toda expresión que no incurra en estas dos circunstancias es automáticamente legítima. Podrá constituir, sin duda, un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, pero no será un discurso de odio, y su legitimidad deberá medirse en todo caso mediante otros parámetros (p.ej., ponderación respecto de los derechos al honor o a la intimidad).

Estas dos condiciones no resuelven definitivamente la cuestión, pero sí ayudan a orientarla en una dirección, creo, adecuada. Y, desde luego, presentan también numerosos problemas que requieren un tratamiento que aquí no cabe. En un inventario que no es exhaustivo puede citarse, a modo de ejemplo, la posibilidad de ampliar los «factores de odio», dado que la lista de la Decisión marco es expresamente abierta, y que el TEDH ha considerado que pueden entrar en esta categoría otras formas basadas en la intolerancia (STEDH *Gündüz c. Turquía*, 2003, entre otras); o la caracterización de las conductas concretas que expresan el discurso del odio, cuestión en la que resulta muy difícil establecer criterios generales, dado que, además de su enorme variedad, su sentido depende en gran parte del contexto en el que se producen y las concretas circunstancias que las rodean. En todo caso, y dado que la libertad de expresión, como ha dicho repetidamente el TEDH, no sólo protege las manifestaciones complacientes o inocuas, sino también, y quizá especialmente, las que «chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de su población» (STEDH *Handyside*, ap. 49) o, en otras palabras, las que «hieren, ofenden o importunan» (STEDH *Stern Taulats*, ap. 31), es necesario proceder a una delimitación, con criterios restrictivos, del discurso del odio, pues incluir en él expresiones de protesta o de crítica supondría una restricción ilegítima de la libertad de expresión, y «probablemente

perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática» (STEDH Stern Taulats, ap. 41).

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

De forma globalmente positiva. En primer lugar, porque en la jurisprudencia del TEDH se ha insistido siempre en que la libertad de expresión tiene un significado que va más allá de la relevancia propia de un derecho individual: tiene una trascendencia o dimensión institucional en el marco de un sistema democrático. Sin comunicación pública libre, no hay sociedad libre, ni por tanto soberanía popular, no hay democracia en suma. La libertad de expresión es una piedra de toque para catalogar un régimen político, porque juega un papel decisivo en el control de los gobernantes (función de «perro guardián»). Sólo un ciudadano bien informado, no manipulado o adoctrinado, es capaz de formar libremente sus propias convicciones y participar de forma responsable en el debate público. Y en segundo lugar porque ha declarado repetidamente que en una sociedad abierta y pluralista, no sólo se protegen las informaciones o ideas acogidas favorablemente por la sociedad o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (y sobre todo) las opiniones que incomodan, perturban o molestan a las autoridades o a algún sector de la población, que resultan impopulares, heterodoxas o «políticamente incorrectas», pero contribuyen al debate público. Este derecho adquiere pleno sentido cuando se ejerce para disentir de las convicciones dominantes. Y el Tribunal siempre ha tenido muy presente esta dimensión «contramayoritaria» de la libertad de expresión.

De ahí, por ejemplo, que se reconozca el carácter preferente de esta libertad en el ámbito del discurso político. En este ámbito, el Tribunal aplica un escrutinio muy estricto a la hora de juzgar las injerencias en su ejercicio. Lo sabemos muy bien, porque España fue condenada en 1992 en el caso *Castells* (un senador de HB condenado por injurias a la Corona por un artículo en el que denunciaba la complicidad de las autoridades españolas en la «guerra sucia» contra ETA) en una sentencia (que suele citarse como *leading-case*) que puso el acento en la necesidad de proteger especialmente la libertad de crítica de un político de la oposición y no acudir a la vía penal para sancionar posibles excesos si existen otras alternativas. Más recientemente, en el asunto *Otegi Mondragón* (2011), el Tribunal consideró que la condena por injurias al Rey impuesta al portavoz de la izquierda *abertzale* (que en una conferencia de prensa se había referido al Rey como «responsable de los torturadores que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia») vulneró el art. 10 del CEDH. El TEDH recuerda que el artículo 10.2 del Convenio apenas deja espacio para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y el debate político o de las cuestiones de interés general (en este caso, el cierre del diario *Egunkaria* y la detención de sus responsables algunos días antes, así como de la denuncia de malos tratos formulada por estos últimos). La libertad de expresión de un cargo electo, de un parlamentario, es especialmente valiosa, porque representa a sus electores, manifiesta sus preocupaciones y defiende sus intereses y se le puede permitir una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación. En este caso, el demandante ofrecía una imagen muy negativa del Rey como institución y su discurso tenía una connotación hostil, pero no incitaba a la violencia ni se trataba de un discurso de odio. Además, los límites de la crítica

admisibles son más amplios cuando el afectado es un cargo público, que se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos. Tiene que asumirse que el grado de tolerancia es mayor que el exigible a un particular. En este sentido, el Tribunal reitera sus reservas respecto de la sobreprotección del honor o la reputación del Jefe del Estado mediante un tipo específico con una sanción más grave (art. 490.3 CP). A su juicio, esa mayor protección no se ajusta al espíritu del Convenio. Es un privilegio exorbitante, porque el hecho de que el Rey ocupe una posición de árbitro neutral y símbolo de la unidad del Estado no lo pone al abrigo de cualquier crítica en el ejercicio de sus funciones. La sentencia analiza, por último, la proporcionalidad de la sanción impuesta al demandante, que considera particularmente severa, aunque finalmente se suspendiera su ejecución. La condena resulta desproporcionada y produce inevitablemente un efecto disuasorio.

En la jurisprudencia del TEDH, la intensa protección del discurso político y el debate público sobre cuestiones de interés general encuentra dos límites, ya apuntados en las sentencias que hemos comentado. La primera línea roja es la incitación a la violencia, su abierta justificación o el llamamiento a ejercer la violencia. Pocas dudas suscita esta excepción, que el Tribunal ha invocado como criterio determinante en todas sus sentencias sobre la disolución de los partidos kurdos en Turquía, por ejemplo. Más dificultades plantea la identificación del segundo de los límites: el discurso del odio (*hate speech*), un término con el que se designan las manifestaciones de odio, desprecio o intolerancia contra determinados grupos, que están motivadas por prejuicios ligados a religión, etnia, género, discapacidad u orientación sexual, entre otros factores. Se trata de expresiones que pueden resultar ofensivas porque reflejan una actitud de desprecio y de hostilidad hacia los integrantes de un determinado grupo. Es el discurso de los pirómanos que agitan y exacerban las tensiones culturales, raciales o religiosas y ponen en riesgo la convivencia entre grupos y comunidades. Para el Tribunal, este lenguaje hostil no llega a constituir incitación directa a la violencia, pero puede contribuir a crear un clima de tensión social, de crispación, que, debido al rencor acumulado, puede acabar quizá degenerando en violencia, en crímenes o delitos de odio, pero se trataría en todo caso de un efecto no inmediato, sino indirecto.

Por razones históricas, biográficas (la experiencia traumática del totalitarismo y del horror del holocausto ha marcado nuestra memoria colectiva) en Europa hemos aprendido la lección: más vale prevenir que lamentar. La tolerancia con los intolerantes puede conducir al suicidio (de ahí la concepción de la democracia como una democracia militante, beligerante con los enemigos de la libertad). No se confía en la capacidad de las democracias europeas para resistir la embestida de discursos tóxicos que niegan la igual dignidad básica de todos los seres humanos y crean un caldo de cultivo de hostilidad que puede desembocar en agresiones violentas. Para el Tribunal, se puede impedir su libre circulación, no hace falta esperar a que el discurso de odio constituya un peligro real e inminente para nuestras democracias, porque podría ser demasiado tarde.

Es este un punto en el que se observa una acusada divergencia entre el enfoque predominante en Europa, que es el que adopta el TEDH, y la protección a ultranza de la libertad de expresión en el ordenamiento norteamericano. En la regulación de esta libertad en las Constituciones europeas y en el propio art. 10 del Convenio se pone el foco en los límites y responsabilidades que entraña su ejercicio, mientras que la concepción norteamericana se puede definir como libertaria y viene marcada por la desconfianza hacia el

Estado, por lo que se ve con recelo cualquier regulación estatal que, para fomentar valores como la igualdad o la dignidad, restrinja la libertad de expresión de los disidentes. En un contexto de recrudescimiento del racismo, del antisemitismo y la xenofobia en Europa, un fenómeno alarmante, se considera necesario adelantar las barreras de protección, reprimiendo penalmente las ideas basadas en el odio racial, en la convicción de que en muchos casos los crímenes de odio tienen su origen en la difusión de ideas o discursos de estigmatización, discriminación u odio hacia determinados colectivos sociales, que dañan la convivencia democrática y la integración de las minorías.

Con independencia del mayor o menor acierto en su aplicación, de la jurisprudencia del TEDH se desprende claramente que el lenguaje del odio es una forma de expresión que no merece ser protegida, porque no contribuye en modo alguno a un debate público fructífero. Su doctrina se resume en la idea de que «la tolerancia y el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, por lo que en principio se puede juzgar necesario sancionar, e incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten a, promuevan o justifiquen el odio fundado en la intolerancia... siempre que las condiciones, restricciones o sanciones que se impongan sean proporcionadas al legítimo objetivo perseguido (*Erbakan c. Turquía*, 2006).

Es más, el Tribunal de Estrasburgo, al igual que en las decisiones relativas a la negación de hechos históricos «bien establecidos» como el Holocausto, ha acudido en ocasiones al art. 17 del Convenio (la cláusula del «abuso de derecho»), para justificar ese rechazo, con el argumento de que la libertad de expresión no puede ejercerse para actividades contrarias al texto y al espíritu del Convenio, que, si fuesen admitidas, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades previstos por dicho Convenio. Con esta cláusula se quiere impedir que los enemigos de la democracia se sirvan de los derechos reconocidos en el Convenio como caballos de Troya para desestabilizar el sistema democrático y los valores que lo conforman. En estos casos, el Tribunal declara directamente la inadmisibilidad de la demanda, sin entrar a analizar el fondo del asunto por tratarse de mensajes frontalmente opuestos a los valores esenciales del Convenio. Fue en el asunto *Glimmerveen y Hagenbeek c. Holanda* (1979), en el que por primera vez la Comisión recurrió a este arma de grueso calibre para impedir que al amparo del artículo 10 pudieran propagarse ideas o mensajes racistas. Los demandantes habían sido condenados por estar en posesión de octavillas que incitaban a la discriminación racial y se les había impedido presentarse como candidatos a las elecciones municipales de un partido que defendía una concepción del mundo basada en Estados étnicamente homogéneos.

En el caso *Norwood vs. Reino Unido* (2004), el demandante, un militante del Partido Nacional británico (BNP) que tras el ataque del 11-S contra las torres gemelas de Nueva York había colocado en su ventana un cartel que mostraba la imagen de dos torres gemelas ardiendo, acompañada de la frase «Fuera el Islam-Protejamos al pueblo británico», había sido condenado a una multa en aplicación de la Ley de Orden Público de 1986. El TEDH resolvió el caso aplicando la cláusula del art. 17: «palabras e imágenes como las contenidas en el póster constituyen la expresión pública de un ataque contra todos los musulmanes del Reino Unido. Un ataque tan vehemente, con carácter general, contra un grupo religioso, que establece un vínculo entre el grupo en su conjunto y un grave acto terrorista, es contrario a los valores proclamados y garantizados por el Convenio, a saber, la tolerancia, la paz social y la no discriminación», por lo que no goza de la protección del art. 10 CEDH.

En otras ocasiones, sin embargo, y esta es la tónica dominante en la actualidad, el TEDH aplica el test de proporcionalidad y entra a valorar las circunstancias que rodean el caso: el contenido y la forma de la expresión, la intención del autor de la misma, el contexto y el previsible impacto del mensaje en la sociedad, su contribución al debate público, así como la gravedad de la sanción. Así resolvió, por ejemplo, el polémico asunto *Jersild c. Dinamarca* (1994), que trae causa de la emisión de un programa televisivo sobre bandas juveniles neo-nazis en el que miembros de uno de estos grupos de adolescentes vieran comentarios racistas y xenófobos. La sentencia deja claro que los tres jóvenes condenados por sus declaraciones insultantes y amenazantes no podían beneficiarse de la protección del art. 10, que no ampara el discurso racista.

En el caso *Soulas y otros c. Francia* (2008), los demandantes fueron condenados a una multa como autores o cómplices de un delito de provocación al odio o la violencia por la publicación de una obra («La colonización de Europa. Discurso verdadero sobre la inmigración y el islam») en la que se defendía la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica. El TEDH valora, entre otras cosas, que los tribunales franceses habían subrayado que el libro trataba de provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo en contra de las comunidades que se califican de principal enemigo. Teniendo en cuenta el margen de apreciación de las autoridades francesas, el Tribunal estima que la injerencia en el derecho de los demandantes a la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática.

Una de las sentencias más emblemáticas en esta materia es la dictada en 2009 en el asunto *Féret c. Bélgica*. El demandante, diputado y presidente del partido político Frente Nacional, había sido condenado a trabajos de interés para la comunidad y a una pena de ineligibilidad de 10 años, por incitación pública a la discriminación o al odio racial, por haber distribuido determinadas octavillas en el curso de la campaña electoral de su partido. Estos panfletos exhortaban a oponerse a la islamización de Bélgica, a interrumpir la política de pseudo-integración, a dar prioridad en el empleo a los belgas, y a repatriar a los desempleados extraeuropeos. También se asociaba a los musulmanes con el terrorismo. Pues bien, aunque la sentencia comienza recordando que la libertad de expresión del demandante merece la máxima protección al tratarse de un discurso político ejercido en el marco de una campaña electoral, el Tribunal advierte que su discurso suscitaba inevitablemente sentimientos de desprecio, de rechazo, incluso de odio hacia los extranjeros. Ese mensaje difundido en el contexto electoral tenía aún mayor resonancia y constituía una incitación al odio racial. En consecuencia, la condena del demandante estaba justificada con el fin de proteger el orden público y los derechos de los demás (de la comunidad inmigrante, en este caso).

En esta sentencia se aprecia con mucha nitidez la postura del Tribunal: en los supuestos en los que las expresiones hostiles se dirigen contra grupos vulnerables que sufren discriminación, el criterio de la incitación a la acción es irrelevante. Se rechaza por tanto la doctrina norteamericana del *clear and present danger*: esas expresiones son en sí mismas inaceptables, aunque no se incite a la violencia o al delito, porque son discriminatorias y contrarias a la dignidad humana. Es una decisión polémica, porque estamos en la brumosa frontera entre el discurso que atiza el odio al inmigrante y las manifestaciones xenófobas que tendrían cabida en el debate político. ¿Serían punibles los mensajes xenófobos de formaciones como la Liga en Italia, el Frente Nacional en Francia o Alternativa para Alemania? En España, unas declaraciones similares del candidato a la alcaldía de

Badalona, García Albiol, no fueron consideradas delictivas (SAP Barcelona de 22 julio 2014). Una decisión que se sustenta en los mismos argumentos que esgrimen los tres jueces que formulan la opinión disidente a la sentencia dictada en el caso *Féret*. A su juicio, el discurso político no se puede reprimir penalmente. Son conscientes de que el impacto a largo plazo de la propaganda xenófoba constituye un grave problema para las sociedades democráticas. Pero una noción del discurso del odio que vaya más allá de la incitación directa a la violencia o la intolerancia es demasiado amplia para ser compatible con una protección firme del discurso político. El peligro potencial de una serie de consignas políticas aisladas no justifica una respuesta penal tan desproporcionada. La cuestión es muy delicada y a uno le asaltan muchas dudas, pero tiendo a pensar que no es una buena idea acudir a los tribunales para expulsar a golpe de sentencia las propuestas políticas que se inscriben en el marco de un debate de interés general sobre los problemas derivados de la integración de los inmigrantes. Me parece más eficaz combatir las con argumentos que censurarlas o condenarlas en sede judicial.

Mención aparte merece la reciente STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, que aprecia la existencia de una vulneración de la libertad de expresión de los dos demandantes, condenados por quemar una fotografía de los Reyes de España en el curso de una manifestación pública. En contra del criterio sostenido por nuestro Tribunal Constitucional, que consideró que eran culpables de incitación al odio y a la violencia contra el Rey y la Monarquía, el TEDH declara que el acto cometido por los demandantes formaba parte de una crítica política, no personal, de la monarquía como institución, y del Reino de España como nación. Se enmarcaba dentro de una campaña de actos de provocación programados con el fin de atraer la atención de los medios. El Tribunal considera que los demandantes utilizaron la imagen del Rey como símbolo de su condición de Jefe del Estado y decidieron prender fuego a la fotografía como expresión de su rechazo a la institución. La intención de los demandantes no era incitar a nadie a cometer actos de violencia contra el Rey. En conclusión la pena de prisión impuesta a los demandantes no es proporcionada al objetivo perseguido ni necesaria en una sociedad democrática. Esta sentencia, cuyo fallo comparto plenamente, es muy importante, porque deja muy claro cuál es el concepto canónico de «discurso de odio» que el TEDH ha ido perfilando, frente a las interpretaciones que vienen a banalizar o desvirtuar su genuino significado, que no es otro que el de proteger a grupos vulnerables, no a las autoridades o instituciones.

Entre estos grupos, por cierto, hay que incluir a los homosexuales. En relación con la homofobia, el odio motivado por la orientación sexual, cabe destacar la Sentencia dictada en el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012). Los demandantes habían sido condenados por distribuir en un instituto de enseñanza secundaria panfletos en los que se afirmaba que la homosexualidad era una inclinación sexual desviada, que destruía los fundamentos morales de la sociedad sueca, y que era una de las principales causas de contagio del VIH y de otras enfermedades de transmisión sexual. El Tribunal sostuvo que, si bien los pasquines no incitaban directamente a cometer actos de violencia contra los homosexuales, contenían graves y perjudiciales acusaciones. Cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando se ejerce de forma irresponsable. Y declaró además que la discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, el origen o el color.

VÍCTOR FERRERES COMELLA

La doctrina del TEDH en materia de libertad de expresión ilustra dos importantes características generales de su jurisprudencia. En primer lugar, el Tribunal no circunscribe su radio de acción a los casos más claros de violación de la libertad de expresión, sino que entra también a resolver asuntos altamente polémicos, como sucede, por ejemplo, con la prohibición del discurso del odio (*bate speech*). En segundo lugar, se trata de una jurisprudencia muy casuística. El TEDH, en efecto, sopesa un amplio conjunto de factores para determinar si, en las circunstancias concretas del litigio específico, la restricción que ha sufrido la libertad de expresión está o no justificada. Es extraordinariamente difícil «resumir» la jurisprudencia del TEDH a través de una serie más o menos reducida de reglas categóricas. Un ejemplo paradigmático del casuismo del TEDH lo encontramos en el asunto *Perinçek contra Suiza* (sentencia de 15 de octubre de 2015), a propósito de la negación del genocidio armenio. El Tribunal trata de distinguir entre un discurso pronunciado en Francia, por ejemplo, en el que se niega el Holocausto judío, y un discurso pronunciado en Suiza negando el genocidio armenio. Mientras que la libertad de expresión prevalece en este segundo caso, no lo hace en el primero. El Tribunal intenta justificar el contraste entre los dos supuestos a partir de múltiples factores (entre los que se encuentran el grado de distancia geográfica y el grado de distancia histórica). A mi juicio, y tal como argumentan los jueces que suscriben opiniones disidentes en el mencionado asunto *Perinçek*, la jurisprudencia del Tribunal no es coherente en esta materia. Quizás sería mejor que el Tribunal redujera el grado de casuismo con el que aborda los problemas de libertad de expresión, y elaborara reglas más generales, «resistentes» a la variedad de circunstancias de los distintos casos.

JAVIER GARCÍA ROCA

1. Valoro también favorablemente las aportaciones de la jurisprudencia europea al derecho a la *libertad de expresión* y otras libertades de la comunicación en una sociedad democrática, tal y como Rafael Bustos ha demostrado con más detalle en nuestro comentario al Convenio Europeo la *Europa de los derechos*.

Es una jurisprudencia extensa y en su día novedosa que ha tenido un serio influjo en los Estados, en particular al sentarse las bases de la jurisprudencia constitucional española, y que ha ayudado a crear unas sociedades más tolerantes y abiertas. Por más que pueda albergar claro está carencias y problemas. Dar noticia de la misma, siquiera sucinta, y de sus limitaciones y críticas requeriría un espacio muy amplio que resultaría inadecuado en esta encuesta. Me limitaré a dar algunas pinceladas impresionistas.

El artículo 10 CEDH reconoce la libertad de expresión en una triple dimensión, que el propio precepto concreta, libertad de opinión, libertad de transmitir información, y derecho a recibir información, sin perjuicio de que es manifiesto que existen bastantes otras facetas y derechos propios de la libre comunicación y no mencionados expresamente allí.

Recordaré la progresiva y trascendental liberalización de la radiodifusión en los años noventa, rompiendo el viejo monopolio del servicio público estatal para permitir el acceso a manos privadas, y el reconocimiento del *derecho a la creación de medios de comunicación* por cualquier soporte que ha impulsado el TEDH. Subrayaré la importante sentencia

Invormationsverein Lentia contra Austria, de 24 de noviembre de 1993, que tanto influjo tuvo en el cambio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional para reconocer este derecho en la sentencia sobre la ley de la televisión privada y aún más en otras en esa época. Unas cuestiones que investigué durante un tiempo.

El Tribunal Europeo no distingue normalmente entre las libertades de expresión e información como hace el Tribunal Constitucional español. El basamento de toda la construcción es el papel esencial de la libertad de expresión en un sociedad democrática, siguiendo un entendimiento institucional y objetivo del derecho aunque el TEDH no lo diga así. Son esenciales los muy conocidos casos *Handyside contra el Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Sunday Times contra el Reino Unido*, de 27 de abril de 1979, y *Lingens contra Austria*, de 6 de julio de 1986. Sin libertad de expresión no existe una opinión pública libre —se dice— y esta dimensión objetiva concede un lugar central a esa libertad en el sistema de los derechos civiles y políticos. No se trata sólo de las libertades profesionales de los periodistas sino de la libertad de comunicación de todos.

La primera manifestación de la libertad de expresión protegida fue la *libertad de prensa (freedom of press, journalist freedom)* en cualquier asunto de interés general que despierte la preocupación de los ciudadanos. Está especialmente protegida, para evitar que se impida a la prensa cumplir su papel como perro guardián (*public watchdog*) de la democracia, informando al público de lo que ocurre. Una faceta ya sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos, pero que el TEDH ha reiterado mucho en su jurisprudencia en cientos de casos con paciencia hasta que la idea ha ido calando y se ha consolidado, por más que no deje de haber frecuentes violaciones que las sentencias declaran.

El grado de conexión con el interés general determina la intensidad de la protección de la libertad de opinión y expresión. De suerte que las fuertes críticas políticas a los gobiernos y a las instituciones públicas deben ser toleradas. La Corona entre ellas según el caso *Otegui Mondragón contra España*, de 15 de marzo de 2011, confirmada en otra posterior, que si bien no declaran contrario al Convenio el delito de injurias al Jefe del Estado, hacen prácticamente imposible su aplicación, una cuestión sobre la cual el legislador debería hacer algo. Una excepción a la regla parece ser el Poder Judicial y sus autoridades donde tiende a ponderarse y protegerse la necesaria confianza de los justiciables en los procesos frente a críticas periodísticas especialmente duras, pese a que en ocasiones se admiten, reclamando la carga de una reforzada comprobación de los hechos.

En general, el Tribunal Europeo es muy reacio a admitir la imposición de penas privativas de libertad como sanción del ejercicio de la libertad de expresión al considerar la privación de libertad por estas conductas una medida desproporcionada y no necesaria en una sociedad democrática.

Deben soportar también este estándar convencional, la tolerancia a la crítica, las personas públicas en general, y en especial, los políticos, incluido el uso de términos abusivos o constitutivos de insultos, que puede merecer la calificación de afirmaciones tolerables, si sirven al debate y a crear opinión pública libre, resultando embebidos en las noticias e informaciones que se ofrecen. Es ilustrativo *Lopes Gomes da Silva contra Portugal*, de 28 de septiembre de 2000, un candidato a la alcaldía de Lisboa al que se calificó en un medio de idiota, nazi o grotesco personaje, calificativos que se aceptaron para permitir dar publicidad a sus ideas racistas. Un grado de abuso es inherente al uso. El estándar es sensato si se contempla desde la perspectiva institucional que la jurisprudencia asume y no es fácil decantar límites.

En efecto, el Tribunal Europeo ha protegido especialmente la libertad de comunicación en los debate públicos y, en especial, en el ámbito de la discusión y la crítica política y de la democracia representativa (*political speech*), donde ha sido muy exigente a la hora de tolerar límites. La libertad se combate con más libertad y suele decirse que una sociedad abierta debe admitir las críticas sin prohibirlas, aunque se trate de ideas chocantes y molestas y hasta irritantes para la inmensa mayoría de una comunidad nacional (vid *Lehideux et Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998 sobre la defensa de la República de Vichy). En este contexto, también pueden tolerarse provocaciones o exageraciones.

Se han interpretado, por tanto, muy restrictivamente las interferencias en la libertad de opinión de los representantes políticos y esta comprensión tiene pleno sentido democrático. También de los Abogados que se encuentran ejerciendo el derecho a la defensa de sus clientes para garantizar el derecho al proceso debido. Mientras, en cambio, el nivel de protección que merece la libertad de expresión en la publicidad o en el comercio es lógicamente menor, pues no existe un acusado interés general que tutelar. Estas ponderaciones me parecen sensatas de nuevo.

Otras manifestaciones y derechos protegidas en la jurisprudencia, sin ánimo de exhaustividad, son el secreto profesional de los periodistas, el derecho de acceso a los medios públicos en ciertas condiciones, o el derecho a la investigación de los hechos que deben ser objeto de información en relación con la actuación de la policía o de la hacienda pública en personas públicas y otros extremos.

Más complejo y confusa —inevitablemente— es la jurisprudencia respecto de los límites a la libertad de expresión, pues tienden a ser ponderaciones de derechos e intereses nada seguras. El apartado 2.º del artículo 10 CEDH, como otros preceptos del Convenio, reconoce expresamente la validez de ciertos límites, siempre y cuando resulten medidas necesarias en una sociedad democrática, estén previstos en las leyes, y se funden en fines *a priori* legítimos como pueden ser la seguridad nacional, la integridad territorial, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, y otros allí previstos, pero no es un enunciado tasado sino ejemplificativo. La verdad es que el TEDH, muy acertadamente y siguiendo el mismo enfoque institucional y democrático que he descrito, ha sido muy escrupuloso a la hora de aceptar límites a la libertad de expresión por más que igualmente reconozca un margen de apreciación nacional. La prohibición del discurso del odio (*hate speech*), cuestión a la que luego me referiré, es uno de los pocos límites razonables a la libertad de expresión que se han decantado.

Catalá y Bas y Bustos han sistematizado la jurisprudencia sobre los límites derivados de los intereses generales que el apartado 2.º del artículo 10 enuncia y concluyen que el TEDH no es excesivamente receptivo a admitir injerencias derivadas de lo que podemos llamar «*seguridad pública*» (seguridad nacional, orden público, prevención delito, seguridad nacional, integridad territorial), si no resulta evidente el carácter sensible de la información que merece ser protegida de la divulgación o se pone seriamente en riesgo el sistema democrático. Es patente que el orden público fue un límite creciente de la libertad de información en España durante la dictadura del General Franco y que otro tanto ocurre en diversos países autoritarios, recuérdese la consideración como terroristas de buena parte del nacionalismo y separatismo kurdo en Turquía, dificultándose incluso el uso del kurdo en las campañas electorales. De manera que un entendimiento restrictivo de esta cláusula tan expansiva resulta lógico para restablecer el equilibrio.

Por el contrario, las *cuestiones morales o éticas*, —concluyen su análisis estos autores— con mayor razón si están ligas a *sentimientos religiosos*, suelen permitir la introducción de un cierto margen de apreciación nacional. Pero no siempre. Los *Casos del Partido de la Prosperidad y Miislum Giinduz ambos contra Turquía*, respectivamente, de 31 de julio de 2001 y 4 de diciembre de 2003, vinieron a reconocer que la *Sharia*, o cuando menos muchos de sus entendimientos, eran difícilmente compatibles con los valores democráticos; si bien es distinto incitar a la violencia contra los infieles por motivos religiosos que defender la *Sharia* sin llamar a la violencia. Son casos, por otra parte ligados a la *defensa de la democracia* como límite específico y muy resbaladizo, según he evidenciado en mi comentario a este caso del *Refah Partisi*. A veces es complejo saber y más de forma preventiva quién es un enemigo de la democracia.

Quizás donde la jurisprudencia es menos consistente y requeriría algunos matices y mejoras —por otra parte nada sencillas de hacer— es respecto de la colisión con los derecho al *honor o reputación, la vida privada y la propia imagen* como límites imprecisos a la libertad de expresión; pero otro tanto semejante ocurre con las jurisprudencias nacionales. El artículo 10 del Convenio no menciona el honor como derecho sino que alude a la «protección de la reputación» al hablar de los límites, parece referirse a la consideración objetiva que los demás tienen de una persona o «reputación ajena». El TEDH ha distinguido, como la *Supreme Court* de EEUU, entre personas públicas y privadas, y lo mismo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en este diálogo judicial; también se ha usado la pauta de la propia conducta y la esfera íntima o reservada delimitada por su titular. Pero ya sabemos que las ponderaciones con estos estándares en los supuestos de conflicto no son nada seguras. Con mayor razón, si pueden admitirse exageraciones y debe al tiempo preservarse la crítica política y el derecho a recibir información. Con el derecho a la intimidad o a la vida privada y familiar y la captación de imágenes de personajes públicos y sus familias en lugares públicos ha habido bastantes problemas a la hora de decantar algunos razonables límites en aspectos de su vida no conectados con sus funciones públicas; son conocidas las sentencias respecto de Carolina de Mónaco (*Von Hannover contra Alemania*, de 24 de junio de 2004) y las controversias acaecidas entre tribunales.

2. El discurso del odio (*hate speech*) es uno de los pocos límites internos y estructurales a la libertad de expresión en una sociedad abierta. Esto es claro y lo comparto plenamente. Pero la expresión puede que no sea tan afortunada, pues no es nada precisa a la hora de introducir un límite. No es nítida la diferencia entre un discurso del odio, que no puede estar protegido por la libertad de expresión en una sociedad decente y queda fuera de su ámbito normativo, y los discursos provocadores, ofensivos inoportunos e impopulares que por el contrario sí lo están⁷.

En un mercado de las ideas donde el pluralismo es un valor constitucional y donde no existe una idea de democracia militante, los discursos deben combatirse normalmente con otras ideas y no mediante un Derecho represivo. Así el Tribunal Constitucional (STC 235/2007) declaró inconstitucional el tipo penal que castigaba la negación del genocidio, pero el legislador penal ha vuelto a introducirlo en 2015, si bien el asunto tiene que ver con un injustificable racismo. Al cabo, una Decisión Marco del Consejo de la UE de 2008 incidía en la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia mediante el

7 Cfr L. ALONSO y V. VÁZQUEZ (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*. Prólogo de A. CORTINA, Athenaica, Sevilla, 2017.

Derecho Penal. El racismo es una manifestación cierta e intolerable del discurso del odio entre comunidades, y así ocurre también con la incitación al terrorismo. De hecho, el TEDH tiene a considerar incluidas en el concepto las incitaciones a la violencia y las expresiones de odio racial, antisemita o islamofóbicas o contra los extranjeros, y el negacionismo como forma de difamación racial. Pero hay otros terrenos menos nítidos que podrían considerarse por algunos incluidos dentro del discurso del odio y no deberían ser criminalizados, aunque puedan estar excluidos de la libertad de expresión.

Mientras el paradigma estadounidense se caracteriza por la tolerancia absoluta al amparo de la Primera Enmienda a la Constitución, un segundo paradigma europeo ha sentado límites respecto de afirmaciones que inciten a la violencia o la discriminación. Puede leerse *Otto Preminger-Institut contra Austria*, de 20 de septiembre de 1994, referido a un secuestro judicial de una película que incurría en blasfemia u ofensas religiosas cuya convencionalidad esta sentencia del TEDH aceptó con varios votos disidentes.

No obstante, Juan Antonio Carrillo Donaire advierte que a raíz de casos como el del seminario francés Charlie Hebdo en 2015, o la publicación de viñetas de Mahoma en un diario danés en 2005, y la creciente presencia de serias amenazas del terrorismo islámico se abre un debate europeo sobre la conveniencia de penalizar la difamación religiosa⁸. Un segundo problema es pues la necesidad o conveniencia de la represión penal de estas prácticas ligadas a un concepto inseguro.

No obstante, no me resisto a traer a colación que la blasfemia está en el mismo origen de la libertad de expresión y la tolerancia desde el provocador escrito publicado en 1755 por Voltaire sobre la doncella o la virgen de Orleans con afán de burlarse de uno de los mitos nacionales franceses más arraigados en su época. Vamos a prohibir o criminalizar a Voltaire o los cuentos... Me parece esencial una tolerancia intercultural.

Aunque no faltan pensadores como Karl Popper que creen que un exceso de tolerancia conduce necesariamente a la supresión de la tolerancia. Una posición que le lleva a declarar como enemigos de una sociedad abierta a todos los pensadores que tacha de idealistas y cuyo pensamiento no comparte. No me parece cabal combatir excesos con más excesos. El buen Derecho Constitucional demanda equilibrio. El problema del discurso del odio es en última instancia un debate sobre la tolerancia y admito abrigar aquí una idea muy liberal que me lleva a que no me guste mucho prohibir. Hay que pensárselo mucho antes prohibir y mucho más antes de introducir penas privativas de libertad.

Pero la verdad es que ha habido una tendencia a penalizar los delitos del odio en Europa. La reforma del Código Penal de 2015 en sus artículos 510 y 520, principalmente, sigue esta estela. Pero sensatas recomendaciones del Consejo de Europa sugieren otras vías represoras de menor intensidad. Advierto un salto en el razonamiento con la tutela penal de cualesquiera manifestaciones relacionadas con el discurso del odio sin mayores limitaciones, tipificando numerosos contenidos y conductas. Tengo además serias dudas de que los jueces penales, por oficio prudentes en su minimalismo, apliquen tipos tan largos y amplios como el farragoso artículo 510 del Código Penal que ocupa varias páginas y castiguen a los acusados con penas privativas de libertad. Quizás deberíamos comenzar por saber si el tipo se aplica en la realidad, porque de no ser así, quizás deberíamos dudar de la validez del precepto y revisarlo para hacerlo más chiquito.

8 Idem, p. 23.

En la presentación del libro en la Complutense sobre el discurso del odio que acabo de citar, una filósofa con la autoridad de Adela Cortina —quien prologaba el libro— expuso con brillantez cuan inaceptable moralmente era este discurso, para luego defender su criminalización, alegando que «había que mandar un mensaje claro a la sociedad». Como yo presidía el acto me sentí obligado a añadir con cariño que quizás fuera así, y fuera menester una actuación contundente de los poderes públicos y represiva, pero que convenía castigar penalmente sólo las conductas más graves e indubitadas, y no las mínimas. Argumentando lo inadecuado del amplísimo tipo del artículo 510 del Código Penal, que no parece contener límites en cualquier manifestación de «odio, hostilidad, discriminación» por cualquier motivo. Me preguntaba si íbamos a encarcelar a un Obispo de la Iglesia Católica que había hecho entonces unas afirmaciones muy ignorantes, inadecuadas y ofensivas sobre la homosexualidad, amparándose en supuestas ideas religiosas. Ciertos ataques vehementes y absurdos no pueden ser tolerados pero no deben ser criminalizados con penas privativas de libertad.

LUIS JIMENA QUESADA

La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión constituye, seguramente, uno de los reflejos más paradigmáticos de los tres pilares del Consejo de Europa (Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos). Ya la STEDH *Handyside c. Reino* de 7 de diciembre de 1976 incluyó un pasaje en el que se condensaba su trascendencia, contenido y límites, sosteniendo que tal libertad se erige en «uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10, dicha libertad incluye no sólo las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, pero también las que golpean, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay «sociedad democrática». De ellos se desprende, en particular, que toda «formalidad», «condición», «restricción» o «sanción» impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido» (párrafo 49).

Resultaría muy prolijo efectuar un balance de los tipos de mensajes comprendidos en el ámbito material de la libertad de expresión (políticos, religiosos, artísticos, comerciales —en este caso, no como contenido principal, sino a título secundario—) y el juego de las restricciones en estas décadas de jurisprudencia del TEDH. Por añadidura, un balance general, con respecto al conjunto de países del Consejo de Europa, se revelaría enormemente complejo, precisamente por el modo en que el TEDH ha hecho operativo el margen de apreciación nacional y la diversa entrada en escena (en el tiempo y en el espacio) de las eventuales limitaciones previstas en el apartado 2 del art. 10 CEDH. Con tales presupuestos y matices, el balance general sólo puede ser positivo. Por otra parte, el balance específico con relación a España (en el que me centraré a continuación), tampoco puede ser negativo, si bien es necesario introducir algunos elementos críticos para que la jurisprudencia del TEDH (sin duda, objeto de controversia política, social y mediática) sea correctamente entendida sin caer en fácil tergiversación e hipócrita corrección política.

Particularmente, en lo que nos concierne, a diferencia del prisma restrictivo en el terreno sindical (STEDH *Palomo Sánchez y otros c. España* de 12 de septiembre de 2011),

se ha conferido una gran amplitud al ejercicio de la libertad de expresión por la abogacía en el foro (STEDH *Rodríguez Ravelo c. España* de 12 de enero de 2016), o por la profesión periodística en el escenario de la discusión política (STEDH *Jiménez Losantos c. España* de 14 de junio de 2016). Como contrapunto, como la ponderación («balancing») del juego de los apartados 1 y 2 del art. 10 CEDH es susceptible de delicados equilibrios, aunque el TEDH haya ensanchado el ámbito material de la libertad de expresión (especialmente en relación con personajes públicos), lo bien cierto es que dicha libertad no puede ejercerse de manera desproporcionada (ni siquiera por quienes hacen del periodismo su profesión) frente al honor y a la vida privada (STEDH *Rubio Dosamantes c. España* de 21 de febrero de 2017).

Se ha reconocido igualmente por el TEDH de manera amplísima la libertad de expresión ejercida por políticos o en una protesta política frente a la reputación del Gobierno (STEDH *Castells c. España* de 23 de abril de 1992) o contra la dignidad del Jefe del Estado (STEDH *Otegi c. España* de 15 de marzo de 2011) y/o de la Nación (STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018), con una proyección llamativamente benévola para los demandantes que a buen seguro puede resultar sorprendente en otros países (en la vecina Francia, pongamos por caso) en donde el respeto a las instituciones y símbolos nacionales se toma en serio sin complejos.

El último caso mencionado, por su carácter reciente y la situación política actual en España (lamentablemente alterada en la normalidad democrática por el desafío secesionista en Cataluña), merece algunas consideraciones. La primera, por empezar con una lectura en clave positiva, que el TEDH está instando a un debate más amplio acerca de la no aplicación de penas de prisión para delitos de opinión o cometidos mediante un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. En segundo lugar, en contraste, resulta preocupante que el principio de proporcionalidad pueda devenir una especie de mantra (también en la doctrina constitucionalista) para asumir posturas cómoda y falsamente progresistas; me explico: ciertos comentarios doctrinales y algunos medios de comunicación han transmitido la impresión (de mala o buena fe) según la cual el TEDH avalaría simple y llanamente quemar fotos del Rey, en lugar de explicar que la Corte de Estrasburgo no da luz verde a semejante actitud, sino que exige un castigo proporcional (por ejemplo, sanciones pecuniarias) que no implique la privación de libertad (salvo en circunstancias excepcionales —párrafo 34—).

Aun con todo, la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* presenta, en mi opinión, menor calado en cuanto al análisis estrictamente dogmático-jurídico del supuesto de hecho que en términos de una discutible laxitud permisiva de la incitación al odio (párrafos 41 y 42), no aceptada por las instancias judiciales internas (mejor situadas para ponderar el preciso contexto, como el propio TEDH ha mantenido reiteradamente acudiendo al ya reseñado margen de apreciación nacional). Desde luego, este otro debate, más profundo, indudablemente tiene que ver con las coordenadas (no exentas de un ostensible adoctrinamiento) en las que se ha desenvuelto en las últimas décadas el sistema educativo en Cataluña, cuya solución lógicamente no está en manos del TEDH, aunque sí puede beneficiarse de la contribución del Consejo de Europa a través de otras instituciones (por ejemplo, el Comisario Europeo de Derechos Humanos).

Con tal espíritu, permítaseme traer a colación el informe elaborado en su día por el Comisario Europeo (a la sazón, Álvaro Gil-Robles) tras su visita a España (y, más precisamente, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001) en donde, entre otros aspectos,

alertó sobre la necesidad de utilizar «los medios de transmisión de la cultura y del conocimiento para favorecer en los jóvenes y en los niños una concepción legítima de las posiciones nacionalistas», en lugar de favorecer «posiciones racistas o xenófobas», «lo que sin duda es incompatible con una concepción democrática de la sociedad y constituye un germen de violaciones de derechos humanos»; ello lo afirmó tras constatar «por información directa del Consejero de educación del gobierno vasco, esfuerzos y campañas escolares que tienen lugar actualmente para promover valores como la igualdad», pero «habría que estudiar el contenido de algunos libros de texto, que no están precisamente de acuerdo con un objetivo de comprensión mutua y de convivencia, o la erradicación de ciertos programas de la televisión pública vasca, en los cuales se tolera que los niños canten canciones de menosprecio respecto de los españolistas» (CommDH(2001)2 / 09 Marzo 2001, p. 12).

Lo anterior da pie para, concluyendo, añadir una referencia a la jurisprudencia del TEDH con respecto a los delitos de odio, que de algún modo se sintetiza en el citado párrafo 41 de la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (más información en la ficha temática sobre discurso del odio en la web del TEDH; la última versión visitada data de febrero de 2018: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf). Como línea de principio, resulta plausible que el TEDH entienda que «los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio quedan sustraídos de la protección del artículo 10 por el artículo 17», es decir, que no quedan amparados por la libertad de expresión del art. 10 CEDH, sino que constituyen abuso de derecho y se inscriben en la filosofía del adagio francés (atribuido a Saint-Just) «pas de liberté pour les ennemis de la liberté» recogido en el art. 17 CEDH.

En definitiva, en la realidad española actual, además de ese discurso del odio que fue objeto de controversia en el marco de la reiterada STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, no debe perderse de vista la jurisprudencia del TEDH que limita e incluso excluye de la protección del art. 10 CEDH (para reconducirlo al art. 17 CEDH) el discurso de odio racista, xenófobo, antisemita u otras formas de odio basadas en la intolerancia (por ejemplo, contra los sentimientos religiosos, excesivamente banalizados en España en los últimos tiempos a través de actos que revelan mala educación, peor gusto y un desdichado modo de vida guiado por el odio, avalados desgraciadamente por una sesgada utilización jurisdiccional interna de los cánones europeos). El reto de una difusión fidedigna y responsable de la jurisprudencia del TEDH, en esta materia y en general, no es menor para la doctrina constitucionalista.

CARLOS RUIZ MIGUEL

Como comenté al principio, opino que la jurisprudencia del TEDH sobre libertad de expresión no ha sido del todo afortunada, especialmente respecto a España, pues la misma ha llevado en muchos casos a vaciar de contenido el artículo 20.4 de la Constitución. El artículo 10 del CEDH que garantiza la libertad de expresión incluye en su apartado 2 numerosísimos límites. Es un hecho, sin embargo, que el TEDH ha hecho una lectura expansiva de ese artículo (entre otros, en casos referidos a España y valga de ejemplo de ello la reciente sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018 —asuntos 51168/15 y 51186/15—). La amplitud que tiene la libertad de

expresión en el Derecho Constitucional norteamericano no me parece trasladable a Europa porque los supuestos sociales que dan origen a la sociedad política norteamericana son diferentes. No creo que ayude a construir una democracia el amparar las injurias o los insultos. El hecho de que quien los sufra sea un personaje público no sólo debe ser una causa de justificación de los insultos, sino que muchas veces agrava el efecto de los mismos, pues la licitud del insulto a un personaje público relevante actúa como elemento de legitimación social de los insultos... que luego lógicamente se producen en el ámbito privado.

El tratamiento de la libertad de expresión por el TEDH es, para mí, un «contra-modelo» de lo que deber ser la interpretación jurídica porque en pocos casos, como en éste, las invocaciones a ciertas fórmulas (como la del «margen nacional de apreciación») conducen a resultados opuestos a los proclamados y que, además, no están previstos en la norma. Me atrevería a decir que quizá en ningún otro como en el conjunto de casos sobre este derecho el TEDH invoca tanto ese «margen nacional de apreciación»... para terminar exigiendo un «escrutinio estricto» por el TEDH que supone sustituir sistemáticamente la apreciación nacional sobre el asunto por la del TEDH. La técnica des-normativizadora por excelencia es la de la «ponderación». Ésta opera en el tercer momento del razonamiento del tribunal al examinar los límites a la libertad de expresión. El primer requisito, que en muy pocas ocasiones resulta problemático es que la injerencia esté «prevista por la ley», un punto donde la interpretación puede desplegarse con bastante respeto a la norma. El segundo requisito de la limitación, que tampoco plantea graves dificultades es que la limitación se haga invocando alguno de los «fines legítimos» para ello según el Convenio. Pero es el tercer requisito, el que la medida sea «necesaria en una sociedad democrática». Y es aquí donde, de forma diría que sistemática, tras proclamar la existencia de un «margen nacional de apreciación», el TEDH vacía el mismo al indicar que ello no impide la existencia de un «control europeo» que, lejos de ceñirse a definir el ámbito de ese «margen nacional» lo sustituye al considerar, mayormente la existencia de una «necesidad social apremiante» y la «proporcionalidad» de la medida.

Esto lleva a resultados poco ortodoxos jurídicamente donde buscando una «justicia material» el TEDH retuerce no sólo el texto del Convenio, sino su propia doctrina. Así ocurre en algunos casos donde, tras considerar que el CONTENIDO de una determinada expresión no está protegido por el artículo 10 del Convenio, y que por tanto la misma es antijurídica, tras haber invocado el «margen nacional de apreciación» considera que la SANCIÓN a esa expresión, insisto, antijurídica, es «contraria» al Convenio por ser «desproporcionada». Son varios los casos que pueden ilustrar esta forma de razonar, aunque valga citar como ejemplo el caso *Fatullayev contra Azerbaián*, de 22 de abril de 2010 o el más reciente *Stomakhin contra Rusia*, de 9 de mayo de 2018.

Es en este marco en el que podemos examinar la jurisprudencia sobre los «delitos de odio». El TEDH ha considerado que no todas las SANCIONES a los CONTENIDOS ilícitos son conformes al Convenio. Y de esta forma ha estimado que sólo las expresiones ilícitas que incitan a la violencia o al odio étnico son merecedoras de sanciones penales, debiendo sancionarse el resto de expresiones ilícitas por medios civiles o administrativos. Pero ha resultado que una vez sentado que sí podían ser sancionables penalmente, al menos, las expresiones de odio el TEDH ha entrado a juzgar si la «severidad» de la condena nacional era o no «proporcionada» (así en el caso *Stomakhin*) lo que a mi modesto entender constituye una gravísima extralimitación por parte del TEDH.

ROSARIO TUR AUSINA

La configuración del sistema democrático supranacional europeo conlleva, por definición, la generación de una real y efectiva opinión pública libre, generada en una ciudadanía libre pero formada y responsable, y de la que resulte una ponderación adecuada entre el leal comportamiento institucional y ciudadano, y el ejercicio de una libre —pero no ilimitada— crítica. En esta tarea, la misión del TEDH es clave, pues estamos ante uno de los ámbitos más significativos para el progreso democrático europeo, que se sustenta sobre el criterio del respeto y tutela de las minorías, uniendo lo diverso y lo común, y más si cabe en el contexto actual de las redes sociales y de las nuevas tecnologías. Por ello fue relevante, tanto llevar a cabo una férrea defensa de la libertad de expresión, como prever el *abuso de derechos* y perfilar y luchar contra el *discurso del odio*, pues solo así se combaten las desigualdades, se tutela la dignidad de las personas, y se pone en valor, precisamente, su propia libertad de expresión *en igualdad de condiciones*.

De este modo, vengo a señalar la Recomendación n.º R(97)29 del Comité de Ministros, que dicho discurso abarca «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante». Un compromiso que se conjugaría desde los inicios, en la jurisprudencia del TEDH, con la otra parte en conflicto: la idea de que al amparo de la libertad de información y de expresión tan válidas son las informaciones y las ideas inofensivas, indiferentes o amablemente recibidas, como aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o a una parte de su población. De la democracia forma parte no solo lo que nos une sino también lo que nos hace diversos, pues también la tolerancia, la apertura o el pluralismo se integran en aquella (SSTEDH *Handyside*, de 27 de diciembre de 1976; *Lingens*, de 8 de julio de 1986; *Oberblick*, de 23 de mayo de 1991; *Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992; doctrina recepcionada por diversas SSTC 62/1982, 76/1995 y 190/1992).

A partir de las consideraciones anteriores, a nuestro juicio la jurisprudencia europea sobre el tema ha puesto de relieve dos importantes problemáticas de enorme actualidad.

De un lado, su doctrina se ha mostrado rotunda, configurando una especie de *isla jurisprudencial* en concretos aspectos ligados a algunas experiencias históricas: en particular, los discursos negacionistas del Holocausto, cuya mera proclamación considera un abuso de derecho y una amenaza directa para la democracia que incita, *per se*, a la violencia y a la alteración del orden público. Un eje argumentativo que resulta difícilmente justificable en atención, precisamente, a la anterior doctrina del Tribunal, más benévola y equilibrada, según la cual se necesita, en otro tipo de discursos, aplicar el test de la proporcionalidad a los efectos de justificar la generación de violencia (Esquivel, «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuestiones Constitucionales*, 2016). El Tribunal pone, pues, excesivo empeño en mostrar que se trata de un episodio especialmente grave, arraigado en los orígenes históricos del Consejo de Europa, pero obviando que otros discursos del odio más actuales también son serios. Y es que, si bien es cierto que este concreto negacionismo ligado a la experiencia alemana puede haber disminuido en número de casos ante el TEDH, no lo es menos que existe una deriva y proliferación de los discursos negacionistas en general, ante los cuales el

Tribunal podría acabar aplicando aquel mismo estándar, lo que supondría a nuestro juicio una indeseable interpretación automática, excesivamente forzada y ajena a la teoría general de los límites que operan sobre la libertad de expresión en el acervo constitucional europeo.

De otro lado, el segundo aspecto problemático ha sido el de la valoración sobre el tipo de restricciones que, configuradas desde los Estados, son permisibles o *necesarias en una sociedad democrática* (art. 10.2 del Convenio de Roma). Ello nos introduce en la justificación de medidas represoras, y en el olvido —o no debida atención—, de los instrumentos preventivos. En efecto, ha sido respecto a los denominados *delitos de odio*, con una regulación polémica en el Código Penal español a través de las reformas de 2015, donde se ha producido un cierto divorcio entre los Tribunales internos y los supranacionales. En concreto, la reciente STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018, ejemplifica este contexto de discordancias interpretativas. Una resolución que amparó a los recurrentes por la quema de fotos del Rey, y en la que el TEDH entiende que no hay delito de odio y sí un legítimo ejercicio de la libertad de expresión pues, sostiene, aquello debió ser visto como un acto de rechazo y de insatisfacción, pero también como una crítica política, y no tanto personal, de la institución de la monarquía, insistiendo —desde un eje argumentativo clásico—, en que con ello no se generaron comportamientos violentos ni desórdenes.

Y es que, en cierto modo, el Tribunal pone en evidencia las restricciones de la libertad de expresión exacerbadas cuando advierte de la exigencia de que las autoridades *se contengan* en la utilización de la vía penal (párrafo 33 *in fine*), llegando al punto de someter incluso a crítica el uso de tipos penales especiales en materia de insulto (como los que se refieren a la Jefatura del Estado en nuestro Código Penal, art. 490). De esta forma el Tribunal centra su hilo argumental, puede que en exceso, en la crítica al sistema represivo. Una crítica no obstante merecida, pues lo cierto es que en la reforma de los arts. 510 y 578 del Código Penal, se introdujo como delito el enaltecimiento, la incitación o la promoción, directa o indirecta, de la discriminación, el odio o la lesión de la dignidad de los grupos o de las personas, pervirtiendo, el sentido del art. 18.1 del mismo Código, para el cual la apología solo es delictiva cuando constituye una *incitación directa* a cometer un delito (López Garrido, «La desnaturalización del Código de 1995», *El País*, 27 de febrero de 2018). El TEDH se esfuerza, en resumidas cuentas, por evidenciar que la sanción penal es, por definición, absolutamente extraordinaria, está prevista para casos límite, y no disuade en absoluto de la comisión de futuros ilícitos en la materia, poniendo de manifiesto el principio de intervención mínima característico del Derecho penal. Es más, la tendencia represora generalizada o la *vis expansiva* del derecho penal, generan un estado de inquietud y de violencia social que corre el riesgo de reproducir comportamientos ilegítimos e irrespetuosos, lo que contraviene el objetivo básico de convivencia pacífica de esta organización supranacional. Por otro lado, también insiste el Tribunal, quizá igualmente en exceso, en la diferencia crítica política/crítica personal, mostrando el mayor sacrificio que supone para los sujetos afectados la primera, cuando lo cierto es que ambas críticas tienden a retroalimentarse hasta el punto de que la espiral de la violencia social acaba por difuminar las fronteras entre lo personal y lo político; y ello por no citar el riesgo de que la crítica política desmedida acabe por llevarse por delante muchas víctimas ciudadanas colaterales y la propia convivencia social.

El Tribunal, en resumidas cuentas, pone el acento en los instrumentos sancionadores, con una atención particular hacia el derecho penal; pero olvida o no presta la suficiente atención —y esta es la segunda cuestión en la que se necesita un cambio de orientación—, a las medidas preventivas. No se trata, pues, de justificar una libertad de expresión sin límites o excesivamente benévola, pero sí de sentar las bases para un pacto constitucional en el que se equilibre un completo aparato normativo y jurisprudencial preventivo/sancionador, con una libertad de expresión serúa y crítica, pero también prudente, responsable y formada.

Por todo ello conviene considerar que los episodios anteriores se inscriben, en realidad, en un contexto más amplio. Nuestra libertad de expresión está en jaque y las redes sociales y las nuevas tecnologías han contribuido a ello. En efecto, esta jurisprudencia necesita atender a la compleja cuestión de la producción en red, constante y acelerada, a veces irracional o poco meditada —la era de Internet lo favorece—, de expresiones manifestadas con sátira, crítica, burla, ironía, humillación, falta de respeto,... que, en un efecto contagio desbocado, se reconducen y llegan a perseguirse finalmente, por la necesidad de *ser atajadas seriamente*, por los tribunales —distanciándose en cierta forma de la jurisprudencia europea—, a través del tipo penal relativo al *discurso del odio* (el que promueve, incita o fomenta al odio, hostilidad, discriminación o violencia). Incluso actos físicos, como una quema de banderas o de fotos, tienen su correspondiente proyección virtual, pues son amplificadas a través de los medios de comunicación y de las nuevas tecnologías, dejando ahora al margen los intereses de las empresas periodísticas y de la ciudadanía que estén o no detrás de esa difusión.

A nadie se le escapa que buena parte del futuro de las democracias estará en la capacidad del sistema constitucional europeo para construir un equilibrio constitucional donde es imprescindible una opinión pública no solo libre, sino formada y respetuosa con la libertad, la igualdad y la justicia. Y ello aunque, como señala la propia jurisprudencia de Estrasburgo, en el ámbito del discurso y del debate político apenas haya margen para las restricciones a la libertad de expresión. Un margen que por cierto no acabamos de entender, pues la crítica no debería estar reñida con la falta de respeto político gratuito ni con la difamación. En cualquier caso, en estas cuestiones el Tribunal de Estrasburgo tiene todavía la oportunidad de sentar unas bases sólidas y rotundas, quizá algo más comprometidas con la otra cara de la moneda: la lucha contra la intolerancia y el discurso del odio más allá de las medidas represivas, desde el ejercicio de una libertad de expresión más responsable y autocrítica. Pero para ello, en efecto, debemos antes tomar conciencia de lo que realmente vivimos.

Se trata de plantearnos, como nos dice Bauman, a cuanto espectáculo de violencia casual, gratuita, e inmotivada —*la violencia por la violencia*—, estamos cotidianamente expuestos, en una plena banalización del daño que nos sitúa en un contexto de *bullyismo social generalizado*. Ciertamente que el discurso del odio viene instalado en las sociedades desde tiempos inmemoriales; pero también es verdad que se ha incrementado exponencialmente, y que es vivido de una forma más intensa, a nuestro juicio, por la suma de dos factores: por el efecto de las nuevas tecnologías, del potencial comunicativo y del *mundo online*, pero también por la falta de una educación en valores constitucionales. Ante la confluencia de estos dos elementos, este *mundo online* —señala Leoncini en su diálogo con Bauman—, nos viene a traer la última de las crisis de las democracias, con un importante agravamiento de los conflictos y de las divisiones políticas, sociales e ideológicas. En el

mundo online —nos dice aquel autor—, a diferencia de lo que ocurre en el *mundo offline*, la persona es *il padrone* y tiene el absoluto control, pues se sitúa en su cómoda *zona virtual de confort*, en sus minutos de gloria, pero donde en realidad cada sujeto permanece aislado, refugiado en sus opiniones que vuelca contra el resto de sujetos e instituciones sin encontrarse nunca cara a cara con su enemigo (Bauman, Leoncini, *Nati liquidi. Trasformazioni nel Terzo Millenio*, 2017). Este contexto se une, pues, a una falta de cultura generalizada sólida en derechos constitucionales, la cual conlleva por definición lealtad, conocimiento, información y respeto hacia el propio sistema político, de tal modo que incluso la crítica a aquel no puede sino ejercerse a través de los medios adecuados y con la prudencia debida. Por todo ello, y mientras tomamos conciencia de la necesidad de encajar debidamente el *mundo online* con el *offline*, conviene darse cuenta de que sin una adecuada formación constitucional y democrática seguiremos cometiendo errores y, seguramente, prescindiendo cada vez más del mundo *offline*, el cual, al fin y al cabo, permite una interacción más sólida, en un aprendizaje *más humano* —*social*, al fin y al cabo—, para seguir dialogando y construyendo un pacto constitucional.

En nuestra opinión, solo desde las anteriores premisas puede construirse una jurisprudencia sólida que va por buen camino —de forma excesivamente tímida, no obstante—, desde las instancias europeas. Pero se necesita reforzar lo que en realidad esconde la doctrina de Estrasburgo y que a nuestro juicio solo puntualmente evidencia: esa especie de llamada subrepticia sobre el modo en que deben respetarse los derechos apelando a la *prevención* y llevando a cabo una adecuada delimitación de la frontera entre la represión de una libertad de expresión que supera todo límite, y la *prevención* o generación de una libertad de expresión respetuosa con el sistema (es conocida la promoción de la Educación en Derechos por parte del Consejo de Europa: Conferencia sobre el futuro de la ciudadanía y la educación para los Derechos Humanos en Europa, Estrasburgo, 20-22 de junio de 2017). A ello parece referirse el Tribunal cuando en el mismo caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* señala que «no se puede afirmar que la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política sea sin embargo ilimitada. El TEDH recuerda que la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que en principio se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, *incluso prevenir*, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que estas «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida». Las breves y escasas referencias que realiza el Tribunal a la *prevención* deberían constituir, sin embargo, un punto central de análisis en su futura jurisprudencia, pues el *incluso prevenir*, debería sustituirse por un *sobretudo prevenir*.

Ha de admitirse, en definitiva, que si bien los discursos o las expresiones pueden resultar obviamente inoportunos o molestos, e incluso se distancian de los valores y derechos constitucionales —para lo que se necesitan esas políticas preventivas—, es imprescindible que aquellos discursos sigan siendo amparados por una concepción de la libertad de expresión informada por el pluralismo y la libre crítica, pues en la misma no es relevante solo lo que se dice, sino también el contexto en el que se dice, el cual nos dará la oportunidad de incidir en los cambios culturales necesarios. El humor, la sátira, la insatisfacción con el sistema democrático, e incluso la radicalización de ciertos posicionamientos humanos, deberían alertar a poderes y contrapoderes para reaccionar con los

medios justos, proporcionales y adecuados. Por ello no puede ni debe reconducirse todo a la prohibición ni a la persecución —civil, y menos penal— de estas conductas, lo cual es un factor de *pobreza institucional democrática*. Ante estas situaciones de radicalización, protestas, desazón, desafección ciudadana, . . . ha de quedar bien clara la actitud tolerante y abierta de los poderes públicos, que en absoluto pueden fomentar ni apoyar institucionalmente los discursos del odio y, menos, contribuir a la violencia social por ser ello contrario al marco constitucional de convivencia. Más bien están obligados a desarrollar una conducta proactiva respecto a la igualdad y la libertad real y efectiva. En el fondo, y aunque aún quede mucho camino, late este mensaje en el sistema multinivel europeo que abandera Estrasburgo, ante las peligrosas derivas de algunos Estados.

* * *

TITLE: Academic survey about the European Court of Human Rights

ABSTRACT: In this academic survey a group of Constitutional Law Professors answer some questions about the European Court of Human Rights, its origins and evolution, the main features of its work and its decisions, and its relationship with the national States signatories of the European Convention on Human Rights.

RESUMEN: En esta encuesta un grupo de Catedráticos de Derecho Constitucional contestan un conjunto de preguntas sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su origen y evolución, las principales características de su jurisprudencia, y su relación con los órganos de los Estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

KEY WORDS: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS¹

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid
Juez Emérito del TEDH*

SUMARIO

I. El carácter evolutivo del sistema europeo de protección de derechos humanos. II. Fase inicial. La elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. III. La «fase durmiente» del sistema. IV. La consolidación del Tribunal como órgano esencial de sistema. V. Las reformas del Protocolo 11. VI. La evolución desde el Protocolo 11. La dimensión cuantitativa. VII. La dimensión cualitativa. VIII. ¿El Tribunal Europeo como jurisdicción «cuasi constitucional»? IX. Estados y Tribunal ante la evolución del Convenio.

I. EL CARÁCTER EVOLUTIVO DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Posiblemente, la experiencia del sistema creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos sea uno de los mejores ejemplos de la capacidad de las instituciones para adaptarse a los cambios en su entorno, modificando, no sólo su forma de funcionamiento, sino incluso los mismos propósitos que originaron su creación. Los mejores conocedores —en cuanto actores del funcionamiento del sistema— han podido señalar el carácter eminentemente evolutivo del mismo². Como se apuntará, al menos tres fases son visibles en esa evolución; una primera fase, inicialmente orientada a una colaboración interestatal, protagonizada por la Comisión Europea de Derechos Humanos; una segunda fase, centrada en la protección individualizada de los derechos del Convenio por el Tribunal Europeo de

1 El presente trabajo es desarrollo y continuación de algunas publicaciones anteriores del autor: así, «El carácter dinámico del sistema europeo de derechos humanos» publicado en J. C. CARBONELL MATEU *et. al.* (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009; 1178-1188, o «El sistema europeo de protección de derechos humanos» en L. LOPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ, coords. *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Lima, Palestra, 2015, 57-84.

2 Ver por ejemplo las consideraciones del Presidente del Tribunal de Estrasburgo, J.P. COSTA, en *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 53 y ss.

Derechos Humanos; y finalmente, parecería apuntarse una tercera, caracterizada por la incipiente adopción de una función cuasi-constitucional del Tribunal de Estrasburgo.

II. FASE INICIAL. LA ELABORACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

La aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950 responde a una serie de características de la situación europea en la posguerra mundial³. Por una parte, a finales de los años cuarenta y en una situación de guerra fría, estaba ampliamente extendida la conciencia de la existencia de serios peligros para la propia pervivencia de los regímenes constitucionales de la posguerra. El comienzo de la guerra fría implicaba la división de Europa en bloques con sistemas e ideologías políticas muy distintas, y en el bloque occidental se consideraba una amenaza la extensión de la influencia del bloque liderado por la Unión Soviética, y la posible implantación de regímenes de tipo totalitario. Las experiencias alemana e italiana anteriores a la guerra mostraban la posibilidad de que regímenes de tipo constitucional derivaran a soluciones dictatoriales (sobre todo tras la experiencia del llamado «golpe de Praga» en 1948)⁴ y no cabía excluir que procesos similares se produjeran en las difíciles circunstancias de la posguerra. Era pues comprensible que se buscara una fórmula que hiciera posible una acción conjunta para evitar que ello se produjera.

Esta búsqueda aparecía íntimamente ligada a la consideración de que el mantenimiento de sistemas constitucionales democráticos dependía de la defensa de derechos individuales frente a los abusos del poder; el conocimiento y rechazo de las violaciones masivas de los derechos más elementales por las potencias derrotadas en la guerra había conducido a una reafirmación general (como se reflejó en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea de las Naciones Unidas) del carácter esencial de esos derechos y de la obligatoriedad de su protección. Una garantía internacional de la democracia implicaba necesariamente una garantía de los derechos básicos de la persona.

Como tercer elemento, la experiencia europea había mostrado que la existencia de regímenes que no respetaban esos derechos suponía también una amenaza para la paz; la garantía de los derechos individuales sería también una garantía de la paz, así como un medio de facilitar para el futuro, una mayor integración entre los países de Europa.

Protección frente a posibles derivas hacia el totalitarismo, defensa de los derechos básicos de la persona, e integración europea eran pues ideas que venían a coincidir y que dieron lugar a diversas iniciativas en el continente europeo: una de ellas llevó a la celebración en Bruselas en 1948, del Congreso del Movimiento Europeo, protagonizado por diversos grupos, presidido por Winston Churchill, en que tomaron parte conocidos europeos como Salvador de Madariaga o Denis de Rougemont, y que sirvió de iniciativa

³ La obra clave para los primeros cincuenta años del sistema europeo de Derechos Humanos es sin duda (desde una óptica eminentemente británica, reconocida por el autor) la de Ed BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, inestimable fuente de inspiración e información.

⁴ Sobre este tema, B. WASENBERG, *Histoire du Conseil de l'Europe*, Estrasburgo, Editions du Conseil de l'Europe, 2013, p 17 y ss; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester, Manchester University Press, 1963, pp. 5-6.

para que los gobiernos de diversos Estados crearan al año siguiente una organización internacional basada en esas ideas, el Consejo de Europa⁵, dotado de una Asamblea Consultiva y un órgano de tipo ejecutivo, el Comité de Ministros. Y una de las primeras tareas del Consejo fue la elaboración de un instrumento internacional que plasmase esos principios a nivel europeo, y estableciera una garantía internacional de los derechos fundamentales de la persona como base de un sistema democrático.

Ahora bien, y como puede colegirse de lo expuesto, varias perspectivas se ofrecían para la elaboración de ese instrumento, el futuro Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁶. Por una parte, y como expresión de los conceptos clásicos de Derecho Internacional fundados en el protagonismo de los Estados, para muchos de los actores de este proceso el Convenio debería considerarse como un sistema de garantía colectiva entre Estados, protagonizado por éstos, para prevenir la deriva totalitaria de alguno de ellos, mediante la garantía de unos derechos básicos (seis o siete, en expresión de uno de los impulsores más destacado de la iniciativa, Pierre-Henri Teitgen)⁷ por la acción de órganos internacionales; esto es, y como se ha podido definir, el establecimiento de un sistema de «alerta temprana» («*early warning system*») que impidiera la repetición de los casos italiano y alemán de la preguerra.

Desde luego, y con resultados decisivos para el futuro, ésta no era la única perspectiva presente. Junto a ella, la preocupación por asegurar una protección de derechos fundamentales (esto es, derechos humanos o «derechos del hombre» en la versión francesa, como derechos vinculados indisolublemente a la persona) llevó a que se propusiera el Convenio como una auténtica Carta de Derechos, invocable por los individuos afectados ante instancias internacionales frente a las eventuales vulneraciones por los Estados. Ello suponía una notable innovación en las categorías del Derecho Internacional, en cuanto confería un nuevo protagonismo en este campo al sujeto individual.

La presencia de estas dos perspectivas se hizo evidente en las diversas fases de elaboración del Convenio. Un primer esbozo, elaborado por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que ponía el acento en el carácter de «Carta de Derechos» fue profundamente corregido primeramente por un Comité de Expertos nombrados por el Comité de Ministros, y finalmente por una Comisión de Altos Funcionarios; el resultado fue un instrumento que recogía ambos enfoques, pero con evidente predominio de la perspectiva, por así decirlo, «estatal», del Convenio como garantía colectiva entre Estados⁸. El eje del sistema lo constituía una Comisión Europea de Derechos Humanos, encargada de supervisar el respeto por los Estados de una lista de derechos; para ello, los Estados firmantes disponían de la posibilidad de denunciar ante la Comisión las

5 Creado por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, incluyendo inicialmente a diez países europeos.

6 Como nota de interés, la designación oficial del Convenio es «Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (*Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, en su versión inglesa) sin referencia a su carácter «europeo». Siguiendo la práctica usual, se empleará la expresión «Convenio».

7 Tomo la referencia de L. WILDHABER, en su momento Presidente del Tribunal, en «The Old Court, the New Court and Paul Mahoney», *Human Rights Law Journal*, 36, 2016, pp. 292-297, p. 293; ver la nota 4 de su trabajo para la documentación de su referencia.

8 Ver el artículo de la juez E. STEINER «Some reflections on the process which led to the preparation of the European Convention on Human Rights» en *La Convention Européenne des droits de l'homme. Mélanges en honneur de Christos L. Rozakis*, Bruselas, Bruylant, 2012, 597-623. También, del juez C. RUSSO «The Drafting History of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms» en *Mainly Human Rights. Studies in Honour of J.J. Cremona*, La Valetta, Fondation Internationale Malta, 1999, 234-244.

vulneraciones del Convenio por otros Estados firmantes, en lo que representaba un recurso interestatal. La Comisión podría en esos casos presentar su informe al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que se pronunciara al respecto.

Hasta aquí, el esquema respondía a líneas clásicas del Derecho Internacional. El Convenio incluía, sin embargo, aspectos de la perspectiva, por así decirlo, de garantía individual de derechos, en una forma que ha podido considerarse como revolucionaria en el plano del Derecho Internacional⁹. Por un lado, se introducía la posibilidad de un recurso individual, esto es, que las personas afectadas por violaciones del Convenio pudieran presentar sus demandas frente a los Estados ante la Comisión; por otro lado, se creaba un órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con capacidad de decisión tanto en recursos interestatales como en recursos individuales.

No obstante, esta segunda dimensión quedaba considerablemente diluida. Como es hoy generalmente reconocido, la idea dominante entre los Estados firmantes era que el Convenio se aplicaría esencialmente en cuanto regulador de relaciones interestatales¹⁰. No hay que olvidar que en aquellos momentos, algunos Estados europeos (señaladamente Francia y el Reino Unido) poseían extensos imperios coloniales en que la situación de los pueblos colonizados se configuraba, en cuanto a los derechos individuales básicos, como muy diferente de la correspondiente en la metrópoli. El reconocimiento del recurso individual se establecía como optativo, y muy pocos Estados efectuaron esa opción; en la misma línea, también se configuraba como optativa la aceptación de la jurisdicción del Tribunal. Pero además, la legitimación para acudir al Tribunal se restringía notablemente; si bien los individuos podían presentar reclamaciones ante la Comisión frente a los Estados que hubieran admitido el recurso individual, sólo la Comisión, o el Estado afectado, a la vista del informe de ésta, podrían acceder al Tribunal. Por otra parte, la Comisión podía decidir llevar el caso directamente al Comité de Ministros y no al Tribunal. Este se configuraba, así, como una opción residual, y desde luego no abierta directamente a los individuos afectados.

III. LA «FASE DURMIENTE» DEL SISTEMA

Es ya lugar común considerar que el funcionamiento del Convenio no respondió, durante mucho tiempo, a los deseos y esperanzas que habían inspirado su creación. Durante algunos años llevó una vida más bien lánguida; algún autor ha llamado al Convenio en su primera fase la «bella durmiente»¹¹. Firmado el Convenio en 1950, no entró en vigor hasta 1953, al obtenerse la décima ratificación; la Comisión Europea de Derechos Humanos no se creó hasta 1956, y el Tribunal Europeo hasta 1959, dictando su primera sentencia en 1960

9 Para un análisis, desde una perspectiva española, de lo que se supuso esta innovación, pueden consultarse los trabajos de dos jueces españoles del Tribunal de Estrasburgo: J.A. PASTOR RIDRUEJO, «El proceso de internacionalización de los derechos humanos: el fin del mito de la soberanía nacional»(I). Plano universal: la obra de las Naciones Unidas» y J.A. CARRILLO SALCEDO: «El proceso de internacionalización de los derechos humanos: el fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: el sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», ambos en la obra *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 35-46 y 47-76 respectivamente.

10 WILDHABER, *loc. cit.*

11 J. FROWEIN, «European Integration through Fundamental Rights», *Michigan Journal of Law Reform*, 18, 1984. cf. Bates, 11.

(*Lawless contra Irlanda*). Contrariamente a lo que quizás se había supuesto, no hubo muchas demandas interestatales en el primer decenio de vigencia del Convenio; para ser precisos, hubo tres, en los casos *Grecia contra Reino Unido* (dos demandas, en 1956 y 1957) y *Austria contra Italia* (1960). Tampoco fueron muy abundantes las demandas individuales presentadas ante la Comisión frente a los Estados que habían optado en favor de esta vía; y en la gran mayoría de los casos, fueron la Comisión o el Comité de Ministros los órganos encargados de resolver definitivamente esos casos. Hasta bien entrados los años sesenta, en muy pocas ocasiones se enviaron casos al Tribunal, bien por la Comisión (por ejemplo, la Comisión no envió ningún caso al Tribunal entre 1960 y 1965) bien por el Estado afectado.

Las grandes líneas inicialmente inspiradoras de la creación del Convenio se mostraron pues poco efectivas. En lo que se refiere a la garantía interestatal ante derivas totalitarias, la realidad europea mostró que esas derivas no eran muy probables, en la situación de congelación de bloques en los años cincuenta y sesenta; la función de integración europea se trasladó pronto a otros foros, como la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y el Mercado Común; en cuanto a la garantía individual de derechos, la desconfianza mostrada por algunos Estados, la tardanza en la constitución del Tribunal, y las pocas adhesiones a esa vía no la hicieron inicialmente muy operativa.

Durante esta época (entre 1956 y 1975, podría decirse) el protagonismo dentro del sistema le correspondió sobre todo a la Comisión, quedando el Tribunal en un segundo lugar¹². No obstante, se fue produciendo, muy lentamente, una evolución del sistema, que acabaría alterando las previsiones de sus creadores o al menos de muchos de ellos. El alcance de los derechos protegidos por el Convenio se amplió mediante varios Protocolos de reforma: así el Protocolo Adicional de 1952 (que garantizaba el derecho de posesión pacífica, el derecho de los padres a la forma de educación de sus hijos y el derecho a elecciones libres) y el Protocolo 4 en 1963. El número de ratificaciones del Convenio fue aumentando progresivamente durante los años sesenta y setenta, incluyendo a los antiguos regímenes dictatoriales del sur de Europa, y reintegrando a Grecia tras la caída del régimen de los coroneles. Igualmente, fue aumentando el número de países que aceptaban el recurso individual y la jurisdicción del Tribunal. A ello debe añadirse que la Comisión Europea de Derechos Humanos fue desarrollando una doctrina sobre la interpretación de esos derechos, que de alguna forma presagiaba un futuro desarrollo del sistema¹³.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DEL TRIBUNAL COMO ÓRGANO ESENCIAL DE SISTEMA

Todos estos factores fueron contribuyendo a que, por una parte, se reforzase el carácter del Convenio como Carta de Derechos europea, y por otra, y correlativamente, el eje de gravedad del sistema del Convenio se fuera desplazando progresivamente de la Comisión al

12 Ver sobre este tema, las observaciones de L. WILDHABER, Presidente del Tribunal entre 1998 y 2007, en «The Old Court, the New Court and Paul Mahoney», *Human Rights Law Journal*, 36, 2016, 292-297, p. 293. Para un análisis del papel de la Comisión, el artículo «clásico» es el de J. FROWEIN, «Die Rolle der Europäischen Menschenrechtskommission bei der Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention», en *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 42, 2015, pp. 269-275.

13 Por ejemplo, ver los comentarios de BATES, *op.cit.* pp. 242 y ssgs. sobre el papel de la Comisión en el caso «East African Asians», 1973.

Tribunal. El aumento de países firmantes del Convenio, y el correspondiente aumento de demandas individuales fueron dando oportunidad al Tribunal de elaborar una interpretación de los derechos del Convenio que implicaba una efectiva garantía de esos derechos, que tenía una cada vez mayor difusión en el mundo de los actores del Derecho, y que a su vez, daba lugar a una mayor afluencia de demandas. El profesor Ed Bates¹⁴, desde la perspectiva británica, coloca el punto de inflexión en el desarrollo del Convenio, confirmando la posición clave del Tribunal, en la sentencia *Golder contra Reino Unido*, de 1975. En esta sentencia, el Tribunal, frente a la opinión del juez británico, optó por una interpretación del derecho a un proceso equitativo, del artículo 6 del Convenio (en una aplicación innovadora de los términos de la Convención de Viena sobre la interpretación de los tratados) no meramente literalista, y restrictiva en favor de los Estados firmantes, sino claramente garantista y, desde una perspectiva actual, activista. Sea o no *Golder* el punto de inflexión, a partir de 1975 la actividad del Tribunal aumenta progresivamente, tanto en aspectos cuantitativos como cualitativos. Entre 1975 y 1979 dictó diecisiete sentencias sobre el fondo; en ellas fue afirmando las líneas básicas de su jurisprudencia, que se mantendrían hasta hoy. Así, en *Tyrer contra Reino Unido*, de 1978, la idea del Convenio como un «instrumento vivo» (*living instrument*) frente a interpretaciones «historicistas»; en *Marckx contra Bélgica*, de 1979, el concepto de «margen de apreciación»; en *Airey contra Irlanda* (1979) la afirmación de que el Convenio perseguía una protección real y efectiva, y no meramente formal de los derechos en él consagrados; en *Engel contra Países Bajos*, de 1976, el Tribunal acuña la noción de «conceptos autónomos».

La posición del Tribunal y el papel del Convenio como Carta de Derechos, frente a una interpretación del mismo como garantía antitotalitaria se vieron decisivamente reforzados tras la disolución del bloque de los países del centro y este de Europa dirigidos por la pronto extinta Unión Soviética. Los acontecimientos del año 1989 condujeron, en un corto plazo, a la aparición de numerosos regímenes constitucionales en ese área que pretendían, como muestra de homologación democrática, la inserción en el Consejo de Europa y la inclusión entre los países del Convenio; además, la necesidad de una garantía interestatal antitotalitaria desaparecía o se reducía considerablemente. En la nueva situación, algunas de las estructuras creadas en 1950 aparecían como innecesarias o al menos como disfuncionales, ante el incremento del número de demandas, y la necesidad de establecer unos standards mínimos sobre derechos humanos en el nuevo «orden público europeo». En palabras del Presidente Wildhaber, «muchos de los casos que llegaban a Estrasburgo tenían poco que ver con el objetivo inicialmente proclamado del Convenio esto es, la derrota de las dictaduras totalitarias»¹⁵.

V. LAS REFORMAS DEL PROTOCOLO 11

La evolución del sistema del Convenio, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos llevó a una radical reforma mediante el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, y que vino a consolidar la dimensión del Convenio como instrumento de protección de derechos individuales. Se ha puesto en ocasiones el acento en los cambios que supuso la desaparición del enfrentamiento entre bloques propio de la guerra fría, y la incorporación de las nuevas

¹⁴ BATES, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

¹⁵ WILDHABER, «The Old Court...» *cit.* p. 294.

democracias al sistema del Convenio; pero también por alguno de los protagonistas de la reforma ha podido afirmarse que ésta era ya previsible desde anteriormente, debido tanto al crecimiento de las demandas ante la Comisión como a la percepción de la situación de inferioridad procesal en que se encontraban los recurrentes individuales en comparación con los Estados¹⁶. Ya en 1985 el Gobierno suizo propuso fundir Comisión y Tribunal en un solo órgano, pero la propuesta encontró seria resistencia. No obstante (en parte por la acción del Presidente Ryssdal, y a sus instancias, del Gobierno noruego)¹⁷ la reforma siguió su camino, y una conferencia interministerial encomendó al Consejo de Europa la elaboración de un proyecto de Protocolo, eventualmente ratificado por todos los países miembros y que modificaba sustancialmente los aspectos procedimentales del Convenio.

El Protocolo 11 supuso la consolidación del Convenio como carta de derechos individuales, y el protagonismo del Tribunal. La Comisión Europea desapareció, o mejor dicho, vino a fundirse con el Tribunal, dando lugar a lo que se llamó «el nuevo Tribunal» que asumía las funciones de los dos órganos: de hecho en el nuevo Tribunal se integraban miembros de los «antiguos» Tribunal y Comisión. El Tribunal se estructuraba como órgano permanente, integrado por jueces a tiempo completo, y se abría el acceso directo de los recurrentes al Tribunal, suprimiéndose el filtro que representaba la Comisión. El recurso individual, a partir de entonces, se configura como el elemento eje del sistema del Convenio. Las decisiones sobre la inadmisibilidad de las demandas se encomendaban como regla general a comités de tres jueces, y la resolución sobre el fondo a salas de siete jueces. Debido a las dudas de varios Estados sobre la conveniencia de que hubiera una única instancia, integrada por las salas, el Convenio introdujo una nueva composición, la Gran Sala del Tribunal, que podría conocer de casos provenientes de las salas, a petición de los Gobiernos o de las mismas salas del Tribunal.

Lo que podría llamarse «judicialización» del sistema se completaba mediante la reducción de las facultades del Comité de Ministros del Consejo de Europa; sus funciones se reducían a supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal. Debe tenerse en cuenta en todo caso que el papel del Comité seguía siendo muy destacado, en cuanto aseguraba que las sentencias en cuestión, aún «declarativas» en la forma, cobraban efectividad en los países afectados. Valga decir que la existencia del Comité de Ministros supone una diferencia considerable, en cuanto a la efectividad de la protección concedida por el sistema, respecto de otros casos, señaladamente el sistema interamericano de derechos humanos, en que no existe un órgano similar, y es el propio Tribunal Interamericano el que ha de velar por el cumplimiento de sus sentencias.

VI. LA EVOLUCIÓN DESDE EL PROTOCOLO 11. LA DIMENSIÓN CUANTITATIVA

En forma no sorprendente, las innovaciones introducidas por el Protocolo 11, especialmente el acceso directo de los recurrentes al Tribunal supusieron un notable incremento

¹⁶ Tal es la opinión expresada por Morten RUUD, en «The Court: historical framework», en *Conference on the long term future of the European Court of Human Rights*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2014, pp. 23-27. RUUD fue el presidente del órgano (DH-PR) encargado de elaborar el proyecto de Protocolo.

¹⁷ Ver al respecto la intervención de Martin KRUIJER, en *Conference... cit.* en nota anterior, pp. 33-38

del ya considerable número de demandas. Hacia el año 2008, la media anual era de unas sesenta mil; ello supuso, a pesar del aumento de decisiones y sentencias por parte del Tribunal, que se fuera acumulando un considerable retraso. Hacia el año 2010, los casos atrasados llegaban a casi ciento sesenta mil. La gravedad de la situación dio lugar a que el Consejo de Europa nombrase una «Comisión de Sabios» presidida por el español Gil Carlos Rodríguez Iglesias, para proponer cambios y mejoras en el sistema.

Por su parte, el Tribunal llevó a cabo diversas reformas internas a efectos de incrementar su capacidad resolutoria; como ejemplo, reformó su Reglamento para establecer un sistema de prioridades, de manera que, en lugar de seguir un orden estrictamente cronológico de resolución, según la fecha de presentación de demandas, éstas se examinaran de acuerdo con la gravedad del tema que plantearan, estableciéndose diversas categorías. No obstante, y como es lógico, fueron los Estados parte del Convenio los que llevaron a cabo una actividad reformadora encaminada a resolver los graves problemas derivados de la acumulación de casos.

Esta actividad se tradujo esencialmente en la nueva reforma del Convenio llevada a cabo por el Protocolo 14, que entró en vigor (con algún retraso desde su aprobación, debido a la actitud reticente de la Federación Rusa) el año 2010.

El Protocolo 14 introdujo considerables cambios en el funcionamiento del Tribunal. En cuanto a su composición, el mandato de los jueces se extendía a nueve años (frente a seis en la regulación anterior) sin posibilidad de reelección. Pero las innovaciones más señaladas se referían a los órganos de funcionamiento del Tribunal. Se creaba una nueva formación de un solo juez, encargado como principio general, de decidir (en lugar, como anteriormente, de un comité de tres jueces) sobre la inadmisibilidad de las demandas presentadas; con la particularidad de que el juez no podía en ningún caso ser el elegido con respecto al país de origen de las demandas. Adicionalmente, se posibilitaba que los comités de tres jueces pudieran dictar sentencias sobre el fondo en casos de mera aplicación de la jurisprudencia del Tribunal. Como medida añadida, se preveía que el Comité de Ministros, a petición del Tribunal, pudiera reducir de siete a cinco el número de jueces integrantes de cada sala, amentando así el número de éstas (si bien hasta el momento no se ha hecho uso de esa posibilidad, manteniéndose el número de cinco salas). Finalmente, y respondiendo, como se verá, a una cierta tendencia hacia la «constitucionalización» del Tribunal, se estableció como causa de inadmisión de una demanda que el demandante no hubiera «sufrido un perjuicio importante» (artículo 35, 3 b) introduciéndose el principio «*de minimis non curat praetor*»¹⁸.

Los efectos del Protocolo 14 y de las medidas racionalizadoras del trabajo introducidas por el Tribunal fueron destacados, reduciéndose notablemente el número de casos «embolsados». Valga decir que ello se debió en gran parte a la aplicación, por parte del Tribunal (siguiendo en esto una línea de conducta anterior) de estrictos criterios de admisibilidad; de hecho, los casos no rechazados por el Tribunal y comunicados a los correspondientes Gobiernos para la formulación de observaciones representan un muy pequeño porcentaje de las demandas presentadas, lo que no ha dejado de dar lugar a críticas. En todo caso, y como resulta de la literalidad del Convenio, el Tribunal no goza de discreción (como a veces se ha propuesto) para seleccionar las demandas que considere

18 Para un comentario sobre el (limitado) uso de esta cláusula por el Tribunal, ver G. CANO PALOMARES, «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo num. 14 al CEDH», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 42 (2012) 49-73.

más relevantes, siguiendo un sistema similar a la concesión del *writ of certiorari* del Tribunal Supremo norteamericano, o, en expresión coloquial anglosajona, del «*pick and choose*». Los motivos de inadmisibilidad siguen siendo tasados, si bien se formulan en el Convenio con una cierta flexibilidad. Flexibilidad que se ve facilitada por la práctica del Tribunal de no motivar las decisiones de inadmisibilidad dictadas por el juez único, práctica ésta también sometida a críticas, y sujeta a revisión.

VII. LA DIMENSIÓN CUALITATIVA

El aumento de países miembros del Convenio, la situación existente en muchos de esos países —particularmente, aunque no sólo, los integrantes del antiguo bloque del Este— y el correlativo incremento de las demandas presentadas al Tribunal, dieron la oportunidad a este de enfrentarse con una multiplicidad de problemas relativos al contenido y extensión de los derechos del Convenio que no se habían planteado en las fases anteriores; por otro lado, la ratificación y consiguiente entrada en vigor en la mayoría de los Estados de varios protocolos adicionales de reforma introdujeron nuevos derechos cuya protección le incumbía. El Tribunal, en estas ocasiones, puso en práctica los principios ya elaborados: el principio de la efectividad de los derechos proclamado en *Airey*, el de la consideración del Convenio como un instrumento vivo establecido en *Tyrer*, o la aplicación del concepto de obligaciones positivas acuñado en *Marcx*. Ello dio lugar a una jurisprudencia que supuso en algunos casos una interpretación novedosa (o al menos distinta de la tradicionalmente aceptada) de los derechos del Convenio, interpretación que, como se apuntará más abajo, fue en ocasiones considerada indebidamente expansiva¹⁹. Así, el Tribunal pudo interpretar los artículos 2 y 3 del Convenio, sobre todo a partir de su sentencia *McCann y otros c. Reino Unido* (1995), en el sentido de que el respeto a la vida y la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes implicaba no solo obligaciones negativas de abstención de conductas atentatorias a tales derechos, sino también obligaciones positivas de investigación de alegaciones al respecto, con carácter pronto y, suficiente, y con participación de los afectados; pudo también aplicar su interpretación amplia del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 como extendido también a las relaciones sociales y —a partir sobre todo de *Lopez Ostra contra España* (1994)— a la vida familiar domiciliaria afectada por el medio ambiente o el ruido; y, sobre todo, llevó a cabo una interpretación del derecho a un proceso equitativo, del artículo 6, que cubría prácticamente todos los aspectos del proceso civil y penal, particularmente, como en *Salduz c. Turquía* (2009), en relación con la garantía que representa la asistencia letrada. Ciertamente, no se trataba, ni podía tratarse, de creación de nuevos derechos no incluidos en el Convenio y sus Protocolos, pero sí de una interpretación de los mismos que tenía en cuenta la evolución de los desafíos a los derechos humanos no sólo en sociedades recientemente llegadas a un régimen constitucional, sino también a sociedades de democracia consolidada pero sujetas a un continuo desarrollo; lo que por

19 La crítica «clásica» a esa tendencia expansiva de la jurisprudencia del Tribunal es la representada por la conferencia del juez británico Lord L. HOFFMANN *The Universality of Human Rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 de marzo de 2009, <https://www.judiciary.uk/announcements/speech-by-lord-hoffmann-the-universality-of-human-rights> Reproducida en *Law Quarterly Review*, 125, 2009, 416.

otra parte se facilitaba por el empleo por el Tribunal de los «conceptos autónomos» establecidos en su citada sentencia *Engel*.

Una exposición de las líneas jurisprudenciales con respecto al contenido sustantivo de los derechos del Convenio representaría una tarea muy superior a la que aquí se pretende realizar; pero sí resulta ilustrativa del desarrollo del papel del Tribunal una exposición de algunas interpretaciones de orden procesal, sobre el alcance de las funciones del Tribunal, que suponen sin duda una visión expansiva de las mismas. En las líneas que siguen se hará referencia a tres aspectos de esa interpretación: la extensión de la misma jurisdicción del Tribunal, la adopción de medidas cautelares y la inclusión de mandatos ejecutivos en la parte dispositiva de sus sentencias.

VII.1. La ampliación de la jurisdicción territorial del Tribunal

El artículo 1 del Convenio especifica que «*las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*». La determinación de cuál sea el ámbito de la jurisdicción de los Estados determinará pues la extensión territorial de la jurisdicción del Tribunal, en el sentido de que ésta no alcanzará ámbitos territoriales fuera de la jurisdicción de los Estados miembros del Convenio.

En un primer momento, y como se apuntó, la presencia de posesiones coloniales de los Estados firmantes no dejó de influir en los términos del Convenio; en este una «cláusula colonial» (art. 56) venía a precisar su posible aplicación en los territorios «de cuyas relaciones internacionales (sea) responsable» el Estado miembro. El artículo 4 del Protocolo Adicional realizó una referencia similar respecto de sus disposiciones.

La cuestión se plantea en forma distinta en la actualidad, y se refiere sobre todo a las obligaciones de los Estados derivadas del Convenio en actuaciones, sobre todo de tipo militar, fuera de sus fronteras. Este tipo de actuaciones por parte de Estados miembros del Convenio se ha hecho relativamente frecuente, en el marco de misiones auspiciadas por organizaciones internacionales. En este aspecto, es visible una cierta evolución de la jurisprudencia del Tribunal en lo que se refiere al concepto de «jurisdicción» estatal, evolución que ha conducido a una extensión de la jurisdicción propia del Tribunal²⁰.

Esta evolución a lo largo de la actual fase del Tribunal se muestra, por ejemplo, si se comparan resoluciones recientes con su posición inicial, representada, entre otras, por el caso *Bankovic* (2001). La demanda se refería al bombardeo por aviones de la OTAN, integrados en las fuerzas armadas de Estados miembros del Convenio, de una estación de televisión de Yugoslavia. En su decisión de inadmisión, el Tribunal admitió que pudiera haber casos en que la jurisdicción estatal se extendiera a lugares fuera de su ámbito de soberanía, pero que en general, la jurisdicción estatal estaba limitada por los derechos de soberanía territorial de los demás Estados. La existencia de una jurisdicción extraterritorial era pues excepcional y había que analizarla caso por caso. En el supuesto planteado en *Bankovic*, el Tribunal resolvió que habiendo sucedido los hechos en el espacio

20 Sobre esta cuestión puede hallarse un profundo análisis en el artículo de la juez A. NUSSBERGER «The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Current Legal Problems*, 65, 2012, pp. 241-268.

territorial de Yugoslavia, país no incluido en el espacio legal del Convenio, no existía un vínculo jurisdiccional entre las víctimas del bombardeo y los Estados demandados que justificara una decisión sobre la alegada violación.

Una decisión de inadmisibilidad por falta de jurisdicción territorial recayó en el caso *Bebrami y Bebrami contra Francia* (2007), esta vez relativo a la actuación de Francia en el marco de la fuerza internacional de seguridad en Kosovo establecida por el mandato de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Tribunal concluyó que esa fuerza internacional dependía de las Naciones Unidas, ente con personalidad distinta de los Estados miembros, y que no era parte del Convenio Europeo, por lo que la demanda contra Francia era inadmisibile.

Esta posición de relativa autocontención se vio alterada por varias resoluciones posteriores del Tribunal, a partir de la sentencia en el caso *Al Skeini y otros contra Reino Unido* (2011) y diversas sentencias posteriores. En *Al Skeini* la cuestión se refería a la muerte de varias personas en la zona de Irak ocupada por las fuerzas militares británicas. El Tribunal resolvió que entre los supuestos excepcionales de extensión extraterritorial de la jurisdicción de un Estado se situaba el de que ese Estado ejerciera funciones públicas sobre un territorio fuera de su soberanía, y que esas funciones supusieran control y autoridad sobre las personas. En el caso, en las condiciones de ocupación de Irak, sí existía un vínculo jurisdiccional entre el Reino Unido y las víctimas de la actuación de las tropas británicas.

Esta posición se mantuvo por el Tribunal en los siguientes casos *Al Jedda contra Reino Unido* (2011), *Hassan contra Reino Unido* (2014) y *Jaloud contra Países Bajos* (2014). En todos estos casos, la autoridades de Estados miembros del Convenio habían mantenido el mando sobre la actuación de sus fuerzas militares operando en Irak, que a su vez habían actuado en relaciones de control y autoridad sobre las personas que habían sido alegadamente víctimas de violaciones de derechos recogidos en el Convenio. El Tribunal, pues, reconoció la existencia de una jurisdicción extraterritorial de los Estados demandados, y en consecuencia, de su propia jurisdicción para decidir sobre las demandas presentadas.

VII.2. Una cuestión compleja: la adopción de medidas provisionales

El Tribunal ha insistido en numerosas ocasiones²¹ en que la protección que presta frente a violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio ha de ser efectiva, y no meramente formal o ilusoria. Una de las cuestiones que plantea esta posición es la referida a la posible adopción de medidas provisionales, antes de que se produzca la decisión sobre el fondo de un determinado caso. En efecto, en muchos supuestos, la dilación en la adopción de una decisión puede suponer que la violación del derecho que se pretende vulnerado sea ya irreversible e irremediable.

En el Convenio Europeo no se hace referencia a ningún tipo de medidas cautelares. Sin embargo, como es evidente, la efectividad de la tutela a prestar por el Tribunal Europeo depende en muchos supuestos de la aplicación de este tipo de medidas. El ejemplo más típico es el consistente en demandas de personas que van a ser extraditadas o

21 Desde la citada sentencia en *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.

expulsadas a un país en que corren serio riesgo de verse sometidas a penas o tratos incompatibles con el Convenio. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el deber de los Estados firmantes se extiende a proteger a las personas sujetas a su jurisdicción frente a penas o tratos contrarios a los artículos 2 y 3 del Convenio, lo que comprende la prohibición de deportarlos a países donde corran grave riesgo de verse sometidos a esos tratos²².

Ahora bien, planteada una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a una orden de expulsión o deportación en tales circunstancias, se corre el grave riesgo de que, si se lleva a cabo efectivamente, la eventual resolución del Tribunal sea tardía e inútil, si el demandante ya hubiera sido deportado al país de que se trate. Ello explica que, ante el silencio del Convenio, el Reglamento interno del Tribunal (*Rules of Court*) haya previsto la adopción de estas medidas cautelares o provisionales en su artículo 39, que dispone en su apartado 1 que «*la Sala, o en su caso su presidente, podrá, a instancia de parte de o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que estime necesaria en interés de las partes o del buen desarrollo del proceso*».

La aplicación de este precepto se está haciendo cada vez más frecuente, sobre todo (aunque no solo) en los supuestos citados de deportación o expulsión, cuando se han invocado como (eventualmente) vulnerados los artículos 2 y 3 del Convenio. El texto del Reglamento se refiere sólo a que el Tribunal podrá «indicar» que estima necesaria la adopción de una medida provisional, sin que se haga referencia al carácter obligatorio de esa adopción. Ahora bien, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal (a la vista de la práctica de otros Tribunales internacionales) ha conducido a establecer el carácter vinculante y no meramente indicativo de la adopción de esa medida. Efectivamente, y frente a precedentes iniciales en otro sentido (así, en el caso *Cruz Varas c. Suecia*²³, relativo a la fuerza vinculante de medidas adoptadas por la Comisión) el Tribunal, en forma consistente, ha considerado que el no seguimiento por parte del Estado demandado de sus indicaciones referentes a la adopción de medidas provisionales constituye una violación del artículo 34 del Convenio, según el cual, por un lado, se reconoce el derecho al acceso al Tribunal, y por otro se establece que los Estados firmantes «*se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*».

Así, en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*²⁴ el Tribunal estimó que se había producido la violación del artículo 34 del Convenio debido a que, pese a la indicación en contra del Tribunal en aplicación del artículo 39.1 del Reglamento, el gobierno turco había procedido a extraditar a Uzbekistán a varias personas que habían presentado una demanda ante el peligro de verse allí sometidas a malos tratos. Posteriormente, en el caso *Paladi c. Moldova*²⁵ el Tribunal aplicó de nuevo esta doctrina, si bien en relación con un supuesto distinto al de la extradición. En *Paladi* una Sala del Tribunal procedió a aplicar el artículo 39 del Reglamento ordenando al gobierno moldavo que mantuviera al demandante en un centro médico especializado, a la vista del peligro que corría su salud si se le trasladaba a un centro ordinario de detención. No habiendo atendido el gobierno ese requerimiento, la Sala estimó que se había producido una vulneración del artículo 34, lo que fue confirmado por una sentencia posterior de la Gran Sala. En forma consistente, el

22 El *leading case* se encuentra en la sentencia *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.

23 STEDH de 20 de marzo de 1991.

24 STEDH de 4 de febrero de 2006.

25 STEDH de 10 de marzo de 2009.

Tribunal ha considerado que la violación del artículo 34 caso de no adopción de las medidas provisionales indicada es independiente de que se materialice o no el riesgo que llevó a su adopción²⁶. Tampoco ha admitido que, una vez indicadas tales medidas, en el supuesto de expulsión a un país en que el recurrente corre riesgo de malos tratos, el Gobierno del Estado expulsor no las aplique por haber recibido seguridades diplomáticas por parte del país destinatario²⁷.

VII.3. Mandatos ejecutivos en las sentencias del Tribunal

Como otra muestra de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal adoptando remedios procesales no explícitamente previstos en las disposiciones del Convenio, en una interpretación expansiva del mismo, en ciertos casos, el Tribunal, junto a la declaración de una violación del Convenio y eventualmente, del otorgamiento de una satisfacción equitativa, procede a dictar en su fallo las medidas específicas en el caso individual, que deben adoptarse en ejecución de sus sentencias, indicando que se trata de medidas obligatorias. Desde su sentencia en 2004 en el caso *Assanidze contra Georgia*, muchas sentencias del Tribunal han ido más allá de la declaración de una violación del Convenio y la concesión de una satisfacción equitativa, para incluir otros mandatos directos a los Estados, con un estilo claramente imperativo. En *Assanidze*, el Tribunal decidió por unanimidad que «*el Estado demandado debe asegurar la liberación del recurrente lo antes posible*». Y mandatos similares pueden encontrarse en sentencias posteriores, como las recaídas en los casos *Ilascu contra Moldavia y Rusia* (2004), *Gladysbeva contra Rusia* (2011), *Oleksandr Volkov contra Ucrania* (2013), o *Glubacovic contra Croacia* (2011).

En este último caso, como ejemplo de otros pronunciamientos vinculantes, valga señalar que, en aplicación del artículo 46 el Tribunal precisó la medida concreta a adoptar en materia de relaciones familiares, declarando que «*teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, y la urgente necesidad de poner fin a la violación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal considera que, para cumplir con su obligación derivada del artículo 46 del Convenio, el Estado demandado deberá asegurar el contacto efectivo entre el recurrente y su hija, en un momento que sea compatible con el horario laboral del demandante, y en adecuadas circunstancias, sobre la base de la sentencia del Tribunal Municipal de Rijeka de 8 de marzo de 2010*». De la misma manera, y con una fórmula similar, en la sentencia en el caso *MSS contra Bélgica y Grecia* (2011) el Tribunal ordenó al Gobierno griego que se abstuviera de deportar al recurrente en tanto se tramitaba su petición de asilo. Una decisión del mismo tipo puede encontrarse en la sentencia del año 2014, *A.C. y otros contra España*.

También con respecto a España, en el caso *Del Río Prada contra España* (2013), el Tribunal dictó un mandato de liberación de la recurrente, indicando que «*teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso y la urgente necesidad de poner fin a las violaciones del Convenio que ha verificado, considera que es deber del Estado demandado asegurar que la demandante sea puesta en libertad lo antes posible*». Debe señalarse que la sentencia se hizo pública el 21 de octubre de 2013: al día siguiente la demandante fue puesta en libertad en virtud de una decisión unánime del plenario de la Sala de lo Penal de la Audiencia

26 STEDH *Olaechea Cabuas c. España*, de 10 de agosto de 2006.

27 STEDH *Ben Khemais c. Italia*, de 24 de febrero de 2009.

Nacional. En su reunión de 5 de diciembre del mismo año, el Comité de Ministros del Consejo de Europa «tomó nota de que la demandante fue puesta en libertad el 22 de octubre de 2013 tras una decisión de la Audiencia Nacional, y da la bienvenida a la respuesta dada a la medida urgente individual indicada por el Tribunal Europeo».

VIII. ¿EL TRIBUNAL EUROPEO COMO JURISDICCIÓN «CUASI CONSTITUCIONAL»?

Si en una fase inicial, como se ha visto, el Convenio Europeo pretendió centrar sus previsiones básicamente en una garantía interestatal contra el totalitarismo, y en una fase posterior vino a mostrarse como un sistema de garantía de derechos individuales, no faltan indicios de que en los momentos actuales va adquiriendo una dimensión adicional, la de «instrumento constitucional del orden público europeo», en términos de la sentencia en el caso *Loizidou contra Turquía* del año 1996, que implica una cierta proyección normativa de las decisiones del Tribunal. En efecto, si el artículo 46.1 del Convenio se refiere a la obligación de los Estados de acatar las decisiones del Tribunal «en los litigios en que sean parte», la experiencia ha demostrado que los efectos de las sentencias tienen también un alcance general. A la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo, y de la práctica de los Estados del Convenio, la obligación de cumplir las sentencias del Tribunal se ha entendido como incluyendo la obligación de prevenir futuras y similares violaciones²⁸. De acuerdo con el principio de *res interpretata*, proclamado en el artículo 32.1 del Convenio²⁹, las sentencias de Estrasburgo no se limitan a resolver el caso específico planteado ante el Tribunal, sino que también establecen pautas para la interpretación de los mandatos del Convenio en casos futuros. Ello tiene importantes consecuencias sobre el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, bien afectando la interpretación por los tribunales nacionales del Derecho existente, bien dando lugar a reformas y cambios de las leyes en vigor. Ha de señalarse que, con independencia de cualquier pronunciamiento sobre el tema por parte del Tribunal de Estrasburgo, en no pocas ocasiones los tribunales de algunos Estados ya habían tomado tempranamente la iniciativa a la hora de extender los efectos de las sentencias del Tribunal en su labor de reinterpretación de las normas domésticas.. Valga recordar los cambios efectuados por tribunales nacionales en la interpretación del Derecho vigente, para acomodarlo a la jurisprudencia de Estrasburgo, tal como fue el caso en Bélgica y Austria tras las sentencias en *Piersack* (1982) y *Unterperinger* (1986) respectivamente.

A raíz de los problemas derivados de la creciente carga de trabajo del Tribunal debidos al aumento de las demandas ante él presentadas, una de las soluciones propuestas fue la de convertir en la práctica al Tribunal de Estrasburgo en un Tribunal constitucional europeo, encargado de emitir directrices generales sobre temas de amplio alcance; la traducción procesal de esta solución sería la introducción de un sistema similar al *certiorari*

28 Por ejemplo en la Recomendación del Comité de Ministros Rec (2008)2, en que recuerda que las sentencias declarativas de una violación del Convenio imponen la obligación de «adoptar, cuando sea apropiado, las medidas generales necesarias para poner fin a tales violaciones o evitarlas en el futuro».

29 Art. 32.1, «La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33,34, 46 y 47».

norteamericano para seleccionar con amplia discrecionalidad los casos a resolver. Tuvo especial resonancia en este aspecto la posición favorable del anterior Presidente del Tribunal, Luzius Wildhaber³⁰. Como se ha visto, no fue esta la solución adoptada, prefiriéndose la adopción de las fórmulas de agilización del procedimiento previstas en el Protocolo 14. No obstante, no puede ya negarse que son visibles tendencias dentro de la práctica del Tribunal (y en los instrumentos normativos que lo regulan) hacia el fortalecimiento de esa dimensión constitucional del Tribunal, con funciones más allá de la resolución de demandas individuales concretas relativas a la violación de los derechos del Convenio. Ya se ha hecho mención de la introducción del principio *de minimis* por el Protocolo 14. Si bien el Tribunal ha hecho un uso restringido de ese principio, no faltan indicios de que ciertamente existe una voluntad, tanto por parte de los Estados miembros como del mismo Tribunal, de reforzar esa dimensión cuasi-constitucional. Ejemplo de la posición del Tribunal a este respecto sería su utilización del artículo 46 del Convenio³¹; ejemplo de la posición de los Estados sería la introducción, en el Protocolo 16, recientemente entrado en vigor, de la vía de la opinión consultiva.

Con respecto a la actuación del Tribunal en lo que se refiere a la aplicación del artículo 46, cabe destacar que, aparte de los efectos generales que los tribunales de los Estados miembros han atribuido por iniciativa propia a las sentencias de Estrasburgo, el Tribunal también ha procedido, en los últimos años, a indicar medidas generales (usualmente de naturaleza legislativa) que los Estados deben adoptar para el cumplimiento de sus sentencias. Ello se lleva a cabo en dos formas: una que podría calificarse de tipo «suave», consistente en exhortar a los Estados a que lleven a cabo esas medidas generales, y otra, de tipo fuerte, mediante las llamadas «sentencias piloto»: pero debe señalarse ya que éstas representan sólo una de las formas posibles adoptadas por el Tribunal para señalar aquellas medidas generales a adoptar por los Estados³².

VIII.1. Instrucciones de tipo general

En cuanto al modelo «suave», un método empleado frecuentemente consiste en simplemente expresar en los fundamentos jurídicos de la sentencia la necesidad de que los Estados adopten medidas generales para remediar una violación del Convenio. En algunos casos, a la hora de señalar tales medidas a adoptar, los términos del Tribunal se producen en forma muy abierta. Por ejemplo, en *Laska y Lika contra Albania* (2010), en referencia a la reapertura de procedimientos concluidos para obtener una *restitutio in*

30 Ver por ejemplo, L. WILDHABER, «Rethinking the European Court of Human Rights» en J. CHRISTOFFERSEN y M. R. MADSEN eds., *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 204-230.

31 Artículo 46, 1 y 2: 1. *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.* 2. *La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.*

32 Me remito sobre este tema a las consideraciones efectuadas en dos trabajos previos del autor de estas líneas: «Compliance with Strasbourg Court Rulings: A General Overview» en K. ZIEGLER et. al. (eds.) *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?*, Oxford, Hart, 2015, pp. 323-340 y «Los derechos humanos como derechos efectivos: la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre ejecución de sentencias» en *Derecho Constitucional Contemporáneo. Homenaje al Profesor Rubén Hernández Valle*. San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., 2015, pp. 437-451.

integrum, el Tribunal empleó en los fundamentos jurídicos de la sentencia términos de naturaleza muy genérica, dejando al Estado un margen de discreción: «El Tribunal toma nota de que el sistema jurídico en materia penal del Estado demandado no ofrece la posibilidad de un reexamen de casos, incluyendo la reapertura de procedimientos internos en el caso de que este Tribunal haya encontrado la presencia de una violación grave del derecho del recurrente a un proceso equitativo...(...). Por otro lado, los Estados miembros tienen el deber de organizar sus sistemas judiciales de manera que sus tribunales puedan cumplir con las exigencias derivadas del Convenio. Este principio se aplica también a la reapertura de procedimientos y al reexamen del caso del demandante.»

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal es más preciso. Por ejemplo, en aplicación del art. 46 del Convenio, en el caso *Gözel y Oser contra Turquía* (2010), en que el Tribunal declaró la vulneración de derecho a la libertad de expresión, por la aplicación de un determinado artículo de la ley turca 3673, el Tribunal dispuso que «*la violación, en el caso de los recurrentes, del derecho reconocido por el artículo 10 del Convenio deriva de un problema planteado por la redacción e interpretación de ese artículo*». Como resultado, el Tribunal consideró que «*una forma adecuada de reparación, que pondría fin a la violación declarada, podría ser el poner en concordancia el Derecho interno con el citado artículo del Convenio*».

En este caso, el Tribunal proponía reformar el texto de un artículo específico de una ley concreta, a efectos de proporcionar una reparación adecuada a una vulneración del Convenio. En otro ejemplo, en *Klaus y otros contra Georgia* (2010) el Tribunal consideró que la violación del artículo 1 del Protocolo 1 era resultado de las deficiencias presentes en el ordenamiento jurídico de Georgia. En sus fundamentos jurídicos, la sentencia del Tribunal no sólo establecía que, para su ejecución, era necesaria la adopción, en el caso de Georgia, de medidas de tipo general, sino también que debían adoptarse urgentemente medidas de ese tipo en los ámbitos legislativo, administrativo y financiero, a efectos de permitir a los recurrentes el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio (§85). Pero, además, en el fallo, el Tribunal dispuso que si no se adoptaban tales medidas, el Estado demandado debería pagar a los recurrentes una compensación económica.

Este enfoque es ya común en la jurisprudencia del Tribunal. Cuando los mandatos del Tribunal se incluyen en el fallo de la sentencia, la fórmula es cercana (aunque no idéntica) a la de las sentencias piloto. Un ejemplo inicial puede encontrarse en *Lukenda contra Eslovenia* (2005) donde el fallo establece que las violaciones de los artículos 6.2 y 13 del Convenio declaradas en la sentencia derivaban del mal funcionamiento de la legislación doméstica, y que el Estado demandado debería garantizar el derecho a un juicio en tiempo razonable, a través de las medidas legislativas y la práctica adecuadas.

VIII.2. Sentencias piloto

En este contexto, la adopción del mecanismo de las sentencias piloto no representa un evento extraordinario en la jurisprudencia del Tribunal, sino más bien el empleo de un medio adecuado para dar efectos generales a sus sentencias cuando el número de casos repetitivos con que se enfrenta el Tribunal muestra que existe un defecto sistémico en el ordenamiento jurídico del Estado condenado. En estas sentencias, el Tribunal, tras constatar la existencia de ese fallo sistémico, y declarar la vulneración por el Estado de un derecho del Convenio, dicta instrucciones al Estado

responsable de la vulneración, con respecto a los cambios que debe efectuar en su ordenamiento para ponerlo en concordancia con los mandatos del Convenio. Estas instrucciones (con un grado variable de precisión) se incluyen en el fallo de las sentencias, en donde también suele precisarse un plazo para el cumplimiento de las propuestas del Tribunal. Este plazo puede variar desde seis (*Olaru y otros contra Moldavia*, 2009) a dieciocho meses (*Maria Atanasiu contra Rumanía*, 2010). En el caso *Greens y M.T. contra Reino Unido* (2011), la sentencia indicaba que el Estado demandado debía «a) presentar, dentro del plazo de seis meses desde que esta sentencia se convierte en definitiva, propuesta legislativas destinadas a reformar la Ley de 1983, así como, si fuera necesario, la ley de 2002 de forma que se adecuen al Convenio; y b) promulgar la legislación necesaria dentro del plazo que sea determinado por el Comité de Ministros». En todo caso, no es infrecuente que el Tribunal extienda los plazos concedidos a los Estados demandados. A la vista de lo expuesto anteriormente, cabe concluir que la aplicación de la técnica de las sentencias piloto no constituye un evento atípico en la jurisprudencia del Tribunal, sino que representa un grado más en el proceso de intervención del Tribunal en la ejecución de sus sentencias, apartándose del concepto clásico de sentencias puramente «declarativas»³³.

Posiblemente en esta línea de constitucionalización del Tribunal pudiera incluirse su posición en el caso *Burmych contra Ucrania*, del año 2017. En el caso, las instrucciones dadas a Ucrania mediante una sentencia piloto no habían resultado en una actividad del Estado ucraniano remediando un fallo de tipo sistémico, que conducía a una general inejecución de sentencias dictadas por los Tribunales domésticos. La consecuencia fue la afluencia al Tribunal de miles de demandas de tipo repetitivo, idénticas a las que habían dado lugar a la sentencia piloto original. El Tribunal, ante esta situación, estimó que ya había cumplido su función, determinando las obligaciones del Estado ucraniano, careciendo de sentido la tramitación de esos miles de casos adicionales. En consecuencia, procedió a remitir al Comité de Ministros del Consejo de Europa, encargado de la supervisión del cumplimiento de las sentencias del Tribunal, esa serie de casos, para que adoptase las medidas necesarias.

VIII.3. La opinión consultiva: el Protocolo 16

No es sólo la jurisprudencia del Tribunal la que pone progresivamente el acento en los efectos generales de sus sentencias, y su proyección más allá del caso concreto, para informar los ordenamientos de los Estados miembros, al menos en cuanto al establecimiento de un *standard* mínimo de respeto de los derechos del Convenio. Son también los Estados miembros del Convenio los que, al introducir reformas al mismo vienen a subrayar progresivamente este aspecto. Muestra de ello pudiera ser la apertura a la ratificación del Protocolo 16 al Convenio, Protocolo que, al haber alcanzado las diez ratificaciones, entró en vigor para los Estados que lo hubieran ratificado el 1 de agosto de 2018. Este Protocolo establece la posibilidad de que los más altos órganos judiciales de los Estados pidan al Tribunal, con ocasión de litigios planteados ante

³³ El artículo 61 del Reglamento del Tribunal precisa la tramitación de estas sentencias. Ver sobre este tema J. ABRISKETA URIARTE, «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 65, 2013, pp. 783-99

ellos, una opinión consultiva sobre la interpretación que debe darse a un mandato del Convenio. La fórmula tiene alguna similitud con la cuestión prejudicial prevista en el artículo 246 del TFUE, pero muestra también al respecto notables diferencias; sólo, podrá plantearse por los altos órganos designados por cada Estado (y no por cada juez con ocasión de casos concretos ante él, como en el supuesto de la cuestión prejudicial) y se trata además de una opinión consultiva, esto es (teóricamente) no vinculante. No obstante, es evidente que, en el supuesto de que se haga uso de esta vía, sus resultados serán forzosamente apreciaciones de carácter general, dotadas de la fuerza interpretativa derivada de los mandatos del artículo 32.1 del Convenio; y ello no sólo respecto de los Estados u órganos que soliciten la opinión. Aún es pronto para verificar los efectos de esta reforma; no han faltado dudas sobre la eficacia de esta nueva vía para reducir la carga de trabajo del Tribunal o para fomentar el diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales, y el autor de estas líneas ha tenido alguna oportunidad de expresarlas³⁴. En todo caso, se trata de una manifestación de la tendencia apuntada hacia una «constitucionalización» del Tribunal.

IX. ESTADOS Y TRIBUNAL ANTE LA EVOLUCIÓN DEL CONVENIO

Los cambios producidos entre su entrada en vigor y el momento actual han afectado, como se ha visto, a las mismas funciones del Convenio (de garantía interestatal frente al totalitarismo a Carta de derechos individuales y, al menos inicialmente, a «instrumento constitucional») y a la extensión e intensidad de la acción del Tribunal de Estrasburgo. Este desarrollo ha dado lugar, según se ha señalado, a problemas que han debido ser enfrentados, no sólo por los órganos del Convenio (Tribunal y Comité de Ministros) sino por los Estados integrantes del mismo, como últimos responsables y destinatarios de sus mandatos. La reacción de estos Estados miembros, y las medidas adoptadas conjuntamente han representado, en el último decenio, un elemento determinante en la evolución del sistema. Y ello tanto en lo que se refiere a las cuestiones de orden cuantitativo (número de demandas, retrasos en su resolución) como cualitativos (extensión e intensidad de la jurisdicción del Tribunal).

Los desafíos derivados de la puesta en práctica del Protocolo 11 dieron lugar a la celebración de una serie de conferencias internacionales de países del Convenio para hallar soluciones a los, problemas planteados al Tribunal; la conferencia inicial (en gran parte a iniciativa del entonces Presidente del Tribunal, Jean-Paul Costa) se celebró en Interlaken el año 2010, y posteriormente, se celebraron Conferencias en Izmir (2011) Brighton (2012) Bruselas (2015) y Copenhague (2018). De ellas, dos revisten una mayor relevancia; en lo que se refiere a los problemas de tipo cuantitativo del Tribunal, la Conferencia de Brighton supuso el establecimiento de una serie de criterios, relativos al ritmo de resolución de casos (las llamadas reglas de Brighton), determinando objetivos a lograr por el Tribunal en cuanto a plazos de resolución y supresión de pendencia. En lo que se refiere a los aspectos relativos a la jurisdicción del Tribunal, la Conferencia de

³⁴ L. LOPEZ GUERRA, «Le protocole n.º 16: une vraie-fausse solution? Un début de réponse» en L. BURGO-GUE-LARSEN, *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De la ouverture au dialogue*, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp. 365-370.

Bruselas dio lugar a la redacción (además del ya citado Protocolo 16) del Protocolo 15 (aún no entrado en vigor) que, aparte de reformas de tipo técnico sobre cuestiones de procedimiento, hizo referencia expresa, mediante una reforma del Preámbulo del Convenio, a dos cuestiones, ampliamente tratadas tanto en la jurisprudencia del Tribunal como en los trabajos académicos: el margen de apreciación de los Estados y el principio de subsidiariedad de la actuación del Tribunal respecto de los Estados.

Ambas cuestiones reflejan una creciente preocupación respecto de los límites de la jurisdicción del Tribunal. La primera versa sobre el ámbito de los Estados para adaptar a sus circunstancias propias los mandatos del Convenio, en su aplicación a casos concretos, habida cuenta de la inmediatez con que sus autoridades actúan en relación con los hechos de cada caso; la doctrina del Tribunal ha reconocido reiteradamente la existencia de ese margen de aplicación, si bien dejando claro en todo momento que ello no suprimía la capacidad del Tribunal para decidir sobre la aplicación del Convenio. Por lo que se refiere al principio de subsidiariedad, esto es, que corresponde a los Estados poner en práctica los mandatos del Convenio, y que la acción del Tribunal sólo procede en defecto de acción efectiva estatal al respecto, y en todo caso sólo una vez agotados los recursos y remedios internos, se acepta comúnmente que tiene dos vertientes; por una lado supone una limitación a la acción del Tribunal, que se concibe como remedial o subsidiaria, y por otra una obligación de los Estados de poner en marcha mecanismos efectivos de protección de esos derechos.

El Protocolo 15 introduce una variación del Preámbulo al Convenio que menciona los dos temas: «Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad tienen primariamente la responsabilidad de asegurar los derechos y libertades definidos en este Convenio y sus protocolos y que al hacerlo así disponen de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por este Convenio».

Esta fórmula aparece, por un lado, como reafirmación de líneas preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal, pero, por otro, y en cuanto a plasmación formal de esas líneas, como expresión de la preocupación de los Estados por establecer con claridad la delimitación de las respectivas esferas de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y de las autoridades estatales, sobre todo tras la discusión suscitada por diversas resoluciones contestadas (sobre todo en el ámbito académico, pero también en instancias oficiales) desde la perspectiva estatal³⁵.

La ordenación de la compleja interrelación entre autoridades estatales y el Tribunal de Estrasburgo ha adquirido una nueva dimensión tras la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, y la previsión en él incluida de que la Unión Europea se adheriría al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con ello se ha venido a añadir un elemento más a lo que ha podido denominarse la «superpoblación» (*overcrowding*)³⁶ de niveles de protección de derechos humanos en Europa: los niveles nacionales (protagonizados por los

³⁵ Valgan como ejemplo de esta preocupación las reacciones, tanto en la doctrina como en sede parlamentaria en el Reino Unido frente a la sentencia en el caso *Hirst c. Reino Unido*, del año 2005; o, más recientemente, la reacción (esta vez en sede legislativa) en la Federación Rusa, respecto de la sentencia *Anchugov y Gadkov contra Rusia*, del año 2013.

³⁶ Utilizo el término empleado por Pedro CRUZ VILLALON, en *Human Rights in Europe: the Crowded House*, Londres, King's College London, Working Papers on European Law, Working Paper 61/2012.

tribunales supremos y constitucionales de los Estados) el nivel del Convenio y, tras 2009, el derivado de la Carta de Niza y su protección por el Tribunal de Justicia. Cabe esperar que, como en el pasado, el sistema del Convenio sepa adaptarse a las nuevas necesidades de una sociedad europea cada vez más compleja.

Title: The evolution of the European system of protection of human rights

Abstract: The European system of protection of human rights created by the European Convention of 1950 has been subject of a deep evolution since its creation, concerning both its extension and its goals and proceedings. Three phases at least are visible in this evolution: a first phase, initially oriented to an inter-State collaboration, where the main role corresponded to the European Commission of Human Rights; a second phase, centered on the individualised protection of Convention rights by the European Court of Human Rights; and finally, it seems that a third phase is starting, in which the Strasbourg Court is assuming a quasi-constitutional function.

Resumen: El sistema europeo de protección de derechos humanos resultante del Convenio Europeo de 1950 ha experimentado una notable evolución desde su creación, tanto en lo que se refiere a su extensión como a sus objetivos y procedimientos. Al menos tres fases son visibles en esa evolución; una primera fase, inicialmente orientada a una colaboración interestatal, protagonizada por la Comisión Europea de Derechos Humanos; una segunda fase, centrada en la protección individualizada de los derechos del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y finalmente, parecería apuntarse una tercera, caracterizada por la incipiente adopción de una función cuasi-constitucional del Tribunal de Estrasburgo.

Key words: Human Rights, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Council of Europe.

Palabras clave: Derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

ON THE RULE OF LAW AND THE QUALITY OF THE LAW: REFLECTIONS OF THE CONSTITUTIONAL-TURNED- INTERNATIONAL JUDGE

EGIDIJUS KŪRIS

*Judge of the European Court of Human Rights*¹

SUMMARY

I. Introduction. II. Towards the common concept of the rule of law. III. Quality of the law as a prerequisite for the rule of law. IV. By way of conclusion.

I. INTRODUCTION

As a judge, I have worn two hats: that of a constitutional judge (of the Lithuanian Constitutional Court) and that of an international human rights judge (of the European Court of Human Rights). These have been different judicial experiences.

A constitutional judge is concerned, first and foremost, with ensuring the supremacy of a constitution as the supreme law of the land.² The *raison d'être* of constitutional judicial review, in its original but enduring Kelsenian sense, lies in defending *Grundnorm* and legal order's hierarchy based on it. Constitutional courts³ are institutional means for ensuring that no act of lower legal force which is not concordant with

1 Former Justice (1999–2008) and President (2002–2008) of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania; Professor of the Faculty of Law of Vilnius University. The views expressed in the article are solely those of the author; they do not represent the attitude of the Court.

2 In Lithuania, individual constitutional complaint has not been introduced yet (the last attempt having failed in 2017). The Constitutional Court therefore acts almost exclusively as the court of norms. I limit myself to this part of constitutional courts' competence, though in Europe many of them perform also other tasks, including the examination of constitutional complaints. *Update-note after the submission of the article:* A repeated attempt to introduce the constitutional complaint by means of a constitutional amendment has been undertaken in the fall of 2018; the process has not been completed yet.

3 For the sake of convenience, in this article the expression “constitutional courts” covers all courts which perform constitutional review of legal acts (irrespective of whether they are separate from courts of general jurisdiction or are part of their system), as well as equivalent bodies (such as constitutional councils exercising *a priori* review). The expressions “constitutional review” and “constitutional justice” also designate all types of judicial and equivalent review of constitutionality.

Grundnorm remains valid law and, more generally, for ensuring the “abstract logical concordance between higher and lower legal acts”.⁴ Law would not rule, unless it is ruled itself by *Grundnorm*; if it is, it is a quality law. This minimalist approach falls short of the prevailing belief that the rule of law encompasses much more than *formal hierarchy* and that, to be of quality, law must meet some *substantive standards* (quite so). But it is this minimum that necessitates and enables the protection of the legal order by means of constitutional review. *What* is consolidated in a constitution is secondary for that order itself. Constitutional courts have a formalist task to perform. As to the substance, they can perform different functions. Constitutional order is an attribute of any polity, not only a democracy. Rogue states also have constitutions.⁵ Alas, constitutional courts at times do yeoman service to dictatorships.⁶ Their existence *per se* does not ensure that the legal order will not only meet formal legality requirements, but also will be *just* (whatever that may mean). As of mid-2018, the World Conference on Constitutional Justice unites 112 constitutional courts. But rejoicing about membership numbers⁷ must not outshine the fact that 2017 marked the 12th consecutive year of decline in global freedom;⁸ the number of countries designated as free stands at 88 (45% of 195 polities);⁹ only 77 polities (of 210 surveyed) are full or flawed democracies, and others hybrid or authoritarian regimes.¹⁰ The latter are quite amply represented in the World Conference.¹¹

Some form of supervision of hierarchy, of which judicial review is the apex, is a *sine qua non* for a consistent legal order and, by extension, for the rule of law. Incoherent legal order, where legal acts deviate from *Grundnorm*, would be of *no* assistance for *any* substantive justice. Constitutional justice’s formalist side thus must not be misprized. But

4 B. ZUPANČIĆ. “Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: An Attempt at a Synthesis”. *Revus*, 2003, no. 1, p. 58.

5 A joke has a circulation that even the jungle has a constitution, which consists of two articles: article 1 states that the lion is always right, and article 2 that if the lion is not right, see article 1. This is what a perfectly minimalist constitution is, which encapsulates all three types of H. L. A. Hart’s secondary rules. But a minimalist constitution is still a constitution.

6 See, e.g., T. GINSBURG, T. MOUSTAFA. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2008.

7 On the webpage of the European Commission for Democracy through Law (more known as the Venice Commission): World Conference of Constitutional Justice – 112 members! http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=EN (accessed on 29 June 2018). *Update-note after the submission of the article*: One more member is expected to join as of 1 December 2018, (ibid.; accessed on 16 October 2018).

8 Assessment by *Freedom House*. Freedom in the World 2018: Democracy in Crisis. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018> (accessed on 29 June 2018).

9 Assessment by *Freedom House*. Freedom in the World 2018: Table of Country Scores. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2018-table-country-scores> (accessed on 29 June 2018). Of 47 member States of the Council of Europe eight are designated as partly free and 3 as not free.

10 Assessment by *The Economist Intelligence Unit*. Democracy Index 2017: Free Speech under Attack. http://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy_Index_2017.pdf?mkt_tok=eyJpIjoiWkRKBu1HWmxN-VEUwTW1FdYIsInQiOiJpdllrVFV0blFRQzZNVERCZHhVeitZRElMUGplOHh3NWs1d2wzVzdRS1JvNU1kVmxQVRESU9LbEVSOVwvR1F4aG1PV1NiS0ZZcng4NzBcLzVNZD09JOUxiZU5TTEVPekVHAY-rtOTRqQkQ5TkNzWGNrRlowQTZ0UzIUK0pDdm9PVGlLcLyJ9 (accessed on 29 June 2018). 20 polities are designated as full democracies, and 57 as flawed democracies. Of the surveyed (not all) member States of the Council of Europe, 14 are designated as full democracies, 18 as flawed democracies, 7 as hybrid regimes and 2 as authoritarian.

11 The next (5th) Congress of the World Conference will be held, in 2020, in the country designated in the above-cited rankings as not free and authoritarian. Note 7 *supra*.

it must not be overestimated too. Hierarchy is not a goal of itself: constitutionalism is inherently linked to liberty, human rights and regime's legitimation.¹²

My other hat, *i.e.* my mission of the judge of the Strasbourg Court, is to contribute to the international protection of individuals' rights and freedoms¹³ enshrined in the European Convention on Human Rights and its Protocols.¹⁴ The Convention is a legal order different from a constitution (despite some similarities). It has been labelled as the "constitutional instrument of European public order".¹⁵ This functionalist utterance has inspired assertions that the Court should become, or already is, a "European constitutional court".¹⁶ The law of the Convention, as judicially enforced by the Court, indeed has a potential to constitute the substratum for a vital (and widening) segment of European public order; but even if one accepts that transnational constitutionalism is "desirable" and "emerges as entirely plausible" to "its nation-state counterpart", this does not imply that the Convention is a "transnational regime that can be persuasively characterised as constitutional and consistent with the ideal of constitutionalism",¹⁷ let alone that the Strasbourg Court is a constitutional court. Such equation would beg the question as to what constitution that constitutional court represents. The ability of the Convention to underlie part of European public order is of a different *nature* than the founding authority of constitution proper. The rationale of the latter lies in the same legal order's hierarchy based on *Grundnorm*; and that of the Convention in the High Parties' commitment to it as an international instrument, which fixes certain rights that comprise the core of the Parties' common legal heritage, with its accentuation of individual liberty, and merits international judicial protection.¹⁸ This falls short of formal hierarchy. The

12 "[W]e conflate two norms when speaking of the rule of law. The first is that powers ... shall rule by, and themselves obey, enacted general rules, and that they shall change their policies by changing those rules rather than by arbitrary deviations for or against particular persons. The second is that there is a core of individual human rights inherent in law itself, so that the rule of law must include the protection of these rights." M. SHAPIRO. "Courts in Authoritarian Regimes". In: T. Ginsburg, T. Moustafa. *Op. cit.*, note 6 *supra*, p. 329. "In liberal constitutional thought, the question of the rightness of the fundamental-legal regime is primary." N. DMITRIJEVIĆ. "Constitutional Democracy, or how to Prevent the Rule of the People". In: A. Sajó (ed.). *Out and Into Authoritarian Law*. The Hague: Kluwer, 2003, p. 79.

13 For the sake of convenience, in the ensuing narrative I omit "and freedoms".

14 Again, for the sake of convenience, I omit "and its Protocols".

15 *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections) (IGC), no. 15318/89, § 75, 23 March 1995). This has been repeated in a number of judgments, the last ones (at the time of writing of this article) by the Grand Chamber being *Avotijnš v. Latvia* (IGC), no. 17502/07, §§ 101, 112 and 116, 23 May 2016) and *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (IGC), no. 5809/08, § 145, 21 June 2016).

16 See, e.g.: G. ULFSTEIN. "The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?". *PluriCourts Research Paper* no. 14-08, 2014; P. PINTO DE ALBUQUERQUE. "The Constitutionalisation of the Legal Order of the Council of Europe". In: I. Motoc, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds). *New Developments in Constitutional Law: Essays in Honour of András Sajó*. The Hague: Eleven, 2018.

17 M. ROSENFELD. "Transnational Constitutionalism and Legal Cultural Pluralism". In: I. Motoc, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds). *Op. cit.*, note 16 *supra*, pp. 383, 386–388.

18 The question, however, remains as to what is common in that heritage. The wider the variety of legal institutions, the less commonness can be expected to be found (especially in view of the divergence between the continental and the Anglo-Saxon legal traditions, but also of very different historical experiences of many continental countries). It is tempting to reduce the search for commonness to the sphere of constitutionalism and to see its core in the two principles: free elections and constitutional protection of fundamental rights elements (see, e.g., D. ROUSSEAU. "The Concept of European Constitutional Heritage". In: *The Constitutional Heritage of Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1997, p. 21). But such approach can be countered by pointing to the fact that several member States of the Council of Europe are not free, hybrid regimes or authoritarian (notes 9 and 10 *supra*), as well

Convention is not a constitution of any kind, unless this concept becomes inflated. What is more, although the Court is entitled to find, by a binding judgment, violations of the Convention, it has no authority to invalidate domestic legislation, on which practices constituting these violations are based. Not being a negative legislator,¹⁹ it does not satisfy the minimal condition for being a constitutional court. Notwithstanding that, one must admit that the ceaseless insistence on the Court's equation with constitutional courts has rendered this belief almost *fait accompli*;²⁰ analytical objections to it are less and less taken into account.

Like constitutional courts, born from the need to ensure the hierarchy of the legal order, are no panacea for ensuring that law reigns, for a court being not a constitutional court is no fault in the eyes of the rule of law. The fact that the Strasbourg Court is not a constitutional court in no way abates its possibilities to positively impact on the quality of the law and, consequently, its role of the guardian and promoter of the rule of law.

II. TOWARDS THE COMMON CONCEPT OF THE RULE OF LAW

In about mid-12th century the development of law in the West produced an unprecedented phenomenon: Western legal tradition, identified by the following traits: legal institutions are analytically distinct and autonomous from (though influenced by) other types of institutions (religion, politics, morality, custom); law is administered by a corps of people, engaged in legal activity on a professional basis as a more or less full-time occupation; legal institutions, which would otherwise be disparate and unorganised, are conceptualised and systematised through meta-law, as elaborated in learned treatises and classrooms of law schools, which allows for their analysis and evaluation; law is conceived to be an integrated system (*corpus juris*), whose vitality is ensured by the belief in its ongoing character and capacity for organic change, subject to its internal logic, requiring that it changes not adapting at random to new conditions, but responding to an inner necessity for reflection and reinterpretation of the past to meet future needs; diverse jurisdictions co-exist and compete within the same community, and this renders the tradition pluralist; law is supreme over political authorities, as the latter may make law, but may not make it arbitrarily, and until law has been remade, they are bound by it; the perennial tension between the ideals and realities has periodically led to violent overthrows of the existing legal systems by revolution, but they resulted in the tradition becoming even stronger.²¹ The idea of supremacy of law over political (and other) authorities (and the idea of human rights too) has evolved out of the *Western* legal

as to the fact that so-called Eastern and Western judges of the Strasbourg Court have brought a "different perception to human rights" (N.-L. AROLD. *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 69 *et seq.*).

19 Constitutional courts are necessarily Kelsenian negative legislators. This prerequisite, however, does not prevent the rising trend of them acting as *de facto* positive legislators too. A. R. BREWER-CARÍAS. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. New York: Cambridge University Press, 2011.

20 B. ZUPANČIČ. *Op. cit.*, note 4 *supra*, p. 59.

21 Here I refer, in a truncated form, to H. J. Berman, the unsurpassed authority in this field of research, who in the 1960s coined the very term "Western legal tradition", and in particular to his *magnum opus*: H. J. BERMAN. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge MA/London, 1983.

tradition.²² This idea is the starting point for understanding what is referred to as the rule of law.

Through the colonisation of the rest of the world the West imposed its institutions on other civilisations, which (even if having undergone certain transformations) became widely assimilated. Those other civilisations absorbed the view that law is an integrated system and that it is superior to political authorities. The rule of law has become an official parlance even in those polities, where it is only a *façade*. Dictatorships' resort to such camouflage also signifies the idea's moral strength. Mention should also be made of international law, which (though often blatantly disregarded) is crucial for holding international relations harmonious. The Western legal tradition is a factor promoting international integration and globalisation, *inter alia*, via the United Nations or such regional formations as the European Union or the Council of Europe.²³

It has been asserted that the Western legal tradition is facing a crisis, as only a few (even a minority) of its above-mentioned traits have been still truly inherent in the Western law, namely: relative autonomy; cultivation by legal professionals; flourishing of law training centres; and development of meta-law. Other traits allegedly have been affected by erosion: law has been less and less conceived as a coherent whole (with an inherent hierarchy of its sources); its growth through reinterpretation has been increasingly held to be an ideological illusion; changes in law have been viewed as resulting not from the internal logic of its growth, but rather due to the pressure of outside forces; the view that law is superior to politics has yielded to the view that it is mere means of effectuating the will of those exercising political authority; the pluralism of law has been considerably weakened by the tendency "to swallow up all the diverse jurisdictions and systems in a single central program of legislation and administrative regulation"; the belief that the Western legal tradition precedes and survives the great total upheavals and thus transcends revolution has been challenged by the belief that law is wholly subordinate to revolution and that even if the old forms are retained, they are "filled with new content". All this has been accompanied by contempt for and cynicism about law, revolt against legal formalism, yielding to public policy needs, and fairness as a legal category losing its historical and philosophical roots being "blown about by every wind of fashionable doctrine".²⁴ The crisis of the Western legal tradition would mean also the crisis of the rule of law. No one could predict what might come *after* the rule of law.

22 Berman contended that perhaps the earliest published use of the English expression "rule of law" in the sense of "reign of law" was in 1649 by King Charles I during his defence in the Parliament: "power reigns without rule of law". More than two centuries later it was brought into widespread use by A. V. Dicey. H. J. BERMAN. "The Rule of Law and the Law-Based State (*Rechtsstaat*): With Special Reference to the Developments in the Soviet Union". *The Harriman Institute Forum*, 1991, vol. 4, no. 5, p. 2.

23 See, e.g.: D. B. GOLDMAN. *Globalisation and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; G. Teubner (ed.). *Global Law without a State*. Aldershot/Brookfield VT: Dartmouth, 1997; TWINING, W. *Globalisation and Legal Scholarship*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

24 BERMAN, H. J. Law and Revolution, note 21 *supra*, pp. 37–41. Two decades later Berman argued that a new legal tradition, which he called "the world legal tradition", was in its formative stages. In his opinion, this new tradition was bringing together the diverse legal traditions of various cultures of the world, combining the Western legal tradition with that of other cultures, and challenging all of them. Id. "The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future". *Louisiana Law Review*, 2000, vol. 60, no. 3. That article was published a year before what has become known as 9/11. In one of his last works Berman claimed that the Western legal tradition

There are many indications that this apocalyptic scenario is not trivial: economic crises, democracy deficit, use of popular vote and technologies for undermining the authority of law, populism, radicalism, xenophobia, international conflicts which look like harbingers of the Huntingtonian clash of civilizations. They all —each in its own way and combined with the rejection of the hierarchical structure of law, quasi-legal instruments' competition with hard law, fragmentation of international law, and ineffectiveness of international organisation— challenge the traditional role of law both in societies and among them and herald the troubles that the rule of law is likely to undergo both as a principle underlying legal systems and as a general idea. One of the aspects of the crisis is the tension between the expectations, laid down in law and protected as rights, and public authorities' inability (or unwillingness) to fulfil their commitment to ensure these rights. Rights are thought to be trumps,²⁵ but today's deck of cards has too many jokers attempting to trump them.

Courts, by their nature, impede the undermining of the role of law. Not reducing themselves to legislator's mouthpiece, they are portrayed as inherently activist and tagged as "courtocracy", "juristocracy", "constitutional theocracy", or "dictatorship of black robes".²⁶ The societal support for this demonising attitude is not inconsiderable and has intensified since when the ominous insights about the crisis of the Western legal tradition were pronounced in the 1970s. But the pessimistic prophecies are not shared by many. Notwithstanding its difficulties, that tradition has a potential of resistance to the endeavours to subjugate law to politics or societal pressure. The concerns about the crisis were voiced before the breakup of the USSR, which was creating an alternative legal tradition, which was capable of playing some role in shattering the foundations of its Western competitor, but collapsed itself; and before the advent of EU, whose law co-exists and competes with member States' national and various supranational legal systems. Resistance potential may also be evoked by the need to withstand the challenges of new major international conflicts. More generally, the direction and magnitude of the formation and transformation (and demise) of traditions may be reflected on with some certainty only from time's perspective. Although the indications of the crisis must not be oversimplified, any conclusions should be based not so much on the quantifiable factography of manifestations of the neglect of law (*e.g.*, assaults on individual liberty), oft-generalised as "the submission of law to politics", "legal cynicism", or "displacement of legal formalism", but on the *fundamental changes* in societies' belief as to the working of law and its role *vis-à-vis* other institutions. If the Western legal tradition is in crisis, the latter would be a phenomenon not of formal legality, but of culture.

Lastly, a crisis *per se* does not imply a collapse. The rule of law is not always holding the field against all sorts of attacks; however, its *very idea* has not been abandoned, at least

was "no longer alive and well". ID. *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2003, p. 282.

25 DWORKIN, R. "Rights as Trumps". In: J. Waldron (ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

26 In the article with an emblematic title, one author argues that the notion of the rule of law has been changed, *inter alia*, by transforming the object of legitimacy from a question of power (what the rules do) to a question of authority (who appoints the ruler) and by making it equivalent to procedural correctness (one of the key words being judiciary's independence), thereby reinforcing the role of the judiciary. E. COLOMBATTO. "It Was the Rule of Law. Will It be the Rule of Judges?". *Revue économique*, 2007, vol. 58, no. 6.

not yet. While it is completely possible that the Western legal tradition will undergo essential transformation, it is also possible that it will revive and strengthen, like after previous major upheavals, and “instead of [its] prophesied end ... we will see only the beginning of a new stage in its development”.²⁷ Unless this transformation throws overboard the rule of law, the tradition will persist. Courts, both national and international, play a crucial role in this —also by filling the idea of the rule of law with concrete contents.

“Rule of law” is translated to German as *Rechtsstaat* and to French as *État de droit*, *i.e.* law-governed (or law-based) state. On the continent, an equivalent of the German/French term is used in many languages. These are not mere lingual peculiarities.²⁸ The two concepts have common elements, but are not identical. *Rechtsstaat* is incident to continental Europe (and countries that have taken over the logic and culture of continental law) and is said to comprise the minimum of the rule of law and thus to be a narrower concept. It implies that the sovereign is bound by law as long as it has not been changed, but is not precluded from changing even its cornerstones. The autonomy of law from politics thus depends on political authorities’ will and/or ability to change the foundations of law. In a democracy, this autonomy may be overridden, if authorities’ intention to make a change is supported or even urged by the electorate.

The Anglo-Saxon concept of the rule of law (typical of Britain and countries that have taken over her legal experience) does not allow even the sovereign to intervene in the law as he wishes. Some rights are considered inalienable and override his will, even where it reflects general consensus. This implies some higher standards, not lending themselves to intervention initiated by political authority or spurred by societal pressure. They emanate not from positive law as law-makers’ will, but from a competing source, whatever it may be: religion, morality, human nature, perception of justice, nation’s spirit etc. Since they limit law-makers’ discretion, they must themselves be *part of law*, although not that posited by legislator, *i.e.* not positive law. Legal philosophies diverge as to the nature of these standards; not entering into this debate, it must be said that law-makers’ arbitrariness has not been advocated even by positivism, which does not agree that these standards are of *legal* nature: while accepting no *legal* restrictions on the sovereign’s law-making power, it makes no attempt to justify immoral or unfair law. Its Kelsenian version holds that *Rechtsstaat* is a tautology, because a state is able of expressing its will only in the form of law, hence, *any* state is governed by law; but this analysis is not meant to comfort legal practices of regimes professing contempt for moral precepts, including those which would fetter law-makers’ will and render it not law.

The geographical dimension of the rule of law—*Rechtsstaat* divide, manifesting the difference between the Anglo-Saxon and the continental viewpoints, must not be overrated. In the British tradition legislator-made law has a competitor in the body of law, made by courts in the course of application of not only laws, but also concepts of justice, customs, and general principles of law, not set in laws and even overriding them. But positivism anchored itself in legal thought due to thinkers cultivated in namely *that*

27 MACHOVENKO, J. *Teisės istorija {Legal History}*. Vilnius: Registrų centras, 2013, p. 33.

28 Cf. Venice Commission’s *Report on the Rule of Law*, 25–26 March 2011, CDL-AD (2011) 003rev. See (also on the differences within the Anglo-Saxon and the continental concepts), *e.g.*, E. O. WENNERSTRÖM. *The Rule of Law and the European Union*. Uppsala: Iustus Förlag, 2007, p. 61 *et seq.*

tradition, such as Jeremy Bentham, John Austin, or H. L. A. Hart. Also, in 19th century the United States Supreme Court invoked the procedural potential of constitutionalism and assumed the role of constitutional court. Hans Kelsen, the European mover of constitutional courts as a sub-branch of the judiciary, had rationalised what already existed, in a different institutional setting, outside the continental tradition.²⁹ His model, in which constitutional courts can override legislators' enactments, was taken over by many polities in, but also outside Europe. Also, some of the strongest criticisms of the *real state* of law and its claims to reign originated not in legal cultures once comfortable with positivism and *Rechtsstaat*, rather than the broader meaning of the rule of law, but in the Anglo-Saxon world. In the 1970s the United States begot the pretentious Critical Legal Studies Movement, which not only vividly portrays inconsistencies of law *as it is* (the force of many of their assessments must be admitted), but also tends to trumpet these criticisms into a generalised repudiation of law as a mere offspring of power (politics, religion, ideology etc.) and thus to nothing more than a deceit, which must be deconstructed, dethroned, "thrashed". While this negativist attitude was gaining momentum in the United States, Europe underwent new inflows of constitutional justice.

Nowadays, the divide discussed here has diminished in importance. The two concepts are still distinguished analytically, but they have converged both at the level of ideas and in the *real* operation of law. *Rechtsstaat* has been interpreted in an increasingly expansive manner to require that legislators abide by such tenets as inalienability of human rights and good governance, implying substantive and procedural requirements for law-making, even if not fixed in any statute. To counteract the positivist concern that such tenets could be legally binding, only if they *themselves* are of legal nature, constitutional courts have detected them in constitutions. For all practical purposes, the criteria of lawfulness of positive law thus no longer stem from some difficult-to-grasp supra-legal realm (on whose nature and mode of imposition on the positive law a debate will go on till doomsday), but from a constitution —a Rousseaesque *contrat social* with its connotation of natural justice, but also the supreme act of positive law. The detection has been easy where a constitution explicitly mentions the rule of law (or law-governed state); but courts have not shied away from it also where there is no such mentioning, their task being relieved by the fact that many requirements directly enshrined in modern constitutions have clear rule of law connotations and lend themselves to interpretation as its instances, such as prospectivity and accessibility of law; access to justice before independent and impartial courts; equality before the law; respect for human rights; compliance with international law etc. Attribution of legal nature to the rule of law marks the passage from formalist to substantive constitutionalism, and from constitution's letter to spirit. The latter term of art, despite its arcane naming, is a worldly, operational concept, which courts have interpreted with sufficient concreteness. Letter still matters, but yields to spirit; formalism has not been rejected, but rules do not reign over principles. Constitutional justice thus has contributed tangibly to *Rechtsstaat's* approximation to the rule of law and, more generally, to conceiving law as not an axiomatic, but a jurisprudential, arguable phenomenon, which is not confined to what has been determined by legislator, but embraces judge-made law and progresses through application

29 A. R. BREWER-CARÍAS. *Op. cit.*, note 19 *supra*, p. 9.

of concepts of justice and general principles of law, conceptualised in legal thought (but not necessarily mentioned in laws). It is said that the constitution is what judges say it is; in a similar vein, the rule of law is what courts say it is. This is a descriptive, not prescriptive statement; realism, not positivism. And the reality is that whereas in a national legal system *one* (constitutional) court resolves what the constitution of that country *is*, the rule of law is a *shared* idea, not monopolised by any single legal order and interpreted in parallel by many national and international courts. *None* of them has the final say: they all contribute to revealing and advancing the contents of this concept.

There rub is: how to reconcile an arguable character of law and the rule of law?³⁰ As said above, courts are no panacea for ensuring the reign of law. There have been prevaricating, cowardly or simply unfair judicial decisions in many jurisdictions, *korematsus*,³¹ which courts, with hindsight, would like to see deleted from their history. How can one ensure that the judicial interpretation of law is transparent and not arbitrary? Courts' authority to determine the meaning of the rule of law *per se* does not imply that what they argue about it tallies with its intrinsic meaning, *i.e.* that that meaning, formal obedience to the rule of law being made, is not distorted on political orders, under societal pressure, or even on a whim. Their authority to determine the meaning of the rule of law signifies, in practice, that meaning's advantage over all others, whoever their authors may be (even sovereigns), and disregarding that, prior to courts' interpreting anew some element of the rule of law, there might have prevailed its alternative perception, underlying respective practices and even approved by courts themselves. For a realist, this implies that courts are *in fact superior to the rule of law itself*. The latter would be difficult to validate in normative (legal or moral) terms and would pour water on the mill of "courtocracy". On the other hand, if there may be an intrinsic meaning of the rule of law superior to what courts may have erroneously interpreted, this would render that meaning mystical, devoid of that tangibility which already has been imparted on it by the collective working of courts.

The arsenal of safeguards against the judicial distortion of the hypothetical intrinsic meaning of the rule of law is meagre. In Europe one such safeguard against its distortion by national courts might be the Strasbourg Court, which, as an international body, is *thought* to be less prone to some of the pressures and more apt than domestic courts to interpret the rule of law in the light of common legal and cultural heritage (the fact that it is not financially independent is almost never discussed). However, this safeguard is not cast-iron, as there is no guarantee that the Strasbourg Court will not itself distort the intrinsic meaning of rule of law.

The relation between the meaning of the rule of law and its judicial interpretation is not the one of supremacy, but of the *moral legitimacy* of courts' decisions.³² Questioning that

30 N. MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 14–16.

31 I refer, in the appellative sense, to *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1944)), the US Supreme Court case concerning the constitutionality of the executive order, which called for internment of Americans of Japanese ancestry during World War II, regardless of citizenship. The Supreme Court by 6 votes to 3 upheld the order as constitutional.

32 K. E. HIMMA. "What Exactly is the Problem with Judicial Supremacy?" *The Rule of Law, Moral Legitimacy, and the Construction of Constitutional Law*. In: M. Jovanović, K. E. Himma (eds.). *Courts, Interpretation, the Rule of Law*. The Hague: Eleven, 2014, pp. 18–32.

legitimacy may lead us out from world of law back to the initial aporia of the nature of the highest criteria of lawfulness of positive law (which courts have overcome by adopting the view that these criteria are to be found in constitutions). This risk is pragmatically avoided by realistically accepting (regardless of how one views realism as a methodology) that the meaning of the rule of law is determined by courts, and if they err, their moral critique cannot be rebutted as illegitimate on the sole ground that it rests on non-legal bedrock. Justice is not limited to justice under law (after all, most people are not lawyers, but seek justice). Justice is an essentially contested concept.³³ Intellectual exercise in revealing the allegedly true essence of such concepts is thought-stimulating. But all efforts to shell out the *practicable* meaning of the rule of law, other than the one laid down in judicial doctrines, so far have not abandoned the realm of speculation. If there are theoreticians who can square this circle convincingly and authoritatively (and not only with full inner confidence), I have not met any. “Rule of law” is a term of art, for which no one has been able of giving a single comprehensive definition.³⁴

“Rule of law” allegedly has become a hurrah-word, exploited by all sorts of radicals, centre liberals and conservatives.³⁵ It may be employed for criticising virtually any policy or legal practice. Billpostings of indications of defiance of law (they can be recorded in any state) are used for claiming that a state is not governed by law. The rule of law thereby turns into a rhetorical *cliché* instrumentalised in political struggle. But ideals, as per definition, are not achievable. The rule of law is not attainable in its perfection. Deviation of legal practices from its standards does not, in itself, warrant a generalised labelling of a state as not being governed by law. The notion of the rule of law is meant not to define an ideal, but to provide guidelines for improvements based on the assessment of concrete defects. Whether a case meets the standards of the rule of law and, more broadly, whether a state is governed by law, rests on the well-known formula “I know it when I see it”, where the criterion of divide is the contrast between the rule of law and arbitrary power.³⁶ It thus suffices to verify the few main themes of the latter: government limited by law; formal legality; and the rule of law, not man.³⁷ This open-ended description calls for specification —which, however, is encumbered by the conceptual divide between *Rechtsstaat’s* formalism and the substantivity of the broader meaning of the rule of law.

The two approaches focus on, respectively, the *form* of positive law and its *substance*. The gist of the formalist theories is that the rule of law means “literally what it says”, *i.e.*

33 In the sense from the outset attributed to this category. See W. B. GALLIE. “Essentially Contested Concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, vol. 56, issue 1. On “justice” and “rule of law” as essentially contested concepts see, e.g., D. COLLIER, F. DANIEL, A. O. MACIUSEANU. “Essentially Contested Concepts: Debates and Applications”. *Journal of Political Ideologies*, 2006, vol. 11, no. 3.

34 D. M. BEATTY. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. vi.

35 C. SAMPFORD. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 39.

36 M. KRYGIER. “False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law”. In: A. Sajó (ed.). *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 255–256. Here is another example of “simple” definition of the rule of law by the same author: “At a bare minimum, the point of the rule of law ... is relatively simple: all actors should be constrained by, and people should be able to rely on, the law when they act.” ID. “The Quality of Civility: Post-Anti-Communist Thoughts on Civil Society and the Rule of Law”. In A. Sajó (ed.). *Out and into Authoritarian Law*, note 12 *supra*, p. 249.

37 B. TAMANAHA. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 114–126.

“the rule of the law”,³⁸ or even that “the rule of law is a law of rules”.³⁹ Such utterings, witty though they seem, are trite. There cannot be a rule of law without rules of law, and only law consisting of rules can be certain and predictable.⁴⁰ Substantivist theories assert that, in order there to be the rule of law, law should establish (social) justice, including “fair” distribution of public goods. To define the rule of law, already a problematic notion, they import several other essentially contested concepts: “justice”, “fairness” and “public goods”. This only complicates the matter.

Both camps further differentiate into thin(ner) and thick(er) theories.⁴¹ The thin ones are more functional and procedural; the thick ones more substantive.⁴² What for the thin theories is “rule-by-law”, for the thick ones “individual rights”. Moving in the direction of greater thickness of both types of theories, the same goes for “formal legality” and “right of dignity and/or justice”; and “democracy + legality” and “social welfare”.⁴³ The most extreme of the thick theories equate law-governed state with social/welfare state, thereby leaching out the rule of law of its legal core and rendering it an ideological parlance. Yet, the rule of law “cannot be about everything good that people desire from government”.⁴⁴ This would imply that states encountering major economic difficulties may not be treated as being governed by law, because they are unable of ensuring welfare. Law-governed state’s fusion with social/welfare state would render the Strasbourg Court’s case-law on standards of the rule of law (in particular regarding non-derogable rights) in times of crises⁴⁵ irrational. Also, economy may develop fast, and welfare may be ensured under dictatorial regimes too. Although the importance of the rule of law is recognised for virtually all areas of life, including economic progress, the significance of law for economics should not be exaggerated. Even less it is permissible to equate the rule of law and economic progress (welfare).⁴⁶ Like legal formalism *per se* is not the necessary, let alone determining part of social insensitivity, social justice programmes are to be assessed on their own merits, to which legal argument may bring only some extra savour.

It is tempting to derive the rule of law–*Rechtsstaat* divide (and their differentiation into thin and thick theories) from the antagonism between positivism and natural law theory. In fact, that divide does not prevent the two great theories from meeting on the field of the rule of law. Some positivists (Friedrich von Hayek, Joseph Raz) are deemed as “moralising” for attribution to the rule of law of certain moral principles. It thus makes sense to classify as thick and thin not all theories, but only

38 J. RAZ. “The Rule of Law and Its Virtue”. *Law Quarterly Review*, 1977, vol. 93, no. 1, p. 196.

39 A. SCALIA. “The Rule of Law as a Law of Rules”. *University of Chicago Law Review*, 1989, vol. 56, no. 3, p. 1175.

40 N. MACCORMICK, N. *Op. cit.*, note 30 *supra*, p. 12.

41 C. SAMPFORD. *Op. cit.*, note 35 *supra*, pp. 45–55. For more on this divide see: S. KIRCHIN. (ed.). *Thick Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 2013; B. WILLIAMS. *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985. On the application of this distinction to the notion of the rule of law, see: A. HUTCHINSON, P. MONAHAN. *The Rule of Law: Ideal or Ideology*. Toronto: Carswell, 1987, p. 101.

42 K. E. HIMMA. *Op. cit.*, note 30 *supra*, pp. 13–18.

43 B. TAMANAHA. *Op. cit.*, note 37 *supra*, pp. 91–113.

44 *Ibid.*, p. 113.

45 See, e.g., L.-A. SICILIANOS. “The European Court of Human Rights at Time of Crisis in Europe”. *European Human Rights Law Review*, 2016, issue 2.

46 F. K. UPHAM. “The Illusory Promise of the Rule of Law”. In: A. Sajó (ed.). *Human Rights with Modesty*, note 36 *supra*, p. 279.

those that moralise,⁴⁷ for those which do not assert any moral principles and completely detach law from morals (like Kelsen's normativism) are so thin that, for the purposes of postulating the elements of the rule of law, they are devoid of potential. The remaining thin and thick theories from both camps recognise the significance of human rights, which renders their opposition relative. And the elements of the rule of law that positivism is armed with have been worked out by Lon L. Fuller, a protagonist of natural law.

Fuller asked: when would it be possible to hold that there is no rule of law in a hypothetical state governed by a monarch² and came up with the answer, that it would be so, if that monarch:

- i) tries to make special rules for everyone to suit their particular needs, but this only arouses confusion and anger at differential treatment;
- ii) fails to publicise them, so nobody knows what laws to follow;
- iii) makes all his laws retroactive;
- iv) enacts vague or obscure rules;
- v) enacts rules that contradict each other;
- vi) enacts rules that could not be followed;
- vii) fails to apply rules consistently;
- viii) changes his laws so often that his subjects cannot rely on them to plan their actions.⁴⁸

Such law would be immoral. The reverse are the standards of the rule of law, or its elements. Their necessity springs from the internal morality of law.

Abundant theorisings about the standards of the rule of law and constructs of the rule of law as an operational category, whatever their merits, often are but variations of Fuller's sketch.⁴⁹ According to Tom Bingham, the rule of law must satisfy the following prerequisites ("ingredients"):

- i) law (including judge-made law) must be accessible, predictable, as far as possible intelligible and clear;
- ii) discretion has to be limited in that sense that questions of rights should be resolved by the application of law and not by the exercise of discretion;
- iii) persons have to be equal before the law, and differentiated legal regulation allowed only if objective differences so require;
- iv) public officials must exercise their powers in good faith, fairly, only for the purpose for which these powers were conferred, without exceeding their limit, and not unreasonably;
- v) human rights must be respected;
- vi) means must be provided to resolve, without prohibitive cost or inordinate delay, *bona fide* disputes;

47 M. NEUMANN. "The Rule of Law: Politicizing Ethics". Aldershot: Ashgate, 2002, pp. 2–3.

48 L. L. FULLER. *The Morality of Law* (rev edn). New Haven CT: Yale University Press, 1964.

49 See, e.g.: A. MARMOR. "The Rule of Law and Its Limits". *Law and Philosophy*, 2004, vol. 23, no. 1; M. J. RADIN. "Reconsidering the Rule of Law". *Boston University Law review*, 1989, vol. 69, no. 4; J. RAZ. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2nd edn). Oxford: Oxford University Press, 2009.

- vii) fair trial must be guaranteed;
- viii) compliance with international law should be ensured.⁵⁰

These elements, conceptualised in theory, are present in modern constitutions (often along with the explicit mentioning of the rule of law). They have been consolidated in the Venice Commission's 2011 Report on the Rule of Law,⁵¹ which attempts to reconcile different notions of the rule of law. Bingham's list of eight "ingredients" has been reworked and reduced to six:

- i) legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law;
- ii) legal certainty;
- iii) prohibition of arbitrariness;
- iv) access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts;
- v) respect for human rights;
- vi) non-discrimination and equality before the law.

Notwithstanding its merits, the list is debatable. In particular, the fifth "ingredient" overlaps with all others. Distinguishing legality as a separate "ingredient" is also misleading, because legality rightly is the central element of the rule of law,⁵² and thus must be considered as an inherent dimension of all other "ingredients". For instance, what lacks legal certainty or is arbitrary should not be considered as lawful and thus as "legal". On that account, Fuller's eight elements (and Bingham's eight "ingredients") can be presented in the following way:

- i) generality (there must be rules which are "more than patternless exercises of political power);
- ii) promulgation of laws;
- iii) prohibition of retroactivity (with some exceptions aimed at interpretation or curing irregularities of form);
- iv) clarity (sufficient precision);
- v) absence of conflicting provisions;
- vi) not requiring impossible;
- vii) stability (changes must be not frequent);
- viii) congruence between official acts and declared rules.⁵³

But the Report, as soft law, was not meant to please an academic taste. It is geared to practical needs: to reinforce the notion of the rule of law as an operational category, to provide guidelines for legislation and law-application, and to facilitate judicial

50 BINGHAM, T. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2010.

51 Note 28 *supra*.

52 LAUTENBACH, G. *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 37 *et seq.*

53 *Ibid.*, pp. 38–39.

application of the standards of the rule of law. Although unfolding the substance of the rule of law, as a constitutional concept, is the task of constitutional courts, none of them is fully free in this activity: they must take account of the shared idea of the rule of law as part of common heritage.

The above-indicated standards are subject to fine-tuning. Let us, by way of example, have a closer look at one of the “ingredients”: the prospectivity of law (inherently related to its predictability and legal certainty). As a matter of principle, retroactive legislation may be held to be not law at all, because it is factually not possible to regulate the past. But prospectivity is not superior to other standards of the rule of law; it must not create an illusion that perfect predictability of law is achievable.⁵⁴ For example, Article 7 of the Convention prohibits retroactive legislation in rather absolute terms in the context of criminal proceedings, but allows for an exception: this prohibition “shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations”. The imperative of prospectivity must be accommodated to real-life situations, where blind tooting to the letter of law may bring about the dysfunction of the whole system. *Pereat mundus, fiat iustitia*; but what is *iustitia* worth, if *mundus perit*? When faced with major crises, authorities resort to retroactive (retrospective) law-making; they do this also for the benefit of the addressees of prior legislation. To provide one example, the Strasbourg Court dismisses applications on the ground that retroactive legislation has been introduced, providing for new domestic remedies that must be exhausted before applying to this Court,⁵⁵ or domestic courts have interpreted the old law anew so that it is now deemed as providing such remedies.⁵⁶ Justifiable deviations from the general prospectivity imperative include, *inter alia*, curative, restorative, validating, beneficial and procedural legislation, as well as legislation specifying statutes of limitation or providing for new remedies.⁵⁷ Judicial practice benefits from academic systematisations and conceptualisations, but also verifies and corrects them. Lenience to some types of retroactivity provides no safe umbrella for *every single* instance of retroactive law-making, which nominally falls into one of the exceptions. Their application is challengeable.⁵⁸ Predictability rules, even if not absolutely.

54 C. SAMPFORD. *Op. cit.*, note 35 *supra*, p. 47.

55 *Ümmihan Kaplan v. Turkey* (no. 24240/07, 20 March 2012). After the application of the pilot judgment procedure a new domestic remedy has been established in Turkey, which was capable of offering a reasonable prospect of redress for complaints concerning the length of proceedings. The Court continued with the examination of applications of the same type which were already communicated to the Government; others were dismissed on the ground that the applicants had failed to exhaust the domestic remedies.

56 *Savickas and Others v. Lithuania* ((dec.), nos. 66365/09, 12845/10, 28367/11, 29809/10, 29813/10 and 30623/10, 15 October 2013).

57 C. SAMPFORD. *Op. cit.*, note 35 *supra*, pp. 103–164. To justify them, a range of arguments is used: the necessary evil argument; the better rule argument; the better institution argument; the efficiency argument; the fairness argument. *Ibid.*, pp. 229–256.

58 Cf., e.g., cases where so-called interpretive regulation has been enacted supposedly clarifying the provisions of the previous regulation, yet, in fact, changing that regulation essentially and thereby interfering into the cases already pending before courts. *Stefanetti and Others v. Italy* (nos. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21860/10, 21869/10 and 21870/10, 14 April 2014); *Azienda Agricola Silverfunghi S.a.s. v. Italy* (nos. 48357/07, 56277/07, 52687/07 and 52701/07, 24 June 2014).

III. QUALITY OF THE LAW AS A PREREQUISITE FOR THE RULE OF LAW

The Statute of the Council of Europe refers to the rule of law twice: in the Preamble, where the signatory Governments affirm their devotion to the rule of law, and in Article 3, which provides that “every member ... must accept the principles of the rule of law”. In the Convention, the reference is made once: in the Preamble.⁵⁹ The Court has expressed its conviction that the signatory Governments had the “profound belief in the rule of law”.⁶⁰ The drafters of the Convention saw the rule of law as an inherent part of the common heritage of the democratic States that formed the Council of Europe, tacitly leaving it to the Strasbourg Court to develop the concept further.⁶¹ In the Court’s case-law the rule of law has acquired the weight of a general principle, which must be taken into consideration when examining all complaints within the ambit of the Court’s jurisdiction, in the light of which provisions of the Convention are interpreted and applied,⁶² although the Court was not intended to be a court of the rule of law (consequently, not an equivalent of a constitutional court as a negative legislator), but one of human rights. Such development, however, is natural, because in the Western legal tradition the rule of law and human rights are intrinsically interwoven.

As said above, the idea of the rule of law is not monopolised by any single legal order and is collectively interpreted by many courts. As a general principle, whose central element is legality, it covers all spheres of life, capable of being regulated by law. There may be no legal regulation, exempt from control in respect of its compliance with this standard. In this regard, the Convention’s parallel with a constitution is appropriate. A constitution is integral; it has no gaps in that (Kelsenian) sense that, for the purposes of constitutional review, there can be no areas where legality rests and it cannot be tested whether certain act or decision is in compliance with the constitution. The opposite would imply a constitutionally-approved domain of legitimate arbitrariness. The Convention, however, *has* gaps. It focuses on one, even if wide, segment of social reality: human rights. Other segments are outside its ambit. This results in dismissal, by the Court, of complaints concerning alleged violations of rights belonging to these other areas as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention. The sphere of application of the rule of law as a constitutional principle is wider than that of its application as of a conventional principle. National rule of law doctrines tend to be holistic; the Court’s doctrine particularistic. But the Convention is a living instrument, whose interpretation by the Court evolves “towards the moral truth of the [Convention] rights”.⁶³ As time goes by, its case-law may occupy new areas in two ways: a right not

59 The term has not been translated into all languages of member States literally. Its equivalent in French is *prééminence du droit*, literally “primacy of law”. This term has been officially translated in my native Lithuanian as “*teisės viršenybė*”, i.e. “supremacy of law”, but in the domestic legal discourse two other terms are used perhaps even more often: “*teisinė valstybė*” (literally “legal state”) and “*teisės viešpatavimas*” (literally “the reign of law”).

60 *Goldor v. the United Kingdom* (no. 441/70, § 34, 21 February 1975).

61 P. LEMMENS. “The Contribution of the European Court of Human Rights to the Rule of Law”. In: G. De Baere, J. Wouters (eds). *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law*. Cheltenham/Northampton MA, 2015, pp. 231-232.

62 *Ibid.*, p. 241.

63 G. LETSAS. *A Theory of the Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 79.

guaranteed by the Convention may be protected and defended by invoking other Articles, which cover its (or related right's) implementation;⁶⁴ or the Article may be interpreted expansively, so that the right enshrined in it widens in content.⁶⁵ But even such expansion will always have its limits.

It is not easy to formulate a concise academic definition of the rule of law, other than indication of its opposition to arbitrariness, but it would be even more difficult to define it in a court's judgment. The essence of the Court's rule of law doctrine is contained in this apt sentence: "The Court cannot accept that a decision-making power by the executive to detain the applicant on the basis of perceived fears of future non-violent criminal conduct unrelated to his original murder conviction accords with the spirit of the Convention, with its emphasis on the rule of law and protection from arbitrariness."⁶⁶ The rule of law thus is conceived as the *opposite of arbitrariness* and *part of the spirit of the Convention*.

Like constitutional justice has contributed to *Rechtsstaat's* approximation to the rule of law by crystallising the criteria for telling the contrast between the rule of law and arbitrary power, so has the Strasbourg Court's case-law. None of the Articles of the Convention uses the word "arbitrary", but all the articles that enshrine respective rights have an in-built

64 For instance, the right to health is not as such among those guaranteed under the Convention (*Dossi and Others v. Italy* ((dec.), no. 26053/07, 12 October 2010). Member States have, parallel to their positive obligations under Article 2, a positive obligation under its Article 8, firstly, to have in place regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' physical integrity, and, secondly, to provide victims of medical negligence with access to proceedings in which they could, where appropriate, obtain compensation for damage (*Trocclier v. France* ((dec.), no. 75725/01, 5 October 2006; *Codarcea v. Romania*, no. 31675/04, § 103, 2 June 2009; *Jurica v. Croatia*, no. 30376/13, § 84, 2 May 2017). Health and health care-related cases (including alleged abuses in the health care institutions), therefore, are not rare, but are examined under other Articles (2, 6, 8 or even 9 or 14) (see, among many authorities, *Korošec v. Slovenia* (no. 77212/12, 8 October 2015), *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* ([GC], nos. 28859/11 and 28473/12, 15 November 2016; *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* ([GC], no. 56080/13, 19 December 2017; *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* (no. 17484/15, 25 July 2017; *Mockutė v. Lithuania* (no. 66490/09, 27 February 2018).

65 To give one example, the Court has interpreted the notion of "private life" within the meaning of Article 8 as encompassing the right for an individual to form and develop relationships with other human beings, including relationships of a professional or business nature; that Article thus protects the right to personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and does not exclude in principle activities of professional or business nature, because it is in the course of their working lives that the majority of people have a significant opportunity to develop relationships with the outside world (*Oleksandr Volkov v. Ukraine*, no. 21722/11, § 165, 9 January 2012). In *Erményi v. Hungary* (no. 22254/14, 22 November 2016) the Court went further. The applicant, who was dismissed from the post of the Vice-President of the Supreme Court, complained under Articles 6, 13 and 14, but the Court, being "master of the characterisation to be given in law to the facts of the case" and relying on the *jura novit curia* principle, requalified his complaint as falling under Article 8. Domestic courts reinstated the applicant in his judicial service, but not to his previous administrative position in court system. On this account, the Court found a violation of Article 8. It transpires from the judgment that the applicant's "relationships with the outside world", his social life or even his professional relations were dependent on that post, which was but an additional function to his judicial service and status as a judge of the Supreme Court. The notion of "private life" thus (regrettably) tended to embrace virtually any act by the authorities *vis-à-vis* an individual, as a participant in the labour market or as a holder of a profession or any other official function. *Update-note after the submission of the article*: Quite soon the Court, having provided a survey of its private life case-law to date and having recapitulated its main principles, formulated a broad doctrine, backed away from an excessively broad interpretation of the concept of "private life" as employed in *Erményi* (cited above), and found a complaint under Article 8, in many respects similar to that in *Erményi*, to be incompatible *ratione materiae* with the Convention and thus inadmissible, although without formally denouncing *Erményi* (*Denisov v. Ukraine* ([GC], no. 76639/11, 25 September 2018).

66 *Stafford v. The United Kingdom* ([GC], no. 46595/99, § 82, 28 May 2002).

anti-arbitrariness germ. For instance, Article 2 is directed against *arbitrary* deprivation of life; the purport of Article 5 is protection against *arbitrary* deprivation of liberty; that of Article 6 is guaranteeing the right to a fair, *i.e.* non-*arbitrary*, trial; Article 18 prohibits abusive restriction of individuals' rights, *i.e.* their restriction by *arbitrary* exercise of power by authorities. The Court's judgments, whatever their merits or disadvantages, thus are of anti-arbitrary spirit (and unfortunate exceptions do not alter the main direction). Some types of cases are especially telling in this regard, such as those pertaining to: excessive length of proceedings;⁶⁷ torture;⁶⁸ police violence⁶⁹; non-implementation of courts' final judgments⁷⁰; secret detention sites⁷¹; or persecution of political opponents⁷².

Rule of law-related fragments of the Court's doctrine are dispersed over its different judgments. The Court has never attempted to put them together into a lengthier whole.⁷³ It uses the rule of law as an interpretational tool to give a meaning to a respective provision of the Convention, always in combination with one or several Articles of the Convention, which it considers to constitute a specific application of that principle.⁷⁴ Given the nature of the Strasbourg Court as an international court, the principle of subsidiarity and the margin of appreciation reserved for member States, a universalised or too detailed definition of the ideal of the rule of law could be even counterproductive.⁷⁵ The Court has developed an authentic concept of the rule of law, which tallies in some respects with that formulated by the national courts, and yet it is far from embracing the whole comparative jurisprudential variety of this concept.

It took time for the Court to consolidate the rule of law as a general conventional principle. The rule of law initially came to be mentioned in judges' separate opinions, rather than in the body of the Court's judgments.⁷⁶ Only in 1975, in *Golder v. the United Kingdom*, the Court noted that the Preamble of the Convention "points to [the rule of law] as being one of the features of the common spiritual heritage", dismissed the interpretation of the rule of law as of "a merely 'more or less rhetorical reference', devoid of

67 *Siirmeli v. Germany* ([GC], no. 75529/01, 8 June 2006).

68 *Gäffgen v. Germany* ([GC], no. 22978/05, 1 June 2010).

69 *Khamidov v. Russia* (no. 72118/01, 15 November 2007).

70 *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* (no. 40450/04, 15 October 2009).

71 *Al Nashiri v. Poland* (no. 28761/11, 24 July 2014); *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland* (no. 7511/13, 24 July 2014); *Al Nashiri v. Romania* (no. 33234/12, 31 July 2018); *Abu Zubaydah v. Lithuania* (no. 46454/11, 31 May 2014).

72 *Gusinskiy v. Russia* (no. 70276/01, 19 May 2004); *Tymoshenko v. Ukraine* (no. 49872/11, 30 April 2013); *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (no. 15172/13, 22 May 2014); *Rasul Jafarov v. Azerbaijan* (no. 69981/14, 17 March 2016); *Merabishvili v. Georgia* ([GC], no. 72528/13, 28 November 2017).

73 Constitutional courts sometimes produce lengthier texts on this issue, as they perform norm control and interpret the respective constitution as an integral act. For example, the Lithuanian Constitutional Court has done this in its ruling of 13 December 2004 (available in English at <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1279/> content (accessed on 29 June 2018)), where it systematised many fragments of its rule of law doctrine, accumulated throughout years. Still, later rulings added new elements to this doctrine.

74 P. LEMMENS. *Op. cit.*, note 61 *supra*, pp. 240–241. For some constitutional courts (including the Lithuanian Constitutional Court), as courts of norms, it is not wholly uncommon to rule that the challenged legislation is in conflict with the constitutional principle of the rule of law (or another constitutional principle, such as separation of powers), conceived as an autonomous constitutional provision, although reflected in and permeating various articles of the respective constitution.

75 Cf. M. KRYGIER. *Op. cit.*, note 37 *supra*, pp. 262–263.

76 See, e.g., Individual dissenting opinion of Judge [Mehmed] Zekia, *Wemhoff v. Germany* (no. 2122/64, 27 June 1968).

relevance for those interpreting the Convention”, and used it as a tool for interpretation of Article 6 § 1 (and, by extension, Article 8): “in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to the courts”.⁷⁷ This notion was soon referred to in another case in the context of Article 5 § 1; the Court rejected the respondent Government’s argument that the provisional arrest of the applicant was justified under sub-paragraph b) of that Article insofar as the latter permits “lawful arrest or detention [intended to] secure the fulfilment of any obligation prescribed by law”, and stated that these words “concern only cases where the law permits the detention of a person to compel him to fulfil a specific and concrete obligation which he has until then failed to satisfy”, but their “wide interpretation would entail consequences incompatible with the notion of the rule of law from which the whole Convention draws its inspiration”.⁷⁸ In yet another case, where domestic legislation was challenged as permitting surveillance measures without obliging the authorities in every case to notify the persons concerned after the event, the Court stated that “[t]he rule of law implies, *inter alia*, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure”.⁷⁹ Not much later the “fundamental principle of the rule of law” was invoked for interpreting “authority and impartiality of the judiciary” within the context of Article 10.⁸⁰ Throughout the 1980s and 1990s the Court casuistically was filling this principle with concrete content, pertaining to: presumption of innocence;⁸¹ right to liberty;⁸² right to respect for private and family life;⁸³ freedom of expression related to the “belief concerning the nature of human life” and the “right to life of the unborn”;⁸⁴ the right to appeal;⁸⁵ interference by the legislature with the administration of justice aimed at influencing the judicial determination of disputes already pending before courts⁸⁶ etc.

In this step-by-step manner, the Court proceeded to gradually intensify and solidify its reliance on the rule of law as a general principle, adding this additional argument to the requirements (under various Articles of the Convention) often already formulated in

77 § 34, note 60 *supra*. But see Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice: “The importance attributed to the factor of the ‘rule of law’ ... is much exaggerated. That element, weighty though it is, is mentioned only incidentally in the Preamble to the Convention. What chiefly actuated the contracting States was not concern for the rule of law but humanitarian considerations.”

78 *Engel and Others v. The Netherlands* ([Plenary], nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, § 69, 8 June 1976). That paragraph refers to *Golder* (note 60 *supra*), but it is not explicitly stated in *Golder* that the (whole) Convention draws inspiration from the notion of the rule of law.

79 *Klass and Others v. Germany* ([Plenary], no. 5029/71, § 55, 6 September 1978). The Court found no violation of Articles 6, 8 and 13 of the Convention.

80 *The Sunday Times v. the United Kingdom* ([Plenary], no. 6538/74, § 55, 26 April 1979).

81 *Salabiaku v. France* (no. 10519/83, § 28, 7 October 1988).

82 *Brogan and Others v. the United Kingdom* ([Plenary], 11266/84, § 58, 29 November 1988); *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* ([Plenary], no. 14553/89, 14554/89, § 48, 26 May 1993).

83 *Huig v. France* (no. 11105/84, § 26, 24 April 1990); *Kruslin v. France* (no. 11801/85, §§ 27, 30, 32, 36 and 24 April 1990); *Herczegfalvy v. Austria* (no. 10533/83, §§ 88 and 89, 24 September 1992).

84 *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ([Plenary], nos. 14234/88 and 14235/88, § 69, 29 October 1992).

85 *Poitrimol v. France* (no. 14032/88, § 38, 23 November 1993).

86 *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece* (no. 13427/87, §§ 46 and 49, 9 December 1994).

its case-law. It is not excluded that the Court was inspired by the judgments of domestic constitutional courts (most notably of the German and Swiss ones) which it cited, where provisions of domestic legislation and (in cases of individual complaints) their application were examined as to their compliance with the imperative of the rule of law, as (explicitly or implicitly) enshrined in a respective constitution.⁸⁷

The general doctrinal provision as to the scope of potential of use of the notion of the rule of law⁸⁸ was introduced in 1996, in *Amuur v. France*: this concept was referred to as one “inherent in all the Articles of the Convention”.⁸⁹ That case concerned the deprivation of liberty, which, under Article 5 § 1, must be effected “in accordance with a procedure prescribed by law”. While substantiating that the principle of the rule of law is inherent in all the Articles of the Convention, the Court cited also the similar clauses of Articles 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, and 11 § 2, which all require that the “quality of the law ... is compatible with the rule of law”.⁹⁰ That *Amuur* formula was referred to in a number of Chamber judgments, and in 1999 it was adopted by the Grand Chamber,⁹¹ since then, it has become routine.

Under Article 1 of the Convention, the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms “defined in Section I of [the] Convention”. The States thus must take all measures necessary to protect these rights, and if they are infringed, to rectify the matter. In the Court’s interpretation of the Convention, the States have a positive obligation to set up a normative framework for ensuring Convention rights. It falls on domestic law-making bodies. For the Convention purposes, domestic rules (even constitutional) governing the law-making competences of these bodies are irrelevant (unlike for constitutional courts that may disqualify as unconstitutional even such legislation which would ensure human rights, if it has been adopted by an inappropriate institution or in an inappropriate procedure). The said obligation pertains to all Convention rights.

For an interference into a right to not constitute a violation of the Convention, the first condition is that it must be “provided by law” or “in accordance with the law”. These provisions require that that impugned measure has “some basis” in domestic law,⁹² which “must be adequately accessible and be formulated with sufficient precision

87 *Zimmermann and Steiner v. Switzerland* (IGC, no. 8767/79, 13 July 1983); *Glasenapp v. Germany* ([Plenary], no. 9228/80, 28 August 1986); *Kosiek v. Germany* ([Plenary], no. 9704/82, 28 August 1986); *Lüdi v. Switzerland* (no. 12433/86, 15 June 1992); *Vogt v. Germany* (IGC, no. 1785/91, 26 September 1995).

88 Other than the statement in *Engel and Others* (note 78 *supra*) that the whole Convention draws its inspiration from the notion of the rule of law.

89 *Amuur v. France* (no. 19976/92, § 50, 25 June 1996).

90 *Ibid.* The notion of the quality of the law, however, was already used in some earlier judgments. *Huvig v. France* (§§ 26 and 29, note 83 *supra*); *Kruslin v. France* (§§ 27 and 30, note 83 *supra*); *Herczegfalvy v. Austria* (no. 10533/83, § 88, note 83 *supra*).

91 *Iatridis v. Greece* (IGC, no. 31107/96, § 58, 25 March 1999); *Stafford v. the United Kingdom* (§ 63, note 66 *supra*). A parallel: the Lithuanian Constitutional Court, while elaborating that all constitutional provisions are inter-related and form an integral, harmonious system, held that the constitutional principle of a state under the rule of law is “a universal one upon which the whole Lithuanian legal system as well as the Constitution of the Republic of Lithuania itself are based” and that the content of the principle of a state under the rule of law “can be detected in various provisions of the Constitution” (ruling of 23 February 2000; available in English at <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1156/content> (accessed on 29 June 2018)).

92 *Kopp v. Switzerland* (no. 23224/94, § 55, 25 March 1998); *Amann v. Switzerland* (IGC, no. 27798/95, § 50, 16 February 2000); *Rotaru v. Romania* (IGC, no. 28341/95, § 52, 4 May 2000); *Sanoma Uitgevers B.V. v. The*

to enable the citizen to regulate his conduct, he or she being able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”.⁹³ Such requirements as clarity or legal certainty are quality requirements, an extension and specification of the general concept of the rule of law and its aide as of an interpretative tool. If the rule of law is inherent in all the Articles of the Convention, so must be its quality elements. For instance, legal certainty is held to be “implicit in all the Articles of the Convention and [to] constitut[e] one of the fundamental aspects of the rule of law”.⁹⁴

In the Court’s case-law, quality of the law initially was mentioned sporadically, often referring to its predictability, foreseeability, accessibility and clarity, rather than to its substance. In *Malone v. the United Kingdom* the Court stated that “the phrase ‘in accordance with the law’ does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law”.⁹⁵ In the 1980s the expression “quality of the law” was used only episodically.⁹⁶ In the 1990s, its usage—or that of its twin “quality of the legal rules applied”—intensified;⁹⁷ in *Kopp v. Switzerland* (and several other cases) the Court entitled a sub-section of the judgment “Quality of the law”.⁹⁸ In some cases it moved towards limited inclusion in the concept of the “quality of the law” of more substantive elements. Yet in *Malone* the Court (having referred to the European Commission on Human Rights) interpreted the expression “in accordance with the law” as implying also that “there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by [Article 8 § 1]”.⁹⁹ This was echoed in *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*: “A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.”¹⁰⁰ In at least two cases the Court, using the notion of the “quality of the law” in the context of the right to privacy, reiterated that Article 8 § 2 requires “the law in question” to be “compatible with the rule of law” in that sense that, “because of the lack of public scrutiny [of secret measures of surveillance or interception of communications by public authorities] and the risk of misuse of power, the domestic law must provide some protection to the individual against arbitrary interference

Netherlands (IGC), no. 38224/03, § 81, 14 September 2010).

⁹³ *A, B and C v. Ireland* (no. 25579/05, § 220, 16 December 2010).

⁹⁴ *Nejdet Şabin and Periban Şabin v. Turkey* (IGC), no. 13279/05, § 56, 20 October 2011).

⁹⁵ *Malone v. United Kingdom* (no. 8691/79, § 67, 2 August 1984). The Court referred to two of its earlier judgments, wherein, however, the expression “quality of the law” has not been used.

⁹⁶ *James and Others v. the United Kingdom* ([Plenary], 8793/79, § 67, 21 February 1986); *Olsson v. Sweden* ([Plenary], no. 10465/83, § 61, 24 March 1988); *Chappell v. the United Kingdom* (10461/83, § 57, 30 March 1989).

⁹⁷ *Huwig v. France* (§§ 26 and 29, note 83 *supra*); *Margareta and Roger Andersson v. Sweden* (no. 12963/97, § 75, 25 February 1992); *Kruslin v. France* (§§ 12 and 30, note 83 *supra*); *Herczegfalvy v. Austria* (§ 88, note 83 *supra*); *Halford v. the United Kingdom* (no. 20605/92, § 49, 25 June 1997); *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* (no. 18139/91, § 37, 13 July 1995); *Kopp v. Switzerland* (§§ 55 and 66, note 92 *supra*); *Lambert v. France* (no. 23618/94, § 23, 26–28, 24 August 1998); *Amuur v. France* (§ 50, note 91 *supra*); *Valenzuela Contreras v. Spain* (no. 27671/95, §§ 46, 53 and 60, 30 July 1998); *McLeod v. the United Kingdom* (24755/94, § 41, 23 September 1998).

⁹⁸ *Kopp v. Switzerland* (§§ 62–75, note 92 *supra*).

⁹⁹ *Malone v. United Kingdom* (§ 67, note 95 *supra*).

¹⁰⁰ *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* (§ 37, note 97 *supra*).

with Article 8 rights”, therefore it “must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in and conditions on which public authorities are empowered to resort to any such secret measures”.¹⁰¹ The foreseeability of law was underlined in some other cases, without directly mentioning the “quality of the law”.¹⁰² The breakthrough came in 2000, when this expression was adopted by the Grand Chamber in *Amann v. Switzerland*¹⁰³ and two other cases.¹⁰⁴

The quality of the law signifies a standard of its excellence. It is a one-to-many concept. It refers to various formal aspects of the law, but also to all manner of elements of its content. The above-cited requirements for quality law bear primarily on its form and only indirectly on its contents. In terms of thick–thin spectre of concepts, they are closer to the thin side. Given that the quality of the law is an extension of the rule of law as an interpretative tool, used in combination with certain Articles of the Convention as specific applications of the rule of law, it is natural to expect that more substantive (thicker) elements of the rule of law are to be found in the doctrines pertaining to the interpretation of these Articles (similarly to their discovery, by constitutional courts, in various articles of even those constitutions which do not directly mention the rule of law or the law-governed state).

The Court’s rule of law doctrine recently has been recapitulated in *De Tommaso v. Italy*. The law in question should be accessible to the persons concerned and foreseeable as to its effects; “a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable citizens to regulate their conduct; they must be able —if need be with appropriate advice— to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”. The unattainable (even if highly desirable) is not required: the consequences of the action must not be foreseeable with absolute certainty; the level of precision cannot provide for every eventuality; and the law must be able to keep pace with changing circumstances. It is conceded that many laws are inevitably couched in (to a greater or lesser extent) vague terms, whose interpretation and application are questions of practice. A foreseeable rule is such which affords a measure of protection against arbitrary interferences by the public authorities; if a law confers a discretion, it must indicate the scope of that discretion, but the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in rules of substantive law.¹⁰⁵

Predictability of law and legal certainty as inherent elements of the rule of law and requirements for the quality of the law may have some peculiarities with regard to judge-made law. In a case against the United Kingdom, the Court pronounced that “the word ‘law’ covers not only statute but also common law”.¹⁰⁶ It has not been expounded unequivocally as to how much inclusion of “common law” in the predictability of law requirement extends also to case-law of the courts that do not belong to common law tradition. But it has

101 *Halford v. the United Kingdom* (§ 49, note 97 *supra*); *Kopp v. Switzerland* (§ 64, note 92 *supra*).

102 See, e.g.: *Rekvényi v. Hungary* (no. 25392/94, § 34, 20 May 1999); *Hasbani and Harrup v. the United Kingdom* (no. 25594/94, § 31, 25 November 1999).

103 *Amann v. Switzerland* (§§ 50 and 55–63 (sub-section), note 92 *supra*).

104 *Rotaru v. Romania* (§ 52, 55 and 56, note 92 *supra*); *Hasan and Chaush v. Bulgaria* ([GC], no. 30985/96, § 84, 26 October 2000).

105 *De Tommaso v. Italy* ([GC], no. 43395/09, §§ 106–109, 23 February 2017).

106 *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* (§ 37, note 97 *supra*).

been recognised that: “however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation”; “[t]here will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances”; and that “the progressive development of the criminal law through judicial interpretation is a well-entrenched and necessary part of legal tradition”.¹⁰⁷ It also has been elucidated that: legal certainty “guarantees certain stability in legal situations and contributes to public confidence in the courts”; the “persistence of conflicting court decisions can create a state of legal uncertainty likely to reduce public confidence in the judicial system, whereas such confidence is clearly one of the essential components of a State based on the rule of law ... , especially when these conflicting decisions appear in similar cases heard in the same court which, in addition, is the court of last resort in the matter”; “the possibility of conflicting court decisions is an inherent trait of any judicial system that is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction”; “divergences may also arise within the same court”; “[t]hat, in itself, cannot be considered contrary to the Convention”; “[t]he requirements of legal certainty and the protection of the legitimate confidence of the public do not confer an acquired right to consistency of case-law”; and “[c]ase-law development is not, in itself, contrary to the proper administration of justice, since a failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement”. In line with this doctrine, the Court does not see its function in comparing different decisions of national courts, even if given in apparently similar proceedings, as “giving two disputes different treatment cannot be considered to give rise to conflicting case-law when this is justified by a difference in the factual situations at issue”. In its assessment of the circumstances in which contradictory decisions by different domestic courts, ruling at final instance, entail a violation of the right to a fair hearing, enshrined in Article 6 § 1, the Court, in its own words, is guided by the following criteria: whether “profound and long-standing differences” exist in the case-law of the domestic courts; whether the domestic law provides for a mechanism for overcoming these inconsistencies; whether that mechanism has been applied and, if appropriate, to what effect.¹⁰⁸ On such basis, the Court may find either a violation,¹⁰⁹ or no violation¹¹⁰ of Article 6 § 1.

The analytical divide between the formal and the substantive aspects of the quality of the law does not prevent them from being bridged. Where a law authorises a deprivation of liberty, its quality implies sufficient accessibility, precision and foreseeability in its application to avoid all risk of arbitrariness;¹¹¹ “lawfulness” covers procedural as well as substantive rules; and in a democratic society subscribing to the rule of law no arbitrary detention can ever be regarded as lawful.¹¹² But generally law must not be precise to every detail; the level of required precision depends to a considerable degree on the content of the law.¹¹³ When assessing the quality of the law, a balance is sought between

107 *Vasiliauskas v. Lithuania* ([GC], no. 35343, § 155, 20 October 2015).

108 *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* ([GC], no. 76943/11, § 116, 29 November 2016).

109 See, e.g., *Beian v. Romania* (no. 30658/05, 6 December 2007).

110 See, e.g., *Borg v. Malta* (no. 37537/13, 12 January 2016).

111 *Del Río Prada v. Spain* ([GC], no. 42750/09, 21 October 2013).

112 *Winterwerp v. the Netherlands* (no. 630173/73, § 39, 24 October 1979).

113 As well as on the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.

Vogt v. Germany (§ 48, note 87 supra); *Rekvenyi v. Hungary* (§ 34, note 102 supra); *RTBF v. Belgium* (no. 50084/06, § 104, 29 March 2011); *De Tommaso v. Italy* (§ 108, note 105 supra).

its accessibility, clarity and foreseeability, and the need to avoid the “excessive rigidity of the law”.¹¹⁴ Also, the first-time application of the new law does not, in itself, render that law unforeseeable, because “there must come a day when a ... legal norm is applied for the first time”.¹¹⁵ The doctrine of the quality of the law having evolved that far, it is in fact immaterial whether a the notion of quality of the law is explicitly mentioned in a judgment: it is assessed anyway.

For example, a violation of Article 7 was found, where laws fixed different minimum penalties, and the public prosecutor had a discretion to decide in which court to try an accused and which particular punishment bracket applied to him.¹¹⁶ Where the applicant complained about the lack of any remedy before a national authority that could rule on his application for destruction of the file containing information about him and amendment of the inaccurate information, a violation of Article 13 was found on account that domestic law had not made it possible to challenge the holding, by agents of the State, of information on a person’s private life or the truth of such information.¹¹⁷ In yet another case the applicant complained that during the first ten years of his postconviction detention for life his ability to receive prison visits from his wife and other family members had been severely curtailed; a violation of Article 8 was found on account that a fair balance has not been struck between the applicant’s right to the protection of private and family life and a legitimate aim of isolating such people from society.¹¹⁸ But the Court was satisfied with the Constitutional Court’s finding that the sanctioning of the court witness for not taking off his skullcap in the courtroom had a basis in the domestic law, which was far from being express on this issue.¹¹⁹

There may be a new trend showing up. In *Roman Zakharov v. Russia*, the Court found a violation of Article 8 on the account that domestic legal provisions governing interceptions of communications lacked clarity; did not provide for adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse; and did not ensure that secret surveillance measures are ordered only when “necessary in a democratic society”. The applicant was unable to allege that he has been subject to a concrete measure of surveillance. Still he claimed to be a victim of a violation “by the mere existence of legislation which allowed a system of secret interception of communications, without having to demonstrate that such secret measures had been in fact applied to him”, because the “existence of such legislation entailed a threat of surveillance for all users of the telecommunications services and ... amounted in itself to an interference with the exercise of his rights under Article 8”. The Court held that the “mere existence of the contested legislation amounts in itself to an interference”.¹²⁰ This non-formalism goes far, especially in view of abundant instances of restrictive approach to applicants’ victim status, as well

114 *Rekényi v. Hungary* (§ 34, note 102 supra). Balancing, however, is a challenging —if not essentially contested— concept, owing to the contrariety of its paradigms. The aspect is not dealt with here.

115 *Kudrevičius v. Lithuania* ([GC], no. 37553/05, 15 October 2015).

116 *Camilleri v. Malta* (no. 42931/10, 22 January 2013).

117 *Rotaru v. Romania* (note 92 supra).

118 *Khoroshenko v. Russia* ([GC], no. 41418/04, 30 July 2015).

119 *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina* (no. 57792/15, 5 December 2017). The violation of Article 9 nevertheless has been found on account of the disproportionality of the sanction to the legitimate aims pursued.

120 *Roman Zakharov v. Russia* ([GC], no. 47143/06, 4 December 2015).

as the oft-repeated doctrine that the Court's task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to or affected the applicant gave rise to a violation of the Convention. Or — rather— it *could* go very far, if the application of this approach (which is by all standards applicant- and human-rights-friendly) is not confined to the circumstances of that particular case or those of other similar cases, where the very existence of impugned legislation poses a permanent threat to an individual's right under the Convention and thus amounts to a direct infringement of the respective right. This “directness” perhaps is easier to substantiate in right to privacy cases, but such substantiation would not be as easy with regard to other rights enshrined in the Convention. The temptation for expansion of this approach, however, may appear to be very strong and indeed irresistible (especially in cases of blatant disregard of rights). Even if one agrees in principle (as I do) that Russian domestic normative framework disregarded the right to privacy of population at large (thus also of the applicant), the approach taken has resulted in the Court acting as a court of norms, *i.e.* a constitutional court.

Another indication of this trend (or departure from the more formalistic mainstream) is the life imprisonment case-law. In *Kafkaris v. Cyprus*, the Court assessed the quality of the impugned law and, found a violation of Article 7 on account that as a consequence of the change in the law, the applicant, a life prisoner, no longer could to have his sentence remitted, contrary to the requirement that the changes in legislation and in the conditions of release cannot be construed as imposing a heavier “penalty” than that imposed by the trial court. But the Court did not find a violation of Article 3, holding that life sentences in Cyprus were “both *de jure* and *de facto* reducible” by presidential pardon.¹²¹ In only five years, in *Vinter and Others v. the United Kingdom*, the Court's approach to the lifers' “right to hope” made a U-turn.¹²² Violations of Article 3 are found in cases where the Court holds that life sentences are irreducible, and they are considered to be irreducible even if there are such mechanisms available as presidential pardon (which was justified as sufficient in *Kafkaris*), amnesty, or release on compassionate grounds. Legislative instruments are required, allowing for periodic review (upon request) of life sentences and proper consideration of the progress towards rehabilitation made by a lifer. What is more, in the absence of effective review, life sentence's incompatibility with Article 3 arises already at the moment of imposition of that sentence.¹²³ Not calling into question the findings in *Vinter and Others* (they merit praise for promoting a humanist approach), this turnaround raises queries. How can a State be liable even in such cases, where the normative framework has not been

121 *Kafkaris v. Cyprus* ([GC], no. 21906/04, 12 February 2008).

122 *Vinter and Others v. the United Kingdom* ([GC], nos. 66069/09 130/10 3896/10, 7 July 2013).

123 *Vinter and Others v. the United Kingdom* (note 122 supra); *Öcalan v. Turkey* (no. 2) (no. 24069/03, 197/04, 6201/06 and 10464/07, 18 March 2014); *Trabelsi v. Belgium* (no. 140/10, 4 September 2014); *Lászlo Magyar v. Hungary* (no. 73593/10, 14 May 2014); *T.P. and A.T. v. Hungary* (37871/14, 73986/14, 4 October 2016); *Murray v. The Netherlands* ([GC], no. 10511/10, 26 April 2016); *Harackiev and Tolumov v. Bulgaria* (nos. 15018/11 and 61199/12, 8 July 2014); *Matišovaitis and Others v. Lithuania* (nos. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 and 72824/13, 23 May 2017). Cf. *Čačeko v. Slovakia* (no. 49905/08, 22 July 2014); *Bodein v. France* (nr. 40014/10, 13 November 2014); *Hutchinson v. the United Kingdom* ([GC], no. 57592/08, 17 January 2017); *Harkins v. the United Kingdom* ([GC], (dec.), no. 71537/14, 17 January 2017).

worsened (or even has been improved) since the last case against the same State, where no violation was found?¹²⁴ If a person was sentenced to life imprisonment in the pre-*Vinter* area, does that mean that the State has not complied with its obligation to set up a requisite normative framework already at the time of imposition of the sentence, although the existing framework met the criteria set forth in the Court's case law?¹²⁵ How can the fact of absence of periodic review of life sentences *alone* render a life prisoner victim of violation of Article 3, if other mechanisms present in domestic legal framework offer some prospect (not really unreasonable) of early release, but a lifer deliberately makes no progress towards rehabilitation? And so on. These cases have moved the Court to the direction of constitutional courts, for whom examination of legislative omissions is part of their routine job.¹²⁶

The dark side of the quality-of-the-law-reasoning is that it can be a tool for justification of impugned practices, if the Court holds that the sufficient quality of the legislation applied justifies an interference into a Convention right. In *Garib v. the Netherlands*, the interference into the applicant's freedom of movement was justified on that ground that the impugned legislation implemented the legitimate general measures (public policy).¹²⁷ It may be argued that such approach is yet another indication of the Court's progressing self-approximation to constitutional courts. The extreme manifestation of such reasoning is highlighting the lack of the quality of the law in the judgment's operative part.¹²⁸ On the other hand, in many cases a violation of a Convention provision was found owing to the unsatisfactory quality of the law (*e.g.*, excessive rigidity), but the Court, having pointed to deficiencies, restrained itself from indicating them in the judgment's operative part: formally, violations were found on the account of the deficient manner of law-application, rather than deficiency of the law.¹²⁹

Procedurally, the assessment of the quality of the law is a precondition for the assessment of law-application. This does not mean that, after it has been established that the impugned interference was based on the law, the quality of the law must be

124 *T.P. and A.T. v. Hungary* (note 123 supra). Cf. *Törköly v. Hungary* ((dec.), no. 4413/06, 5 April 2011). As one analyst put it (albeit in a different context), "ECtHR is allowed to 'play' the 'living instrument' as a soloist". C. DJEFFAL. "Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe". In: H. P. Aust, G. Nolte (eds). *The interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford university Press, 2016, p. 177.

125 *Matišovaitis and Orbers v. Lithuania* (note 123 supra).

126 The Conference of European Constitutional Courts chose for its XIVth Congress (2008) the theme of legislative omission. The General report and national reports on respective practice are available in: E. JARAŠIŪNAS (ed.). *Les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle: Rapports. Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence: Reports*. Vilnius: Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 2009.

127 *Garib v. The Netherlands* ([GC], no. 43494/09, 6 November 2017). On the echoing of this methodology that of *Animal Defenders International v. the United Kingdom* ([GC], no. 48876/08, 22 April 2013) see V. DAVID. "Strasbourg Fails to Protect the Rights of People Living in or at Risk of Poverty: The Disappointing Grand Chamber Judgment in *Garib v. The Netherlands*". <https://strasbourgobservers.com/2017/11/16/strasbourg-fails-to-protect-the-rights-of-people-living-in-or-at-risk-of-poverty-the-disappointing-grand-chamber-judgment-in-garib-v-the-netherlands/#more-4046> (accessed on 29 June 2018).

128 See, *e.g.*, *Kafkaris v. Cyprus* (note 121 supra).

129 See, *e.g.*: *Biao v. Denmark* ([GC], no. 38590/10, 24 May 2016); *Biržietis v. Lithuania* (no. 49304, 14 June 2016); *Urbšienė and Urbšys v. Lithuania* (no. 16580/09, 8 November 2016). This has been so even where violations found stemmed from constitutional provisions. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* ([GC], nos. 27796/06 and 34836/06, 22 December 2009); *Urechean and Pavlicenco v. Moldova* (nos. 27756/05 and 41219/07, 2 December 2014).

scrutinised in each and every case. First of all, the applicants may not (and often do not) raise this issue at all. Also, many cases are routine, and it is not so that a big part of laws applied are unforeseeable, inaccessible or unclear. Lawfulness of interference often is postulated without much explicit reasoning. If the law-application lacked legal basis, this fact alone determines the finding of a violation of the respective provision. Where it has been shown that an interference was not in accordance with the law, it is not necessary to investigate whether it also pursued a legitimate aim or was necessary in a democratic society.¹³⁰

But the Court sometimes skips the examination of the lawfulness of interference (thus also the examination of the quality of the law), when it finds that the interference complained of has not pursued a legitimate aim and/or was not necessary in a democratic society or not proportional to the legitimate aim pursued. Holding that the “issue with the quality of law is secondary to the question of the necessity of the impugned measure”¹³¹ may result from escapist stance in a sensitive matter or from pragmatic considerations as to the best use of the Court’s resources, when scrutinising the quality of the law would be exceptionally time- and effort-consuming. But it also may result from (rightly or wrongly) perceived difficulties which the Court could encounter, where the issue under consideration is really borderline, so leaving the question of the quality of the law open would do less harm. National courts also employ various scope-of-examination-limiting techniques. In an ideal world, a court of the rule of law would not skip such questions. But the Strasbourg Court is not part of (non-existent) ideal world, and it was not intended to be a court of the rule of law. It just turned out so.

IV. BY WAY OF CONCLUSION

This article is an agenda for reflection, so in fact no categorical or final conclusions can be presented. The quality of the law doctrine is an unfinished project. From the historical perspective, it is still nascent. The rule of law doctrine is also evolving and will never be completed, because it is part of the legal tradition, where law, including its highest standards, constantly reinterprets itself and draws its potential for growth from self-reinterpretation. Being (still) pluralist, it has not one way of approaching issues. The Strasbourg Court’s approach to the rule of law and the quality of the law is one of them. Not the only one. Like any other court, the Strasbourg Court has had its ups and downs, its hours of glory and setbacks (*korematus* too). The rule of law is what courts say about it, not *some one* court. Otherwise it would not be a shared idea. There is a lot of jurisprudential and other interchange between the Strasbourg Court and the judiciary of

¹³⁰ *Kban v. the United Kingdom* (no. 35394/97, § 28, 12 May 2000); *Dobrev v. Bulgaria* (no. 55389, § 165, 10 August 2006); *Giorgi Nikolaisvili v. Georgia* (no. 37048/04, § 129, 13 January 2009); *Church of Scientology of St Petersburg and Others v. Russia* (no. 47191/06, § 47, 2 October 2014). As it is known, the typical test of examination of human rights cases (not only in the Strasbourg Court) consists of four steps, when it has to be established: (i) whether there had been an interference with a respective right; (ii) whether the interference was based on foreseeable; accessible and sufficiently clear law; (iii) whether it pursued a legitimate aim; and (iv) whether it was necessary in a democratic society and proportional.

¹³¹ *Bayev and Others v. Russia* (nos. 67667/09, 44092/12 and 56717/12, §§ 63–64, 20 June 2017); *Sekmedi-enis Ltd. v. Lithuania* (no. 69317/14, § 68, 30 January 2018).

member States (so-called judicial dialogue), which facilitates coordination of their insights. Divergence, too, is there. But divergence is also part of a sharing process.

The quality of the law doctrine as an interpretative tool is a remarkable invention and at the same time the result of consequential development of the rule of law as a practicable concept. It is not uncontroversial and has not been always applied consistently. It leaves many questions open—and not only technical or procedural, but even fundamental ones. But it is a *tool* for searching for answers, in the same vein as the concept of the rule of law at large, which is also not a repository of answers “made in Strasbourg”. The quality of the law doctrine can help to determine, whether the law under examination satisfies quality standards, but it cannot tell which of the options, from which national legislators have to choose, is of the best quality. This pertains to all spheres regulated by law.

To take just one example, let us look at the rule of law requirement of fair trial (making no references to specific respondent countries or the Court’s cases). Some states have jury trial, others do not. Among those who have it, patterns of jury composition and selection, their relationship with the professional judge in the case and modes of giving a verdict vary. A question may be asked as to how to ensure that the jurors, who are laymen, are best prepared for their function and best perform it. Should they be instructed? If yes, then in what detail? Should they present reasons of the verdict? If yes, wherefrom do they know how to do this best? In some cultures it is believed that the instructions from the judge must be as thorough as possible. This seems to be in line with the Court’s case-law, where it is underlined that the person convicted by a jury must be able to understand the verdict. Yet in other cultures it is believed that the more detailed instruction to the jurors, the lesser their independence. This also seems to be in line with the Court’s case-law, with its emphasis of independence of courts. And what about countries which do not have jury? Their systems, too, seem alright for the Court’s case-law, because they are (rightly) held less prone to external influences, such as trial by media. Within such systems there is an inner differentiation: some states have only professional judges, others have professional judges in combination with lay judges. The latter also must be instructed as to how to perform and be able to explain their decisions. So, which system would be, so to say, of highest quality and most conducive to the rule of law?

Neither the doctrine of the quality of the law, nor the Strasbourg doctrine of the rule of law can answer such questions. Their counterparts at the national level are able of more, as they can propose what would be best for a specific country, basing their considerations on a specific historical, cultural, political and legal heritage and their constitutional identity. But their insights and proposals not necessarily can be transplanted to foreign soil without such negative side effects which would surpass their merits. Strasbourg doctrines, as interpretative tools, also can provide some general guidance—but only up to the limit where the domain of national constitutional identity begins.

Constitutional identity is yet another concept that provokes more questions than provides answers. The very notion has several meanings.¹³² It can be interpreted narrowly, as relating only to constitutions, or broadly, where it includes historical and cultural experience, underlying the respective country’s constitution. In general, the

132 See, e.g., J. L. Martí. “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the people”. In: A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina (eds). *National Constitutional identity and European Integration*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2013.

Strasbourg Court's approach to member States' constitutional identities is respectful, although there is always a risk that sensitive constitutional provisions will be treated just like *any* law. This risk, alas, sometimes materialises. There have been also opposite eccentricities, when the Court bowed—to the detriment of individuals' rights—to what looked like national tradition, however dubious. To give just one example, in 1986 the Court paid obeisance to the Irish constitutional tradition of prohibition of divorce. It held that the absence of provision for divorce under Irish law and the resultant inability of the applicants (one of whom was formally in marriage with another person) to marry each other do not give rise to a violation of Articles 8 and 12 of the Convention.¹³³ If one looks for an example of *korematsu* in the Strasbourg Court's case-law, this is one. Since then, divorces have been legalised all over Europe and the world; it thus can be claimed that there is a solid worldwide consensus on this issue. Still, in 2017, in a case against Poland, the Court again held that the provisions of the Convention cannot be interpreted as guaranteeing a possibility, under domestic law, of obtaining divorce.¹³⁴ The Court fell hostage to its ancient (mildly put) questionable doctrine. In five years it resolutely moved from *Kafkaris*¹³⁵ to *Vinter and Others*,¹³⁶ so why could not it liberate itself from *Johnston*?¹³⁷ After all, like the quality of the law doctrine is a tool, the Convention is also but a tool for achieving justice and enabling people to pursue happiness. Or it should be.

Lastly, and despite certain inconsistencies (of which no one is insured, even the most professional of courts), the standards of the rule of law have not been only crystallised by means of the Court's adjudication—they have been strengthened. In this respect, the European human rights journey overall has been a success story. But can these standards weaken, or be lowered? Such possibility cannot be excluded, especially given some member States' (whose number seems to increase) resistance to execution of the Court's judgments—at times deliberate and demonstrative. Whether this anti-systemic stance constitutes part of the alleged crisis of the Western legal tradition, or part of the rising new upheaval, which may once more result in this tradition becoming even stronger, is yet to be assessed in not so near future. In the meantime, and especially as no one knows what the Western world would be (if at all) *after the rule of law*, there is no alternative to making the best use of all the imperfect tools that its legal tradition has generated—including the interpretative ones.

TÍTULO: *Sobre el Estado de Derecho y la calidad de la ley: reflexiones del juez constitucional que deviene internacional.*

ABSTRACT: *Western legal tradition gave the birth to the concept of the rule of law. Legal theory and constitutional justice significantly contributed to the crystallisation of its standards and to moving into the direction of the common concept of the rule of law. The European Court of Human Rights uses this concept as an interpretative tool, the extension of which is the quality of the law doctrine, which encompasses concrete requirements for the law under examination in this*

133 *Johnston and Others v. Ireland* ([Plenary], no. 9697/82, 18 December 1986).

134 *Babiarz v. Poland* (no. 1955/10, 10 January 2017).

135 *Kafkaris v. Cyprus* (note 122 supra).

136 *Vinter and Others v. the United Kingdom* (note 122 supra).

137 *Johnston and Others v. Ireland* (note 133 supra).

Court, such as prospectivity of law, its foreseeability, clarity etc. The author of the article, former judge of the Lithuanian Constitutional Court and currently the judge of the European Court of Human Rights, examines how the latter court has gradually intensified (not always consistently) its reliance on the rule of law as a general principle, inherent in all the Articles of the European Convention on Human Rights, to the extent that in some of its judgments it concentrates not anymore on the factual situation of an individual applicant, but, first and foremost, on the examination of the quality of the law. The trend is that, having found the quality of the applicable law to be insufficient, the Court considers that the mere existence of contested legislation amounts to an unjustifiable interference into a respective right and finds a violation of respective provisions of the Convention. This is an indication of the Court's progressing self-approximation to constitutional courts, which are called to exercise abstract norm-control.

RESUMEN: *La tradición occidental alumbró la noción del Estado de Derecho. La teoría del Derecho y la Justicia Constitucional han contribuido decisivamente a la cristalización de sus estándares, ayudando a conformar un acervo común en torno al mismo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos emplea la noción de Estado de Derecho como una herramienta interpretativa, fundamentalmente centrada en la doctrina de la calidad de la ley, que implica requisitos concretos que exige el Tribunal tales como la claridad, la previsibilidad, y la certeza en la redacción y aplicación de la norma. El autor, en la actualidad Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y anterior Magistrado del Tribunal Constitucional de Lituania, examina cómo el primero ha intensificado gradualmente (no siempre de forma igual de consistente) su confianza en el Estado de Derecho como principio general, inherente a todos los preceptos que forman el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hasta el punto de que en algunas de sus resoluciones se concentra no tanto en la situación de hecho del demandante individual sino, sobre todo y ante todo, en el examen de esa calidad de la ley. La tendencia del Tribunal es a considerar que, si observa que la ley no goza de calidad suficiente, la mera existencia de la legislación discutida supone una interferencia injustificable dentro del derecho en cuestión y declara la violación del precepto correspondiente del Convenio. Esto implica el acercamiento progresivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los Tribunales Constitucionales, quienes tienen encargado el control en abstracto de la norma legal.*

KEY WORDS: *Western legal tradition; the rule of law; human rights; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; the quality of the law; constitutional courts.*

PALABRAS CLAVE: *Estado de Derecho, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

FROM DYNAMIC TO STATIC: THE EVOLUTION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE UK AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

MERRIS AMOS

*Professor of Human Rights Law
Queen Mary University of London*

SUMMARY

I. Introduction. II. A framework for assessment. III. 1975-1979. IV. 1980-1984. V. 1985-1989. VI 1990-1994. VII. 1995-1999. VIII. 2000-2004. IX. 2005-2009. X. 2010-2014. XI. 2015-2017. XII. Conclusion

I. INTRODUCTION

The UK has had a long relationship with the European Court of Human Rights (ECtHR). It was one of the founding states of the Council of Europe in 1949, ratified the European Convention on Human Rights (ECHR) in 1951 and accepted the right of individual petition to the court in 1966. Up until the end of 2017 the Court has delivered more than 450 judgments concerning the UK and these have varied in the impact each has had at the national level. Some have been static by either helping to preserve the status quo or providing a remedy to the applicant but prompting no wider change. Others have been dynamic and facilitated the improvement of laws, policies and practices in the light of human rights considerations.¹ At the present time, the relationship between the UK and the Court is essentially a static one. The Court and its jurisprudence operate as a disincentive where breaches of Convention rights are contemplated. Where a violation is found, the Court will usually grant a remedy to the applicant and this will be implemented by the UK but will not result in any wider change. Or it might be that a finding of no violation by the Court supports the government's position and helps it to resist reform on issues such as the regulation of political advertising or the policing of demonstrations.

Instances where a judgment of the Court instigates a process of change or progress in the UK are now very rare. But this has not always been the case. Considering the

1 On the distinction between "static" and "dynamic" impact see further M. AMOS, "The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom" (2017) 28 *European Journal of International Law* 763-785.

jurisprudence of the Court in five-year blocks since 1975 until the present, it possible to see the fluctuations in the relationship between the Court and the UK over a long period of time and to determine the periods when the relationship was dynamic, and when it was not, and also to identify what external factors might have played a role. For example, vastly improved national human rights protection via the Human Rights Act 1998 (HRA) since 2000 has clearly contributed to the evolution of a more static relationship as has the recent criticism of the Court emanating from senior UK politicians. Certain indicators can clearly predict the conditions for a dynamic relationship and others show that the relationship is destined to be a static one. The purpose of this article is to trace the evolution of the relationship between the UK and the ECtHR from dynamic to static, and to explain how it has reached this point.

II. A FRAMEWORK FOR ASSESSMENT

Categorising more than 50 years of jurisprudence into neat boxes is a complex task and there are some judgments which do not fit neatly into either the “static” or “dynamic” categories. The relationship between the UK and the ECtHR is described as “static” where the status quo is essentially preserved. This can arise in three ways. The existence of the ECtHR and its body of jurisprudence operates as a strong disincentive where UK authorities are contemplating a breach of Convention rights.² However, as this article concerns the impact of the judgments over a period of time, this type of static impact is not considered. Second, and more importantly for the purposes of this article, the ECtHR can hold the UK accountable for its acts incompatible with Convention rights, even if this does not prompt more widespread change at the national level.³ Finally, the ECtHR can help the UK government to maintain the status quo in the face of pressure for change.⁴

The relationship between the UK and the ECtHR is described as “dynamic” where it produces change or progress. The UK may prompted by a judgment to improve existing laws, policies or procedures in order to comply with the ECHR. Or, less relevant for the purposes of this article, the jurisprudence of the Court might encourage the adoption of entirely new laws, policies and procedures. This potential of the Court for prompting change is a key finding of Alter: ICs [international courts] are new political actors on the domestic and international stage. Their international nature allows ICs to circumvent domestic legal and political barriers and to create legal change across borders. Their legal nature allows ICs to provoke political change through legal reinterpretation and to tap into diffuse support for the rule of law and pressure governments. Their legal and international nature allows litigants to harness multilateral resources and to knit together broader constituencies of support.⁵

2 K. ALTER *The New Terrain of International Law* (2014) at 23.

3 A. WILLIAMS, “The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: confronting a heresy”, 24 *EJIL* (2013) 1157 at 1184.

4 K. ALTER, n.3 above, at 29.

5 K. ALTER, *op cit*, at 5. Simmons reaches the same conclusion in relation to treaty commitments rather than the oversight of an international court. See B. A. Simmons *Mobilizing for Human Rights* (2009) page 8.

The period of time analysed in this article starts in 1975 with the first judgment of the Court concerning the UK, *Golder v UK*⁶ and ends in 2017 with the judgment in *Ndidi v UK*⁷. In total this is 454 judgments. Not included are judgments which did not concern the merits but only calculation of the award of just satisfaction and judgments where a friendly settlement was reached. Each judgment may concern more than one applicant but the number of judgments per year has been counted, not the number of applicants. Also not included are the decisions of the European Commission on Human Rights which gave its first decision concerning the UK in 1956 and ceased its work in 1998. The following table gives the number of judgments per each five-year block. 1975/1979 (5), 1980-1984 (7), 1985-1989 (19), 1990-1994 (21), 1995-1999 (51), 2000-2004 (124), 2005-2009 (108), 2010-2014 (88), 2015/2017 (31).

III. 1975-1979

Given there was no codified constitution or bill of rights at the national level over this period, and the very small number of five judgments, it is not surprising that almost every judgment over this period had a dynamic impact. Judgments where violations of the ECHR were found concerned a prisoner's access to court and contact with a solicitor⁸; judicial corporal punishment on the Isle of Man⁹; and contempt of court laws which were found to be incompatible with Article 10¹⁰. All were fairly swiftly complied with despite some discussion that the Isle of Man judgment would plunge the UK into "constitutional crisis", this did not eventuate. Much more controversial over this period was the interstate judgment in *Ireland v UK*¹¹ where although the UK's derogation from the Convention was upheld, it was found that methods of interrogation adopted by UK security forces acting in pursuance of emergency powers were inhuman and degrading and in violation of Article 3. But the impact of the judgment was lessened by the fact that Prime Minister Ted Heath had in 1972 announced that the five techniques would no longer be used and the reaction to the judgment was generally neutral although there was some criticism of the Irish government for continuing to the Court with the case despite the findings of the Commission.¹² The only static judgment over this period was *Handyside*¹³ where the Court afforded the UK a wide margin of appreciation over its laws regulating obscene publications and found no violation of Article 10 arising from the conviction of the publishers.

Criticism of the Court over this period was minimal although there was a growing awareness that the UK was consistently topping the league table of the number of applications brought against each state. This was perceived to be not the fault of the Court but the fault of the UK itself given the situation in Northern Ireland, the expulsions in East Africa and the absence of a national remedy. A small number of dynamic changes

6 (Appl. No. 4451/70), 21 February 1975

7 (Appl. No. 41215/14), 14 September 2017

8 *Golder*.

9 *Tyrer v UK* (Appl. No. 5956/72) 25 April 1978

10 *Sunday Times v UK* (No.1) (Appl. No. 6538/74) 26 April 1979.

11 (Appl. No. 5310/71), 18 January 1978

12 *The Times*, Editorial, 14 February 1977

13 (Appl. No. 5493/72), 7 December 1976

were achieved, but a small number of applications were determined. The problems caused by the lack of a national remedy were fully appreciated and there was very little hostility towards the Court.

IV. 1980-1984

This period proceeded in much the same fashion. There were only seven judgments and all resulted in dynamic change at the national level ranging from the reform of closed shop agreements¹⁴ and mental health law¹⁵ to changes in rules concerning prisoners' correspondence and prison disciplinary proceedings.¹⁶ Three judgments resulted in very significant change. The judgment in *Dudgeon*¹⁷ led to amendment of the law of Northern Ireland so that homosexual acts between two consenting male adults in private was no longer an offence. The judgment in *Campbell and Cosans*¹⁸ finding that corporal punishment at school was in violation of Article 2 Protocol 1, but not Article 3, was influential in the passage of the Education Act 1986 which abolished corporal punishment in state schools. And the judgment in *Malone*¹⁹ led to the Interception of Communications Act 1985 to regulate the interception of communications for the first time. But it should not be assumed that the process of change following a judgment of the Court was straightforward. This period was characterised by lots of discussion between different stakeholders about how to best implement the judgment with the judgment itself playing a very important role in the discussion leading up to change. There was enormous respect for the Court and a shared view that its judgments were important and should be implemented. For example, the judgment in *Campbell and Cosans* concerning corporal punishment in schools, caused considerable debate summed up in the following quote from *The Times* in 1982: The decision, which must be respected for its cogency in law and by reason of our respect for the treaty, nonetheless poses problems... It is a pity that the European Court could not accompany the right of parents to protect their children from corporal punishment with a corresponding duty to bring up children in a disciplined enough way to make it more likely that they respect authority at school.²⁰

Teachers unions were split over the issue and the Minister for Schools at the time was in support of corporal punishment. The government's original plan to grant parents the right to decide was rejected by the House of Lords and eventually, in 1986, the abolition of corporal punishment in state schools was finally achieved. Throughout the debate, respect for the Court was evident although some criticisms were made of the Court by Conservative Party politicians which were eventually to become mainstream. Conservative politician Fred Silvester MP wrote as follows: This is an extraordinary power. Lawyers, nominated by 13 countries, exercise power over the most central

14 *Young James and Webster v UK* (Appl. No. 7601/76), 13 August 1981

15 *X v UK* (Appl. No. 7215/75), 5 November 1981

16 *Silver v UK* (Appl. No. 5947/72), 25 March 1981 and *Campbell and Fell v UK* (Appl. No. 7819/77), 28 June 1984.

17 (Appl. No. 7525/76) 22 October 1981

18 (Appl. No. 7511/76) 25 February 1982

19 (Appl. No. 8691/79), 2 August 1984

20 *The Times*, 26 February 1982, page 11

political decision of a nation. . the human rights apparatus exercises this political judgment but without reference to democratic institutions elected for this purpose. It assumes that even a country with a free press cannot be trusted to preserve its own freedom.²¹

He called for the UK to end the right of individual petition and later in 1980 launched a campaign to that effect. Similar sentiments were expressed by Enoch Powell, Ulster Unionist MP, who spoke of Britain's "serf masters" the European Court of Human Rights and the European Community.²² However, these ideas were not yet supported by government.

One finding of violation over this period did not result in dynamic change, at least in the short term. In both *Silver* and *Campbell and Fell* the Court held that Article 13, the right to an effective remedy, had been violated as the applicants had no effective remedy available at the national level. But this part of the Court's judgment, in both cases, was ignored by the UK government and also by the Committee of Ministers. Whilst debates about a UK bill of rights, or incorporation of the Convention into national law, were continuing at the national level, the observations of the government of the day show a mild hostility to the idea and explain why this part of the Court's judgment was not addressed and also why the Court itself changed its mind on Article 13 in 1985. The Lord Chancellor at the time, Lord Elwyn Jones, had said in 1977 that human rights "were not obviously abused" in the UK and that the courts were "far from backward" in ensuring that the powers entrusted by Parliament to the executive were not exceeded. He doubted that there was a need for any further inquiry into a bill of rights suggesting that a better, course might be a general review of the law to see where it "fell short of the convention's ideals" and then remedy any defects.²³

The 1977 and 1981 bills to incorporate the ECHR into national law made little progress in Parliament despite the fact, as Alan Beith MP explained to Parliament in 1981, that this would enable grievances to be tested in national courts rather than "continually having to wash its dirty linen in Strasbourg".²⁴ There were also calls by senior judges, including Lord Denning, for the ECHR to be incorporated.²⁵ But without the support of the ECtHR, and the Committee of Ministers on Article 13, little progress was made.

V. 1985-1989

Over this period the number of judgments increased with 19 judgments, more than the whole of the previous ten years. This period was also characterised by an increase in static judgments either helping the UK to maintain the status quo or holding it accountable, but not prompting any further change. For example, the judgment in *Rees*²⁶ helped

21 The Times, 17 March 1980, page 14

22 The Times, 19 September 1981, page 2

23 The Times, 4 February 1977, page 4

24 The Times, 9 May 1981, page 3

25 The Times, 11 December 1979, page 2

26 *Rees v UK* (Appl. No. 9532/81), 17 October 1986

the UK government to maintain its refusal to legally recognise a change in sex. There was also a reversal of the Court's previous position on Article 13. It did find in *Abdulaziz*²⁷ that the UK's refusal to allow the applicants to join spouses lawfully settled was in breach of Article 14 with Article 8, and Article 13 since the UK had not incorporated the Convention into its domestic law.²⁸ However, one year later in its judgment in *James*²⁹ it found no violation of Article 13 stating as follows: The Convention is not part of the domestic law of the United Kingdom, nor does there exist any constitutional procedure permitting the validity of the laws to be challenged for non-observance of fundamental rights. There thus was, and could be, no domestic remedy in respect of the applicants' complaint that the leasehold reform legislation itself does not measure up to the standards of the Convention and its Protocols. The Court, however, concurs with the Commission that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms.³⁰

This reasoning continued to be applied by the Court and no further violations of Article 13 were found over this period thereby removing an important weapon from the hands of those campaigning for incorporation.³¹ On these two issues the conclusion of the Court matched the views of the government. The UK was not ready, at least according to the government of the day, for legal recognition of change in sex or for incorporation of the ECHR into national law. On these two issues, the result was static. But there were a number of judgments over this period leading to dynamic change. A series of judgments relating to child care and wardship where violations of Articles 6 and 8 were found informed important changes in this area including the Children Act 1989.³² The judgment in *Abdulaziz* led to changes in the immigration rules and the removal of a difference in treatment between husbands and wives although it was made more difficult for husbands to bring wives to the UK in order to achieve equality between the two groups. The judgment in *Weeks*³³ that some aspects of life sentencing arrangements were compatible with Article 5 but others were not, was the start of an ongoing battle between the government and the Court over sentencing, something the government was not prepared to adequately address at this point. And the judgment in *Brogan*³⁴ that there had been a violation of Article 5(3) resulting from not bringing a suspected terrorist promptly before a judge resulted in the UK entering a derogation to Article 5.

The judgment with the most lasting impact during this period was *Soering*.³⁵ Here the Court determined that there may be a breach of Article 3 where substantial grounds had been shown for believing that a person subject to extradition faced a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment in the requesting

27 *Abdulaziz, Cabales and Balkdandali v UK* (Appl. No. 9214/80) 28 May 1985

28 At [93]

29 *James v UK* (Appl. No. 8793/79), 21 February 1986

30 At [85].

31 See, for example, *Lithgow v UK* (Appl. No. 9006/80), 8 July 1986; *Boyle and Rice v UK* (Appl. No. 9659/82), 27 April 1988; and *Soering v UK* (Appl. No. 14038/88), 7 July 1989.

32 See, for example, *O v UK* (Appl. No. 9276/81), 8 July 1987.

33 *Weeks v UK* (Appl. No. 9787/82), 2 March 1987.

34 *Brogan v UK* (Appl. No. 11209/84), 29 November 1988

35 *Soering v UK* (Appl. No. 14038/88), 7 July 1989

country.³⁶ The government informed the Committee of Ministers that it had secured an undertaking from the US that the applicant would not be subject to the death penalty but there were no undertakings as to how this issue would be dealt with in future. It was actually not properly addressed in national law until the HRA came into force on 2 October 2000, but from this point onwards its impact was dynamic, lasting, and significant.

There was still considerable respect for the Court during this period. Following the judgment in *Abdulaziz* the responsible minister stated that the UK accepted the jurisdiction of the Court and would abide by its decision.³⁷ Margaret Thatcher, then Prime Minister, stated in response to the news that notorious murderer Myra Hindley would complain to the Court, that the UK had accepted Article 46 of the Convention and therefore accepted the Court's jurisdiction in all matters concerning interpretation of the Convention.³⁸ The right of individual petition was renewed in 1985 with little discussion.

But, echoing sentiments from the earlier period, the judgment in *Abdulaziz* did give rise to some criticism of the Court in particular, that it was overstepping the boundaries of appropriate judicial behaviour: That characteristic of Strasbourg justice induced the guardian-interpreters of the convention to pass general judgment on public policy to an extent that is foreign to our own judicial system. It draws judges into the false position of deciding questions that properly lie with ministers and legislators. It blurs the constitutional separation of powers. It transmutes rhetoric into law by way of the aggrandizement of judges.³⁹

The government's resistance to incorporation of the Convention continued and was supported by the Court's change in its interpretation of Article 13. Undeterred, those supporting a bill of rights continued to campaign and focussed on how a bill of rights would enable UK courts to interpret the ECHR rather than the ECtHR. A bill to incorporate the ECHR was introduced into Parliament in 1986 but failed without the support of the government. When it was reintroduced later that year it was reported that the government was divided over the issue with opponents concerned that it would threaten the supremacy of Parliament and allow courts to make political judgments, something which was seen as unnecessary given there was no evidence of risk to the "liberties of the subject".⁴⁰

VI. 1990-1994

This period was similar to the preceding one with 21 judgments delivered and a fairly even split between static and dynamic judgments. There was no change in the Court's approach to the legal recognition of change in sex⁴¹ and the national debate made

36 At [91]

37 The Times, 29 May 1985, page 1.

38 The Times, 13 June 1985, page 1

39 The Times, 1 June 1985, page 9

40 The Times, 12 December 1986, page 19.

41 *Cossey v UK* (Appl. No. 10843/84), 27 September 1990

no progress despite a cross party group of MPs trying to get it back on the national agenda. In *Costello-Roberts*⁴² it held by a narrow margin that “slipping” (being hit by a shoe on the buttocks) at an independent school was not in violation of Articles 3 or 8. This caused some disappointment for campaigners for change given the inequality between treatment in state and non-state schools. The derogation in place to facilitate various laws dealing with the situation in Northern Ireland was upheld⁴³ and this also caused some human rights groups to be concerned that the Court was becoming more restrictive and more conservative in its judgments, particularly where the subject of challenge concerned terrorism.⁴⁴ And the Court continued its endorsement of some aspects of life sentencing arrangements for the time being.⁴⁵ The media enjoyed a significant victory with the Court determining that the contempt of court injunctions imposed to prevent publication of the details of the book “Spycatcher” were incompatible with Article 10 but although damages were paid, there was no wider change generated by this judgment. The Court continued its interpretation of Article 13 holding that whilst there were limitations to the powers of national courts exercising judicial review, the courts were able to provide “an effective degree of control” sufficient to satisfy the requirements of Article 13.⁴⁶

There were a number of judgments which led to dynamic change including changes to the availability of legal aid in criminal appeals.⁴⁷ Changes were made to powers in Northern Ireland so that arrest without warrant had to take place with “reasonable grounds” for suspicion.⁴⁸ And the Court found problems with life sentencing arrangements as the applicants were not able to have the lawfulness of their detention decided at reasonable intervals.⁴⁹ In response, the Criminal Justice Act 1991 granted discretionary life sentence prisoners the power to require the Home Secretary to refer the case to the Parole Board which had the power to direct release. The Board was also granted oral hearing and disclosure powers. This caused some concern but the decision was taken in 1991 that government ministers would relinquish their right to decide when prisoners, apart from murderers, serving discretionary life sentences could be released. Politicisation of this issue had not yet occurred and during this period some notorious convicted murderers brought applications to the Court including Myra Hindley and the murderers of toddler James Bulger.

National politics concerning the Court were similar to the preceding period. National judges were beginning to take the jurisprudence of the Court into account in their decision making and the government was still supportive of the Court although in some instances it was now paying compensation to the applicants rather than making the changes which may have prevented the same problem arising again. The debate over a bill of rights or incorporation of the ECHR continued with the record of the UK before the Court becoming a major part of the arguments of campaigners for reform. In an

42 *Costello-Roberts v UK* (Appl. No. 13134/87), 25 March 1993

43 *Brannigan and McBride v UK* (Appl. No. 14553/89), 25 May 1993

44 *The Times*, 27 May 1993

45 *Wynne v UK* (Appl. No. 15484/89) 18 July 1994

46 *Powell and Rayner v UK* (Appl. No. 9310/81), 21 February 1990

47 See, for example, *Granger v UK* (Appl. No. 11932/86), 28 March 1990

48 *Fox, Campbell and Hartley v UK* (Appl. No. 12244/86), 30 August 1990

49 *Thynne, Wilson and Gunnell v UK* (Appl. No. 12009/86), 25 October 1990

important development, it was reported in 1992 that John Smith, the new leader of the Labour Party, wanted to make incorporation party policy.⁵⁰ However, the government of the day continued to maintain that this was not necessary as rights were already protected in national law and Parliament was the best placed to determine rights and liberties. Even the President of the Court, Rolf Ryssdal, was urging the UK to incorporate and claimed it would have a bigger influence on shaping jurisprudence should it do so.

Over this period the UK had settled into a comfortable acceptance that the Court would most likely find a violation of the ECHR, should an application be made to it, and that the government would pay compensation and everything would carry on as normal. Some efforts were even made in Parliament to avert successful challenges although the attempt to equalise the homosexual and heterosexual ages of consent did not succeed, despite the prospect of an unfavourable Court judgment. It was reported in March 1994 that the Home Office had refused to agree to the proposal which would lead to the Court becoming full-time and grant individuals a permanent and automatic right to bring applications. But the government quickly backed down and agreed to sign Protocol 11.

VII. 1995-1999

Over this five-year period the number of judgments doubled with 51 delivered. The Court was becoming well known and in 1993 it was made possible for lawyers to take cases to the Court on a “no win no fee” basis. In 1997 a new Labour Party government was elected on the promise of incorporating the ECHR into national law through a “Human Rights Act” (HRA). One of the major motivations for the HRA was to allow UK courts to determine the issues for themselves without the involvement of the ECtHR. The assumption was that going forward, most issues would be settled in the UK and the ECtHR would no longer have as much influence. The Human Rights Act 1998 came into force in 2000 and whilst it had no impact on the applications before the Court for some time, its passage clearly emboldened the Court in some of the judgments in made over this period such as those concerning the ban on homosexuals serving in the armed forces, the retention of sentencing powers by politicians and ongoing problems with court martials. This was a period where many judgments had a dynamic impact. The HRA also enabled the UK to respond more effectively to the Committee of Ministers given in many instances it would enable judges to solve the incompatibility identified by the Court.⁵¹ In contrast to previous years, the Court found that the pre-HRA era was essentially in violation of Article 13 concluding in *Chahal* that removal from the UK would be in violation of Articles 3, 5(4) and 13 given the deficiencies in the removal and habeas corpus proceedings. This judgment resulted in widespread reform of removal in the national security context and the establishment of the Special Immigration Appeals Commission and apparatus to hear this type of case. In relation to Article 13, the Court stated as follows: given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of ill-treatment materialised and the importance the Court attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent scrutiny of the

50 The Times, 15 August 1992

51 See, for example, *Bowman v UK* (Appl. No. 141/1996/760/961), 19 February 1998.

claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3. This scrutiny must be carried out without regard to what the person may have done to warrant expulsion or to any perceived threat to the national security of the expelling State.⁵²

Judgments of the court over this period spurred reform of: court martial⁵³; the use of national security certificates in civil proceedings⁵⁴; the use of evidence obtained by compulsory powers⁵⁵; the right to vote in European elections for those living in Gibraltar, a dependent territory of the UK⁵⁶; the defence of “reasonable chastisement” in relation to the punishment of a child;⁵⁷ the Home Secretary’s sentencing powers⁵⁸; the absence of legal aid for some court proceedings⁵⁹; interception of communications⁶⁰; orders for the disclosure of a journalist’s source⁶¹; and the size of damages awards for a successful claim of libel.⁶² Two Article 2 judgments had far reaching implications for the interpretation and application of Article 2 not only in the UK but for all Contracting States. In *McCann*⁶³ a violation of Article 2 was found as the planning of the security forces did not meet the requirements of Article 2. Compensation was paid but no further information was provided by the government. And in *Osman*⁶⁴ the Court developed its Article 2 positive duty jurisprudence finding that the police had a positive duty to protect although it had not been violated on the facts of the application.

The highest profile judgments of this period, leading to dynamic change, were those challenging the ban on homosexual personnel in the armed forces.⁶⁵ In the two judgments the Court concluded that the investigations conducted into the applicants’ sexual orientation and their discharge on the grounds of their homosexuality was in violation of Article 8. In January 2000, in response to the judgment, the government lifted the ban. Similar to its conclusion in *Chahal*, and obviously emboldened by the passage of the HRA at the national level, the Court also found a violation of Article 13 as the applicants had no effective remedy available in relation to the violation of their right to respect for their private lives. It observed as follows: even assuming that the essential complaints of the applicants before this Court were before and considered by the domestic courts, the threshold at which the High Court and the Court of Appeal could find the Ministry of Defence policy irrational was placed so high that it effectively excluded any consideration by the domestic courts of the question of whether the interference with the

52 *Chahal v UK* (Appl. No. 22414/93) 15 November 1996 at [151].

53 See, for example, *Findlay v UK* (Appl. No. 22107/93), 25 February 1997

54 *Tinnelly & Sons v UK* (Appl. No. 62/1997/846/1052-1053) 10 July 1998

55 *Saunders v UK* (Appl. No. 19187/91), 17 December 1996

56 *Matthews v UK* (Appl. No. 24833/94), 18 February 1999

57 *A v UK* (Appl. No. 100/1997/884/1096), 23 September 1998 —although this was not finally remedied to the satisfaction of the Committee of Ministers until 2004.

58 See, for example, *V v UK* (Appl. No. 24888/94), 16 December 1999.

59 See, for example, *Benham v UK* (Appl. No. 19380/92), 10 June 1996.

60 *Halford v UK* (Appl. No. 20605/92), 25 June 1997 although this was not finally remedied until the coming into force of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000.

61 *Goodwin v UK* (Appl. No. 17488/90), 27 March 1996.

62 *Tolstoy v UK* (Appl. No. 18139/91), 13 July 1995.

63 *McCann v UK* (Appl. No. 18984/91) 27 September 1995

64 *Osman v UK* (Appl. No. 87/1997/871/1083), 28 October 1998

65 *Smith and Grady v UK* (Appl. No. 33985/96) 27 September 1999 and *Lustig-Prean and Beckett v UK* (Appl. No. 31417/96) 27 September 1999.

applicants' rights answered a pressing social need or was proportionate to the national security and public order aims pursued, principles which lie at the heart of the Court's analysis of complaints under Article 8 of the Convention.⁶⁶

Whilst there was a lot of dynamism over this period, there were also some static judgments. The Court was developing a sense of what change the national system would accommodate and what it would not. On some of these issues it was to later change its mind. For example, in *In Buckley*⁶⁷, the first of the planning decisions concerning gypsies to be challenged, the applicant argued that the prevailing legislative arrangements prevented gypsies from pursuing their traditional lifestyle. No violation of the Convention was found. And in *Stubbings*⁶⁸ the Court decided that there was no violation of the Convention in prohibiting the applicants from bringing legal proceedings in relation to childhood sexual abuse given the offences had occurred outside the time limit set to initiate proceedings. Sensitivity to national prudishness and morality, harking back to *Handyside*, was also evident over this period with the Court's conclusion in *Wingrove*⁶⁹ that it was compatible with Article 10 for a film to be refused a classification certificate as it offended the criminal law of blasphemy. Similarly it was held in *Laskey*⁷⁰ that the conviction of the applicants for criminal offences as a result of consensual activities during sado-masochistic encounters was compatible with Article 8. The Court also maintained its earlier view finding in *Sheffield & Horsham v UK*⁷¹ that the non-recognition of a change in sex was not in violation of the Convention and that Article 8 did not impose a positive obligation on the state to recognise a change in sex.

Whilst interest in the Court continued to grow, it was over this period that the government's tone began to change from supportive to critical. Following the judgment in *McCann* in 1995, Michael Heseltine, the Conservative Party Deputy Prime Minister, denounced a "ludicrous verdict that would give succour to terrorism". It was reported that the government would ignore the suggestion implicit in the finding that Britain should change its way of conducting anti-terrorist operations. He "did not rule out the possibility of Britain withdrawing recognition from the convention on human rights". Opposition politicians did not join in the criticism of the Court and compensation was eventually paid to the families.⁷² But the criticisms started to grow. In November 1996 it was reported that Conservative Party ministers had called for the Court to reform itself with changes in the way the judges were chosen and how they reach decisions. "It wants the court to pay more heed to British circumstances and traditions": Ministers feel the court has gone beyond its remit by dealing with specific matters that should be left to member states. Britain wants the judges to adopt a more tolerant approach, taking account of "the decisions of local democratic institutions and tribunals, which are best placed to assess issues of this kind".⁷³

66 At [138]

67 *Buckley v UK* (Appl. No. 20348/92), 29 September 1996

68 (Appl. No. 22083/93), 22 October 1996.

69 (Appl. No. 17419/90), 25 November 1996.

70 *Laskey v UK* (Appl. No. 21627/93) 19 February 1997

71 (Appl. No. 31-32/1997/815) 30 July 1998. See also *X Y and Z v UK* (Appl. No. 21830/93) 22 April 1997.

72 *The Times*, 28 September 1995

73 *The Times*, 25 November 1996

The Court did not push any boundaries, particularly with respect to the non-legal recognition of change in sex, around this time. With the election of a new Labour government in 1997 and its promise of incorporation of the ECHR, there was a chance that this new critical stance would be modified. And in the short term this was the case. In 1998 the government did not contest the application brought to the court by a widower claiming that men should have the same benefits as women. It was also making changes, such as equalising the law on the age of consent, to prevent successful challenges in the ECtHR. Following the judgment of the Court in 1999 finding a violation of Article 6 in the trial of the two children who had killed a small child⁷⁴ Home Secretary Jack Straw stated that the government accepted the ruling but he did not immediately outline the changes that would be made. This did not prevent an outpouring of rage from others. Former Home Secretary Michael Howard attacked the Court directly stating that it was unbelievable that it had been used by the two applicants. By contrast, the judgment concerning the armed forces ban on homosexuality was well received. In a statement in October 1999 the Labour Minister for Defence said that “the European court had made its judgment and “we will implement it”.

VIII. 2000-2004

Given the delays involved in bringing an application to the Court, the coming into force of the HRA did not immediately alleviate the large number applications flowing from the UK to the Court although it did divert some attention towards the national courts. This period was the peak of activity for the UK before the Court with 124 judgments delivered although many of these applications concerned the same issues, such as surveillance or court martials. Also, in many instances, the problem had already been resolved at the national level leaving the Court only to award compensation. Over this time the Labour government did attempt to clean up the mess created by the absence of national human rights protection and very slow change on other issues such as sentencing, prisoners, policing and court martials. Both the HRA and the new Data Protection Act 1998 allowed the government to report to the Committee of Ministers that general measures to remedy the violation found had been taken. Meanwhile the Conservative Party used its conference in October 2004 to propose the repeal or reform of the HRA as it had led to the adoption of “European rights”.

As also noted in the preceding period, the new optimism towards human rights law at the national level emboldened the Court and there was a shift to dynamic judgments over this period. However, it was also during this period that the Court delivered its most controversial judgment ever concerning the UK finding that its blanket ban on prisoner voting was incompatible with Article 3 Protocol 1.⁷⁵ The application was referred to the Grand Chamber, a mechanism the UK government was increasingly to avail itself of, and that judgment and its impact is considered in the next section.

Many of the same areas where violations had been found by the Court in the past were back for consideration and judgments of the Court led to reforms in: surveillance

74 T v UK (Appl. No. 24724), 16 December 1999 and V v UK (Appl. No. 24888/94) 16 December 1999.

75 Hirst v UK (No.2) (Appl. No. 74025/01), 30 March 2004

practices⁷⁶; court martials⁷⁷; the criminal trials of children and young people⁷⁸; protection from eviction for gypsies and travellers⁷⁹; protection of union membership⁸⁰; equalisation of benefits for widows and widowers⁸¹; and improved protection for the lives of prisoners and better investigations into deaths in prison.⁸²

Sentencing practices continued to cause difficulties for the UK before the Court. Following a series of adverse judgments⁸³ the Secretary of State was prohibited from departing from recommendations of the Parole Board. The Parole Board was made competent to rule on the release of all mandatory life sentence prisoners and damages were available pursuant to Article 5(5). In 2002, in response, and breaking the new Labour government's record of positive engagement with the Court, a defiant tone was adopted by then Home Secretary, David Blunkett. Following the judgment in *Stafford*⁸⁴ he expressed his disappointment and it was reported he was adamant that politicians and not judges must retain the right to say how long convicted killers must serve.⁸⁵

Difficult issues were raised by the judgment in *Ezeh and Connors*⁸⁶ where the Grand Chamber found a lack of independence and impartiality in prison disciplinary proceedings. Rules were put in place requiring reference to an adjudicator in serious cases. In such instances prisoners were also given the opportunity to be legally represented. The judgment in *Finucane*⁸⁷ was one of many judgments concerning the failure of the UK to meet the procedural obligations inherent in Article 2 and properly investigate deaths which had occurred during The Troubles in Northern Ireland. This has been partly resolved by the establishment of the Historical Enquiries Team in late 2005 working with the Police Ombudsman for NI although some matters remain outstanding and are still under the consideration of the Committee of Ministers.

The Court reversed its position on the legal recognition of a change in sex in its judgment in *Goodwin*⁸⁸. Given the issue was already progressing through the national courts as the result of a HRA claim, it held that the government could "no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation" and that the fair balance now "tilts decisively in favour of the applicant".⁸⁹ The issue was eventually remedied by the Gender Recognition Act 2004 which came into force in 2005.

One of the more controversial applications over this period was that in *Pretty*.⁹⁰ Whilst this was essentially a static judgment, the Court finding that the UK's rules

76 See, for example, *Wood v UK* (Appl. No. 23414/02), 16 November 2004

77 See, for example, *Thompson v UK* (Appl. No. 36256/97), 15 June 2004

78 *SC v UK* (Appl. No. 60958/00), 15 June 2004

79 *Connors v UK* (Appl. No. 66746/01), 27 May 2004.

80 *Wilson v UK* (Appl. No. 30668/96), 2 July 2002.

81 *Willis v UK* (Appl. No. 36042/97), 11 June 2002

82 *Edwards v UK* (Appl. No. 46477/99), 14 March 2002.

83 See, for example, *Stafford v UK* (Appl. No. 46295/99) 28 May 2002; *Hill v UK* (Appl. No. 19365/02) 27 July 2004.

84 *Stafford v UK* (Appl. No. 46295/99), 28 May 2002.

85 *The Times*, 29 May 2002

86 (Appl. No. 39665/98) 9 October 2003

87 (Appl. No. 29178/95) 1 July 2003

88 *Goodwin v UK* (Appl. No. 28957/95), 11 July 2002

89 *Goodwin v UK* (Appl. No. 28957/95), 1 July 2002 at [93]. See also *I v UK* (Appl. No. 25680/94) 11 July 2002.

90 *Pretty v UK* (Appl. No. 2346/02) 2 April 2002

regarding assisted suicide were not incompatible with the Convention, the Court did find, by contrast to the national courts, that the issue was within the scope of Article 8 thereby opening up the possibility of more litigation at the national level. The judgment in *McGonnell*⁹¹ that arrangements in Guernsey for determining planning appeals were incompatible with independence guarantees set out in Article 6 had implications for judicial arrangements in the highest court, the House of Lords, meaning that the Lord Chancellor himself was risking a violation of Article 6 should he continue to sit on House of Lords panels. The Court also continued to find violations of Article 13 over this period relating to facts arising before the HRA had come into force.⁹² In response, the government was able to submit to the Committee of Ministers that the HRA meant that violations of the Convention could now be considered by national courts.

Whilst dynamic judgments did dominate over this period, there were also some static ones including a number where the Court reconsidered facts, such as those relating to an Article 3 removal decision, and either found a violation or no violation with no need for further reforming measures.⁹³ In one instance it clarified its judgment in *Osman* holding that there was no violation of Article 6 as a result of the striking out of negligence claims against a local authority which had failed to remove children from an abusive situation.⁹⁴ It was also held that an inability to sue a foreign state for torture in the UK was not in violation of Article 3 or Article 6, a conclusion the Court would adhere to when the issue came before it again in future years.⁹⁵ And it was held in *McVicar*⁹⁶ that the unavailability of legal aid in defamation proceedings was not in violation of Articles 6 or 10. Controversy was avoided in *Appleby* where the Court held that for a private shopping centre to prohibit the distribution of leaflets with a political message did not mean that the state was in breach of Articles 10, 11 or 13.⁹⁷ And in the Grand Chamber judgment in *Hatton*, reversing the Chamber judgment, political difficulties were avoided with the conclusion that night flights at Heathrow were not in violation of Article 8 rights although a violation of Article 13 was found.⁹⁸ The government had claimed the Chamber judgment was “seriously flawed”. The Court was not willing to get involved in the national position on assisted suicide and although in its judgment in *Pretty* it found that the facts came within the scope of Article 8, it found no violations of Articles 2, 3, 8, 9 or 14.⁹⁹

IX. 2005-2009

Over this period the number of judgments started to decline. Whilst 108 were delivered, more than 30 percent concerned applications from widowers complaining about inequality of benefits when compared with widows, an Article 14 violation which

91 (Appl. No. 28488/95) 8 February 2000

92 See, for example, *Hatton v UK* (Appl. No. 36022/97), 8 July 2003.

93 See, for example, *Bensaid v UK* (Appl. No. 44599/98), 6 February 2001.

94 *Z v UK* (Appl. No. 29392/95) 10 May 2001.

95 *Al-Adsani v UK* (Appl. No. 35763/79) 21 November 2001.

96 (Appl. No. 46311/99) 7 May 2002

97 *Appleby v UK* (Appl. No. 44306/98) 6 May 2003.

98 *Hatton v UK* (Appl. No. 36022/97) 8 July 2003

99 *Pretty v UK* (Appl. No. 2346/02) 29 April 2002

had already been conceded by the government. The number of dynamic judgments was also in decline and many judgments over this period concerned issues which had already been addressed such as court martial, legal aid, and aspects of criminal law procedure. The HRA was beginning to have an impact and many of the applications determined by the Court over this period had already been considered by the national courts. It was becoming clear that in such instances, it was unlikely, although not impossible, for the Court to reach the opposite conclusion. Whilst the Labour government was trying to clear the backlog, settle longstanding disputes and generally be respectful of the Court, some of the Court's most controversial judgments concerning the UK were delivered over this period including the Grand Chamber's conclusion that the blanket ban on prisoner voting was incompatible with Article 3 of Protocol No.1.

Judgments with dynamic impact over this time included *S and Marper*¹⁰⁰ where the Grand Chamber held, contrary to the House of Lords, that the blanket retention of DNA profiles and samples by police engaged Article 8 and was incompatible with it. This took a very long time to remedy at the national level with no legislation until 2012 and a clarifying judgment of the Supreme Court in 2011 where it was recommended the code of practice be amended to ensure compliance.¹⁰¹ In *Dickson*¹⁰², decided in 2007, the Grand Chamber determined that it was incompatible with Article 8 for a prisoner to be denied access to artificial insemination. The issue had been considered by the Court of Appeal which had found in favour of the government although it was a different applicant before the Court. The government amended the policy to include a proportionality test. The most high profile and politicised judgment ever concerning the UK was delivered in *Hirst No.2*¹⁰³ Here the Grand Chamber confirmed that the UK's blanket ban on prisoner voting was incompatible with Article 3 Protocol 1 prompting a national debate which lasted for 12 years. Only in 2017 was the issue resolved to the satisfaction of the Committee of Ministers with the UK promising to grant the vote to prisoners released on temporary licence and prisoners released on home detention curfew although it was estimated that this would only affect 100 prisoners at any one time.

Over this period a dialogue between the ECtHR and national courts began in earnest. One example is *McCann*¹⁰⁴ where the Court found that the termination of a tenancy without the opportunity for the applicant to test the proportionality of the measure was in violation of Article 8. This was eventually clarified by the UK Supreme Court in its judgment in *Pinnock*.¹⁰⁵ A dialogue also arose from the judgment in *Tsfayo*¹⁰⁶ where it was held that housing benefit review boards were not independent and impartial. This was resolved in 2001 with the establishment of tribunals independent of the local authority but the issue of independence in such instances continues to cause difficulties before the national courts. Unusually there was also an application where a violation had been found at the national level but it was accepted by the Court as it contained an Article 13 claim which it is not possible to make under the HRA. As the violation was a result of primary legislation, the

100 (Appl. No. 30562/04) 4 December 2008

101 R. (GC) v Commissioner of Police of the Metropolis [2011] UKSC 21

102 Dickson v UK (Appl. No. 44362/04), 4 December 2007

103 (Appl. No. 74025/01) 6 October 2005

104 (Appl. No. 19009/04) 13 May 2008

105 [2011] UKSC 6

106 (Appl. No. 60860/00) 14 November 2006

applicants had only received a declaration of incompatibility at the national level and no other remedy such as damages. The Court, nevertheless, found that the declaration of incompatibility was not a remedy incompatible with Article 13 and agreed with the national court, the House of Lords, on the invalidity of the derogation and the subsequent violations of Article 5 and recommended Article 5(5) compensation.¹⁰⁷

There were also some judgments which should have resulted in dynamic change but only resulted in measures to satisfy the individual applicant. For example, in *Financial Times*¹⁰⁸ the Court had found a violation of Article 10 as a result of a court order obliging the FT to provide documents for the purpose of identifying an anonymous source. The government paid compensation and distributed the judgment but did not change the law which allowed this type of order.

There was definitely a shift towards static judgments over this time and some very controversial matters were found compatible with the Convention by the Court where previously, if the matter had not been considered at the national level, it is likely that the Court would have found a violation. One example is *Roche*¹⁰⁹ where a claim against the Ministry of Defence was prohibited by law. The Court was clearly influenced by national HRA judgments concerning the same issue and found that Article 6 (access to court) had no application to the facts and therefore had not been violated. However, a violation of Article 8 was found in respect of the lack of information. The application in *Evans*¹¹⁰ raised an emotive issue which had already been determined against the applicant at the national level. Under national law, embryos the applicant had created with her former partner were to be destroyed as he had withdrawn his consent and she had no other chance of having her own biological children. Affording a wide margin of appreciation the Court found no violation of the Convention. In *Saadi*¹¹¹ the Court reached the same conclusion as the national courts that immigration detention was not in violation of Article 5(1) although there was a violation of Article 5(2) in respect of the lack of reasons provided for detention. And in *N v UK*¹¹² the Court agreed with the national courts, even adopting the wording utilised by the House of Lords, that the removal of the HIV positive applicant to Uganda was not incompatible with Article 3 as this was not a very exceptional case. The Court's reluctance to get involved in national pension matters was evident in *Carson*¹¹³ where in agreement with the national courts, it found that the refusal to uprate the pensions of those living abroad in certain states, in line with inflation, was compatible with Article 14.

Whilst there had been some comments from government ministers critical of the Court in the preceding period, over this period the tenor of the debate became much more critical. Following a terror attack in London in July 2005, Prime Minister Tony Blair announced that the "rules of the game are changing". Shortly after, Home Secretary Charles Clarke advised the judiciary not to "thwart efforts to deport foreign terrorist suspects" and called for a review of the ECHR. In May 2006 Tony Blair launched an

107 A v UK (Appl. No. 3455/05) 19 February 2009.

108 (Appl. No. 821/03) 15 December 2009

109 Roche v UK (Appl. No. 32555/96) 19 October 2005

110 (Appl. No. 6339/05) 10 April 2007

111 (Appl. No. 13229/03) 29 January 2008

112 (Appl. No. 26565/05) 27 May 2008

113 (Appl. No. 42184/05) 16 March 2010

attack on human rights law and courts stating that it was time for a profound rebalancing of the debate on civil liberties “to ensure that wrongdoers pay the penalty for breaking the rules”. Meanwhile the Conservative Party announced its plans for a British Bill of Rights to replace the HRA although little detail was provided.

X. 2010-2014

Over this period the number of judgments did fall with 88 judgments recorded. Issues before the Court became more complex and, in most instances, had often already been considered by national courts utilising the HRA. This made the task of the Court more politicised and the number of dynamic judgments fell although there were some and, in a few instances, these caused considerable controversy.

Some judgments concerned matters where a violation had previously been found by the Court such as the failure to effectively investigate deaths which had occurred during The Troubles in Northern Ireland and there were also further judgments concerning the blanket ban on prisoner voting although the Court did not change its view that this was in violation of Article 3 of Protocol 1.¹¹⁴ There were also continuing problems coming to the Court concerning the release of prisoners and the operation of the Parole Board.¹¹⁵ Immigration detention became a problem the Court finding a violation of Article 5 in the application of *Abdi*¹¹⁶ given its conclusion that his detention was no longer for the purpose of his removal. And there was disagreement with national courts over sweeping stop and search powers which the Court found to be not in accordance with the law although its judgment resulted in swift legislative change.¹¹⁷

Some judgments contained both static and dynamic elements. For example, in *McDonald*¹¹⁸ the Court concluded that a local authority’s decision to withdraw night-time care was within the scope of Article 8 but only found a minor violation on prescribed by law grounds and did not find the withdrawal of care to be disproportionate overall. And in *MGN Limited*¹¹⁹ it was determined that there was no violation of Article 10 as a result of a national HRA privacy claim, but there was a violation as a result of the success fees charged by the lawyers which the unsuccessful newspaper had to pay. This issue has yet to be resolved to the satisfaction of the Committee of Ministers.

In some instances the Court was making determinations which matched those already arrived at by courts at the national level utilising the HRA, although not in relation to the claim of the applicant before the Court. For example in *Paulet*¹²⁰ it approved the later position adopted by the UK Supreme Court in relation to confiscation orders which had not been utilised by the national courts in relation to the applicant’s claim. Or the Court considered issues which had already been remedied by law at the national level such as its

114 See, for example, *Firth v UK* (Appl. No. 47784/09), 12 August 2014.

115 See, for example, *Betteridge v UK* (Appl. No. 1497/10), 29 January 2013.

116 (Appl. No. 27770/08) 9 April 2013

117 *Gillan v UK* (Appl. No. 4158/05) 12 January 2010

118 *McDonald v UK* (Appl. No. 4241/12) 20 May 2014

119 (App. No. 39401/04) 18 January 2011

120 *Paulet v UK* (Appl. No. 6219/08) 13 May 2014

judgment in *CN*¹²¹ where it found a violation of Article 4 due to the absence of laws penalising forced labour and servitude, such laws had already been put in place by the time the judgment was delivered. And the discrimination against same sex partners found in *JM*¹²² has already been remedied by the Civil Partnerships Act 2004.

In other applications the Court was given the opportunity to clarify some of its own jurisprudence. For example, in *Eweida*¹²³ it held that where Article 9 was at issue in the workplace, rather than deciding the applicant could accept another role or find another job, it was preferable to consider the necessity for the interference rather than finding no interference at all. There was no need for legislative change as the Court's new interpretation was implemented by national courts. In fact, the need for legislative change to remedy violations became far rarer over this period.

One of the most controversial judgments over this period was *Vinter*¹²⁴ which was widely misreported in the UK media. Here the Court determined that whilst it was possible for a whole life sentence to be compatible with Article 3, there needed to be a review at some point and it recommended this occur at around 25 years. As this was not adequately set out in UK law, the Court found a violation of Article 3 leading some newspapers to report that the Court had ordered the release of numerous notorious murderers. Also controversial were judgments of the Court impacting on immigration decisions at the national level. These were not well received by the UK government and this was particularly acute where the Court held that the removal of Abu Qatada (*Othman*)¹²⁵ to Jordan would be incompatible with Article 6 given the real risk of a flagrant denial of justice resulting from the possibility of the admission of torture evidence at his trial. Given the considerable national jurisprudence on the question, including a judgment of the UK Supreme Court, the judgment of the Court was particularly lengthy including international and comparative material to help show that it was appropriately reasoned.

Over this period on many issues a dialogue was taking place between national courts and the ECtHR although it was a dialogue operating over a very long period of time and more often than not resulted in the Court reaching the same conclusion as the national courts, particularly where the Grand Chamber was considering a controversial issue. But this was not the case with its judgment in *Al-Skeini*¹²⁶ one of the most controversial and far reaching of all the judgments of the Court concerning the UK. The Court determined that the Convention had a different and more extensive extraterritorial effect than that which the UK Supreme Court had given it. In short, it applied to the activities of UK armed forces in Iraq and there was therefore a duty on the UK to investigate the civilian deaths which had occurred. This dynamic change did not require legislation but national courts, once the judgment was adopted by the UK Supreme Court, interpreted the HRA in a similar fashion, giving it an extra-territorial reach it did not previously have. The Iraq Historic Allegations Team was set up to conduct investigations into this type of death. It is resourced until December 2019 and has a lifetime budget of £57.2 million.

121 (Appl. No. 4239/08) 13 November 2012

122 (Appl. No. 37060/06) 28 September 2010

123 (Appl. No. 48420/10) 15 January 2013

124 *Vinter v UK* (Appl. 66069/09) 9 July 2013

125 (Appl. No 8139/09) 17 January 2012

126 *Al-Skeini v UK* (App. No. 55721/07) 7 July 2011

But this period stands out more for the number of static judgments where the Court found no violation of the ECHR particularly those concerning controversial issues which had already been exhaustively considered by national courts utilising the HRA. There are a number of examples. In *Carson*¹²⁷ the Court held, in agreement with the highest national court, the House of Lords, that the failure of the UK to uprate pensions for the applicants, who were living abroad, was not in violation of Article 14 with Article 1 Protocol 1. The Regulation of Investigatory Powers Act 2000 was held to be compatible with Article 8 in *Kennedy*¹²⁸. In *Al-Khawaja and Tabery*¹²⁹ the Grand Chamber, taking careful note of judgment of the UK Supreme Court on the issue and also taking into account a variety of comparative material, determined that the admission of statements in criminal trials without the possibility of examination or cross examination of the witness was not automatically in violation of Article 6. In *Austin*¹³⁰, again in agreement with the highest national court, the Court concluded that police “kettling” or containment of demonstrators did not engage Article 5 as there was no deprivation of liberty. It was also held in *Animal Defenders*¹³¹ that the UK’s blanket ban on political advertising on radio or television was compatible with Article 10. The Court took particular note of the view of the national court and Parliament on the issue.

In May 2010 a new coalition government between the Conservative Party and Liberal Democrats took office. At first, respect for the Court was intact and judgments were implemented rather than openly defied or criticised. The violation found by the Grand Chamber in 2005 as a result of the blanket ban on prisoner voting¹³² had still not been remedied and in September 2010 the new government promised to do something about it. But rather than present a plan which was then to be implemented, it prevaricated and allowed the issue to blow out of all proportion becoming a magnet for all of those who wished to criticise the Court and the UK’s relationship with it. Prime Minister David Cameron showed little leadership and was reported to be exasperated and furious at having to implement the judgment. The matter was further politicised when a number of prisoners lodged applications with the Court on the same issue. Politicians from all political parties, including former Labour Home Secretary Jack Straw, opposed any reform which would enfranchise prisoners. By January 2011 the debate was out of proportion. In an editorial in *The Times*, it was stated as follows: If MPs decide that prisoners should not be granted the franchise, as they surely must, they should not be. If this defiance of rulings made in Strasbourg is to prove complicated, Mr Cameron must be clear that this is not a problem for over here, but one for over there.¹³³

The issue became a battle for national sovereignty with the Prime Minister calling for MPs to vote against allowing prisoners the vote and they voted by 234 to 22 to defy the ruling of the Court with the parliamentary debate centring on Parliament losing its sovereignty “the poodle of a European court” according to David Ruffley MP. From then on, the issue of prisoner voting was mentioned every time the Court was mentioned,

127 (Appl. No. 42184/05) 16 March 2010

128 (Appl. No. 26839/05) 18 May 2010

129 (Appl. No. 26766/05) 15 December 2011

130 (Appl. No. 39692/09) 15 March 2012

131 (Appl. No. 48876/08) 22 April 2013

132 *Hirst v UK (No.2)* (Appl. No. 74025/01), 6 October 2005

133 *The Times*, 20 January 2011

regardless of the context or the issue. In December 2013 a special parliamentary committee recommended that all inmates serving less than 12 months should get the vote. A new compromise was considered in March 2014 and in August 2014 the ECtHR determined that damages would not be awarded and no compensation and no costs to any prisoner applicant. Former Home Secretary Jack Straw wrote in the Times: The problem the Strasbourg court has created for itself—and for us—over the years has therefore lain not in the terms of the convention, but in the way in which the court stretched to breaking point the intentions of those nations that signed the treaty. It has sought to turn itself into a supreme court for Europe... one for which no democratic override was available.¹³⁴

Opinion pieces calling for withdrawal from the ECHR proliferated in national newspapers. The language the Prime Minister and the Home Secretary used in relation to national courts and the ECtHR deteriorated with both “appalled” at the judgment of the Supreme Court in a HRA case and stating that “it is about time we ensured that decisions are made in this Parliament rather than in the courts”. Human rights law was being blamed for many problems with Prime Minister David Cameron even linking human rights to the London riots of August 2011. Ambitious ministers and members of parliament criticised the Court in order to bolster their own personal ambitions.

Abu Qatada (*Othman*) won his application in the ECtHR in January 2012 that his extradition to Jordan would be incompatible with Article 6. This prompted the Prime Minister David Cameron to warn that the ECtHR risked falling into disrepute “if it continues to overturn rulings by sovereign states”. On 25 January 2012 in a speech to the Council of Europe in Strasbourg, he said he wanted the Court to only deal with the most serious violations of human rights. Qatada was granted bail and ministers made clear their dismay. In an editorial The Times it was stated as follows: It is right that human rights be considered a supranational concern. Yet the ECHR’s actions once again look like an affront to national sovereignty, let alone common sense. Britain is still attempting to feel its way towards a solution to the same Court’s ruling last year that prisoners should be given the vote... This is Britain’s problem, but Strasbourg’s failure.¹³⁵

Following the judgment in *Vinter* the Prime Minister’s spokesman said he was “very, very, very, very disappointed and that he would not rule out withdrawing from the court if the Conservatives win the next general election.” In October 2014 the Conservative Party published its plans to reform human rights law in the policy paper *Protecting Human Rights in the UK*.¹³⁶ In the proposals, it is stated that the recent practice of the ECtHR “and the domestic legislation passed by Labour” has damaged the credibility of human rights at home.¹³⁷ The treatment of the ECHR as a “living instrument” or the practice of “evolutive interpretation” by the Court was subject to strong criticism: Even allowing for necessary changes over the decades, the ECtHR has used its “living instrument doctrine” to expand Convention rights into new areas, and certainly beyond what the framers of the Convention had in mind when they signed up to it.¹³⁸

¹³⁴ The Times, 14 August 2014

¹³⁵ As reported in The Times, 8 February 2012

¹³⁶ Conservative Party, *Protecting Human Rights in the UK* (London: Conservative Party, 2014).

¹³⁷ p. 3.

¹³⁸ p. 3.

The judgments of the Court utilised to illustrate the points made included: prisoner voting; artificial insemination for some prisoners;¹³⁹ and (generally) the prevention of the deportation of foreign nationals who have committed crimes. The whole life tariff judgment of the Court in *Vinter*¹⁴⁰ was also mentioned, although the interpretation of the judgment was incorrect. The plans for reform of the ECHR system included in the proposals were to make the judgments of the ECtHR “no longer binding over the UK Supreme Court” and for it to be “no longer able to order a change in UK law”, as it was to become an “advisory body only”.¹⁴¹ It was promised that, should the Council of Europe not agree to this approach, the UK would withdraw from the ECHR.

Over this period the ECtHR itself changed and allowed far more freedom for States to adopt a more flexible and nationally focussed interpretation of international human rights guarantees and jurisprudence. The UK has actually utilised the concept of consensus and living instrument in ECtHR litigation to its advantage in order to halt a more expansive interpretation.¹⁴² Spano writes of the “age of subsidiarity” and states that the Court is consistently demonstrating its willingness to “defer to the reasoned and thoughtful assessment by national authorities of their Convention obligations” utilising the judgment of the Court in *Animal Defenders v UK*¹⁴³ and Protocols 15 and 16 to support his argument.¹⁴⁴ The ECtHR does take account of the processes of national authorities in its determination of the margin of appreciation. Saul has referred to the “growing body of case law that supports the thesis of deeper subsidiarity in relation to parliaments”.¹⁴⁵ Mahoney writes of the role played by national courts: the closer the analysis of the national courts reflects the European Convention and its case-law, the more likely the finding will be that the national courts have remained within the domestic margin of appreciation... There will be less temptation for the Strasbourg Court to engage in micro-management of individual situations or even in reviewing the preceding policy-making and, thus, less inclination to disturb the rulings of the national courts if the national courts are visibly operating domestic remedies with an eye to compliance with Convention standards and case law.¹⁴⁶

As Mahoney notes, UK courts have a much greater chance of retaining control of the interpretation and application of human rights law if a co-operative, rather than a “hierarchical or competitive relationship” is maintained.¹⁴⁷ Where State authorities do a good job, fulfilling their responsibilities as the primary guarantors of Convention rights,

139 *Dickson v. UK* (Appl. no. 44362/04), 4 December 2007.

140 (Appl. no. 66069/09), 9 July 2013.

141 As the UK is a dualist system, these statements in the proposals were also misleading.

142 See further C. DRAGHICI, “The Strasbourg Court between European and local consensus: anti-democratic or guardian of democratic process?” [2017] PL 11.

143 *Animal Defenders International v United Kingdom* ECtHR 22 April 2013.

144 R. SPANO, “Universality or Diversity of Human Rights: Strasbourg in the Age of Subsidiarity” (2014) 14 HRLR 487, 491.

145 M. SAUL, “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments” (2015) 15 HRLR 745, 773-774.

146 P. MAHONEY, “The relationship between the Strasbourg Court and the national courts” (2014) Law Quarterly Review 568 at 571.

147 *Ibid* at 586. See also E. BATES, “Analysing the prisoner voting saga and the British challenge to Strasbourg” (2014) 14 Human Rights Law Review 503 at 533.

the ECtHR will respect this.¹⁴⁸ It is also becoming increasingly harder for applicants to access the Court, although this has also generated some criticism.¹⁴⁹ Over the years UK judges have become far more adept at carefully adjudicating in HRA cases so as to secure respect for their work should it end upon on review before the ECtHR. In some instances: British courts can now exert strong influence [on the ECtHR], changing the course of Convention jurisprudence for all Contracting States, and help to ensure that where the UK wishes to maintain a national position on an important issue, such as its ban on political advertising, this is far more possible than might have otherwise been the case.¹⁵⁰

XI. 2015-2017

It is not surprising that in the three years following the most vehement attacks on the Court to date that the number of judgments has declined and that there has been an even more marked shift towards static judgments. Violations have been found in relation to issues which have been problematic for some time —prisoner voting, delays in Parole Board hearings and immigration detention but there has been only one judgment over this period with a slight dynamic element. In *RE*¹⁵¹ the Court found that some aspects of surveillance legislation were not in accordance with law and a violation of Article 8 was found which was swiftly rectified.

Apart from these, almost all of the judgments over this period have been static. Some were simple reconsiderations of fact scenarios and no violation found. Others concerned more controversial issues and the finding of no violation signalling a new willingness on the part of the Court to stay out of matters which had been exhaustively considered by national courts adjudicating with the HRA. For example, in *Fazia Ali v UK*¹⁵² the Court held that the inability to appeal to an independent and impartial tribunal on a social housing matter was not in violation of Article 6 as the judicial scrutiny available via judicial review was sufficient to satisfy Article 6. In *Da Silva*¹⁵³ it held that a decision not to prosecute was not in violation of Article 2 and that the procedural obligations incurred under Article 2 did not extend this far. *Ibrahim*¹⁵⁴ concerned the controversial issue of lack of access to a lawyer during the initial questioning at a police station and admission of statements obtained at a subsequent trial. No violation of Article 6 was found in relation to the first three applicants although a violation was found in relation to the fourth applicant.

The *British Gurkha Welfare Society* was unsuccessful in its argument that their lower pension entitlement compared to other ex-service personnel was incompatible with Article

148 See further, A. MOWBRAY, "Subsidiarity and the European Convention on Human Rights" (2015) 15 HRLR 313; M. Saul, "Structuring evaluations of parliamentary processes by the European Court of Human Rights" (2016) 20 *The International Journal of Human Rights* 1077; and O. ARNARDÓTTIR, "The procedural turn under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance" (2017) 15 *IJCL* 9.

149 See, for example, A. TICKELL, "More 'efficient' justice at the European Court of Human Rights: but at whose expense?" [2015] PL 206.

150 M. AMOS, "The influence of British courts on the jurisprudence of the European Court of Human Rights" IN R. MCCORQUODALE and J. GAJCI (eds.) *British Influences on International Law 1915-2015* (London: BRILL, 2016).

151 *RE v UK* (Appl. No. 62498/11) 27 October 2015

152 (Appl. No. 40378/10) 20 October 2015

153 (Appl. No. 5878/08) 30 March 2016

154 (Appl. No. 50541/08) 13 September 2016

14.¹⁵⁵ The Grand Chamber in *Hutchinson*¹⁵⁶ settled the controversy which had arisen following the judgment in *Vinter* by finding that the problem with lack of clarity concerning the period at which the review of a whole life sentence would take place had been resolved by a judgment of the UK Court of Appeal and the violation of Article 3 had been remedied. Finally, immigration rules guiding judicial discretion when removal is alleged incompatible with Article 8 were put to the test in *Ndidi*¹⁵⁷ and the Court found no violation of Article 8 stating as follows: The requirement for “European supervision” does not mean that in determining whether an impugned measure struck a fair balance between the relevant interests, it is necessarily the Court’s task to conduct the Article 8 proportionality assessment afresh. On the contrary, in Article 8 cases the Court has generally understood the margin of appreciation to mean that, where the independent and impartial domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant’s personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities. The only exception to this is where there are shown to be strong reasons for doing so...¹⁵⁸

There was still criticism of the Court from government up until the June 2016 referendum on leaving the EU. High profile support for withdrawal from the ECHR was provided by current Prime Minister Theresa May, who, when Home Secretary in April 2016, gave a speech supporting the UK staying in the EU, but leaving the ECHR, illustrating her case with the deportations of Abu Hamza and Abu Qatada,¹⁵⁹ which had been delayed by applications to the ECtHR, and the fact that the ECtHR “tried to tell Parliament that —however we voted— we could not deprive prisoners of the vote”. She summed up her opinion of the Court as follows: The ECtHR can bind the hands of Parliament, adds nothing to our prosperity, makes us less secure by preventing the deportation of dangerous foreign nationals —and does nothing to change the attitudes of governments like Russia’s when it comes to human rights.¹⁶⁰

In 2016, with the change in government leadership following the decision to implement the Brexit referendum result and leave the European Union, the Conservative government’s hard-line stance on the ECtHR has softened a little. The Conservative Party formed a government again following the 2017 general election but all focus is now on Brexit. The promise is not to repeal or replace the HRA whilst the process of Brexit is underway and to “remain signatories to the European Convention on Human Rights for the duration of the next parliament.”¹⁶¹

155 *British Gurkha Welfare Society v UK* (Appl. No. 44818/11) 15 September 2016

156 (Appl. No. 57592/08) 17 January 2017

157 (Appl. No. 41215/14) 14 September 2017

158 At [76]

159 *Ahmad v. United Kingdom* (Appl. no. 24027/07), 10 April 2012; *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom* (Appl. no. 8139/09), 17 January 2012.

160 In a speech in June 2016 prior to becoming Prime Minister, she promised that she would not lead the UK out of the ECHR as she appreciated that she did not have the numbers in Parliament to achieve this. See further <https://rightsinfo.org/breaking-theresa-may-will-not-try-leave-european-convention-human-rights/> (last accessed 10 May 2017).

161 Conservative Party *Forward Together* (London: Conservative Party 2017) page 37.

XII. CONCLUSION

The UK provides an interesting study of how the relationship between a state and the ECtHR can develop over time. Over more than 40 years the relationship has gone from one that was almost always dynamic to one that is now almost always static. The experience of the UK shows that a dynamic relationship can flourish in the absence of effective national human rights protection through law. But this is not the only factor necessary. There must also be a sufficient number of applications flowing to the Court, respect for the Court from leading political actors, as well as a willingness to appreciate that the UK institutions may have overlooked something important or made a mistake. Furthermore, there must be willingness to remedy the violation as found by the Court, to the satisfaction of the Committee of Ministers, and the political leadership to implement a change in the national approach. This is best illustrated by the approach of the Court to Article 13 and the lack of remedies in the UK. Whilst at first the Court found the absence of national remedies was in violation of Article 13, it quickly accommodated the message from government that the UK was not ready for incorporation or a bill of rights. Article 13 violations were only found again once the HRA was in place.

By contrast, a relationship between a state and the Court is more likely to be static where there is effective national human rights protection through law. Over the years the Court has adjusted its own principles of interpretation to better respect the outcomes from states where national institutions have carefully considered human rights issues before acting. The experience of the UK also illustrates that a vigorous national campaign against the Court, and the threat of withdrawal from the ECHR, can also contribute to the relationship becoming a more static one.

But it is important not to give the impression that just because the relationship between the UK and the ECtHR is currently static, the relationship is no longer of any value to a state committed to the protection of human rights through law. The Court continues to act as a strong disincentive where there is a temptation to breach the ECHR. It provides justice and a remedy to those who might not have a remedy at the national level for the violation of their rights. And it can help to maintain the status quo in the UK by confirming the national courts' interpretation and application of human rights norms to controversial issues, granting a finality to national debates and confirming that the UK's commitment to protecting human rights through law is working.

However, the downsides to a permanently static relationship must also be appreciated. For the continued effectiveness and survival of the ECHR system of protection, it is important for the judgments of the ECtHR, and the system as a whole, to be perceived as legitimate by applicants, NGOs and other stakeholders as well. This should not be underestimated, as Alter has observed: [...] where ICs [international courts] lack domestic support constituencies, governments can defend non-compliance with international rules as consistent with the domestic rule of law. But where there are government and nongovernmental actors who do prefer to follow international law, ICs can help construct coalitions of counterpressures that alter the political balance in favour of policies that better cohere with international legal obligations. ... ICs become politically weak not because governments oppose them. ... Rather, ICs become politically weak when

legal and policy defenders will not organise to demand that governments adhere to the particular legal covenants or to the particular interpretations of the law the IC is promoting.¹⁶²

The disappointment with recent judgments where the ECtHR has found the UK not in violation of the ECHR is growing, and questions of legitimacy are being raised by various non-governmental actors. According to Fenwick, “reliance on finding a European consensus in socially sensitive contexts can merely lead to acceptance of detrimental treatment of groups traditionally vulnerable to discrimination.”¹⁶³ Draghici observed that “methodologically flawed findings... expose the Court to criticism and mistrust”,¹⁶⁴ and in Henrard’s opinion, the Court may well be losing the very legitimacy it is trying to maintain when it sacrifices the effective protection of fundamental rights to “keep states on board”.¹⁶⁵ Judgments like *Animal Defenders International*, in which the weight of consensus clearly indicated a different conclusion from that reached by the Court, can be perceived as arbitrary and, in the opinion of some, an example of a Court deciding in accordance with its assumption of what the system can bear, rather than deciding in accordance with the weight of persuasive authority and other important principles.¹⁶⁶

On the other hand, it might be time to accept that the Court’s role in prompting new directions in the protection of human rights in the UK is now much reduced, particularly in light of the fact that national human rights protection under the HRA, at least for the moment, encourages detailed consideration of these issues by the legislature, executive or judiciary prior to an application to the ECtHR. In short, as McGoldrick notes, on some issues, such as the prohibition of sexual orientation discrimination, progress at the national level may achieve more than the Council of Europe: [...] strategic litigation and advocacy relying on domestic constitutional and legislative equality or non-discrimination provisions, sometimes with the use of international or transnational jurisprudence to assist progressive interpretations ... may carry a greater domestic legitimacy and authority than international jurisprudence.¹⁶⁷

For a state such as the UK, with, at present, strong national human rights protection, procedurally and substantively the same as that offered by the ECHR and ECtHR, an independent and impartial judiciary, and a relatively robust civil society, it may be that more can be achieved at the national level, in effect, saving the ECtHR from getting involved in difficult and sensitive issues, and preserving the Convention system for those States experiencing more pressing and gross violations of Convention rights.

162 K. ALTER, *The New Terrain of International Law* (Princeton: Princeton University Press, 2014), p. 24.

163 H. FENWICK, “Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the Court’s authority via consensus analysis” (2016) *European Human Rights Law Review* 248, 249.

164 C. DRAGHICI, “The Strasbourg Court between European and local consensus: anti-democratic or guardian of democratic process?” (2017) *Public Law*, 11, 28.

165 K. HENRARD, “How the European Court of Human Rights’ concern regarding European consensus tempers the effective protection of freedom of religion” (2015) 4 *Oxford Journal of Law and Religion*, 398, 414.

166 T. LEWIS and P. CUMPER, “Balancing freedom of political expression against equality of opportunity: the courts and the UK’s broadcasting ban on political advertising” (2009) *Public Law* 89.

167 D. MCGOLDRICK, “The development and status of sexual orientation discrimination under international human rights law” (2016) 16 *Human Rights Law Review*, 613, 664.

TÍTULO: De la dinámica a la estática: evolución de la relación entre el Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: In this article the evolution of the relationship between the UK and the European Court of Human Rights is examined. With strong human rights protection through law now present at the national level, it is concluded that the relationship has moved from a dynamic to static. The implications of this for the protection of human rights in the UK are considered and evaluated.

RESUMEN: En este artículo se examina la evolución de la relación entre el Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Teniendo en cuenta que ya existe a nivel nacional una importante garantía y protección de los derechos fundamentales, se observa que la relación ha cambiado de dinámica a estática. Las implicaciones que este paradigma tiene para el caso particular del Reino Unido será objeto de examen y discusión.

KEY WORDS: European Court of Human Rights, UK.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reino Unido.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

LA INFLUENCIA DEL CEDH Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ITALIANO¹

ROBERTO ROMBOLI

*Profesor Ordinario de Derecho Constitucional
Universidad de Pisa*

I. EL CEDH EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO ITALIANO Y LA AUSENCIA DE CONTACTO ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TEDH

En Italia la reflexión sobre el significado y la eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y, por consiguiente, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se basó en un primer momento principalmente en la ubicación del CEDH en el sistema de fuentes del derecho y, por tanto, en aspectos esencialmente de carácter formal.

El CEDH fue recibido en Italia mediante ley de 4 de agosto de 1955 (n.º 848), según el modelo de ratificación y ejecución de Tratados Internacionales, y no se consideró necesario proceder a una revisión de la Constitución con la finalidad de dar al CEDH una cobertura constitucional².

Por el contrario, encuentra la aplicación el consolidado principio según el cual las disposiciones de un Tratado asumen en el ámbito del sistema de fuentes la misma ubicación del acto a través del cual aquéllas son introducidas en el ordenamiento estatal. Por consiguiente, de ello se deriva, siguiendo dicha regla, que las disposiciones del CEDH tienen en el ordenamiento italiano la misma ubicación y fuerza que la ley, con todo lo que ello significa.

La situación viene a plantearse en términos parcialmente diversos (al menos desde el punto de vista sustantivo) cuando los tratados tengan como objeto, como en nuestro caso, el reconocimiento de las libertades fundamentales y los derechos humanos.

1 Traducción de Maria Garrote, Profesora Contratada Doctora interina de Derecho Constitucional, UCM.

2 La ley constitucional de 23 de noviembre de 1999 (n.º 2), por la que se modifica el art. 111 de la Constitución italiana, introduce los principios del debido proceso mediante una formulación que recoge, en algunos puntos incluso literalmente, el contenido del art. 6 del CEDH, lo que demuestra que no se consideraba suficiente la garantía derivada de estar dichos principios contenidos en el acto convencional y aplicables como tales en Italia.

En esta hipótesis parece evidente, de hecho, que nos encontramos frente a una clara disociación entre la forma y la sustancia, es decir, frente a un acto formalmente con fuerza de ley ordinaria (por tanto modificable o derogable mediante otro acto del mismo rango e inidóneo para ser planteado como parámetro en un juicio de constitucionalidad de las leyes), pero que tiene además un contenido seguramente de naturaleza constitucional, por cuanto afecta a materia típicamente constitucional, como se deduce del elenco de derechos reconocidos (derecho a la vida, a la libertad personal, a la seguridad, a la libertad de pensamiento, a un proceso justo, prohibición de tortura, prohibición de esclavitud).

Todos (o casi todos) los derechos y libertades previstos en el CEDH encuentran reconocimiento o estrechas analogías en las previsiones recogidas expresamente a nivel constitucional (tanto es así, que sobre esta base se ha elaborado la teoría de la supuesta «inutilidad» de una referencia directa a la normativa convencional).

La mencionada disociación produce algunos inconvenientes, para cuya superación y con la finalidad de conciliar el valor formal con el valor material de las libertades sancionadas en el CEDH, se han ido elaborando en Italia toda una serie de reconstrucciones tendentes a proporcionar a las disposiciones del CEDH de una «cobertura» constitucional.

Entre las diferentes tesis sostenidas para dotar de una «cobertura» constitucional al CEDH, algunas hacen referencia al artículo 2 de la Constitución en la parte en la que se reconocen y garantizan «los derechos inviolables de la persona», el cual proporcionaría una cobertura constitucional a los Tratados sobre derechos humanos, desde el momento que los derechos en ellos previstos deberían estar incluidos en la noción de «derechos inviolables» del artículo 2 de la Constitución³.

Sin embargo, según otras posturas diferentes, la «cobertura» constitucional de las disposiciones del CEDH debería provenir del artículo 10.1 de la Constitución, en base al cual el ordenamiento jurídico italiano integra las normas de derecho internacional generalmente reconocidas. A juicio de algunos, de hecho, este artículo debería servir de «convertidor automático», no sólo de las normas internacionales de tipo consuetudinario, sino también de las que tienen origen convencional.

La referencia a esta misma disposición constitucional es también la base de otra tesis, más elaborada, según la cual el tratado que introduce el CEDH, además de la aparente naturaleza convencional tiene en realidad una naturaleza consuetudinaria, al referirse a un patrimonio común de valores inherente a la protección de la dignidad humana.

Otros, en cambio, invocan el artículo 11 de la Constitución en la parte en la que permite, en condiciones de igualdad con otros Estados, limitaciones en la propia soberanía, siempre que sean necesarias para la creación de un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, finalidad que sería precisamente la perseguida por los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Como puede comprobarse, el razonamiento es análogo al que se ha desarrollado para proporcionar un «paraguas de protección» de nivel constitucional al ordenamiento comunitario.

3 Más allá de la clara contraposición —más aparente que real en cuanto a los resultados concretos a los que llegan las diferentes posturas— entre quienes ven en la mencionada disposición constitucional y en la referencia a derechos inviolables un supuesto abierto a los denominados nuevos derechos, y los que consideran que la misma se limita a los derechos mencionados en los diferentes artículos de la Constitución, no parece que sea posible excluir en este caso la necesidad de comprobar si determinados derechos y libertades contenidos en el CEDH pueden ser subsumidos en la noción de «derechos inviolables».

Finalmente, otras tesis han considerado que es posible reforzar la posición del CEDH en el ordenamiento italiano mediante la recepción del Convenio en el ámbito del derecho comunitario, de modo que se podría recurrir a los principios e instrumentos que han permitido afirmar la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno.

En una decisión de la Corte Constitucional, y más precisamente en un *obiter dictum* de la misma, se avanzó una reconstrucción de las relaciones entre la ley ordinaria y el CEDH con el fin de asegurar a la ley n.º 848 de 1955 una posición particular y poder así diferenciarla de otras leyes. En esa ocasión, la Corte, a propósito del art. 6 CEDH sostiene que tal Tratado, a pesar de haber sido incorporado al ordenamiento italiano con fuerza de ley, no puede considerarse derogado por leyes posteriores del mismo rango «porque se trata de una norma que deriva de una fuente proveniente de una competencia atípica y, como tal, no es susceptible de derogación o modificación por parte de disposiciones de ley ordinaria» (sent. 10/1993). Esta afirmación, bastante innovadora con respecto a la jurisprudencia anterior, sin embargo, no ha tenido repercusión posterior y ha permanecido completamente aislada.

En otra ocasión —en relación con una cuestión de constitucionalidad elevada por el juez, también con referencia al artículo 6 CEDH cuya violación habría supuesto, a su juicio, una lesión del artículo 11 de la Constitución— la Corte constitucional sostuvo que, independientemente del valor atribuido a las normas convencionales, que no se colocan por sí mismas en un nivel constitucional, es manifiesto que los derechos humanos, garantizados también por Convenciones universales o regionales suscritas por Italia, encuentran expresión y no menos garantía en la Constitución: no sólo por el valor que se atribuye al reconocimiento de los derechos inviolables de la persona en el art. 2 de la Constitución, considerados por la conciencia contemporánea como coesenciales a la dignidad de la persona, sino también porque además de la coincidencia en el catálogo de tales derechos, las diferentes fórmulas que los expresan se integran completándose recíprocamente en la interpretación. Eso es precisamente lo que sucede con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de derechos e intereses, garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que implica una duración razonable del proceso para que la decisión jurisdiccional, a la cual está orientada la acción, promovida para tutelar el derecho asegure la protección eficaz del mismo y, en definitiva, la realización de la justicia (sent. 388/1999).

La disociación antes mencionada entre los aspectos formales y de contenido de los Tratados de derechos humanos ha influido inevitablemente en la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional en este sentido, que, en este punto, no parecía completamente lineal en la relación entre las premisas y el examen concreto de las cuestiones de constitucionalidad elevadas sobre las disposiciones del CEDH.

La Corte constitucional, a través de una jurisprudencia constante, a excepción de la mencionada sentencia 10/1993, ha sostenido siempre, con respecto al CEDH, que los Tratados internacionales vienen a asumir en el ordenamiento la misma posición del acto que los ejecuta, por lo que «cuando la ejecución acaece mediante ley ordinaria, aquéllos adquieren la fuerza y el rango de ley ordinaria que puede ser derogada o modificada por una ley ordinaria posterior» (sent. 323/1989), excluyendo expresamente la posibilidad de reconocer a los mismos un rango constitucional o en todo caso superior respecto al de la ley ordinaria.

Incluso, después de un acontecimiento de extraordinaria importancia para el sistema de tutela de los derechos reconocidos en el CEDH, como es la introducción del recurso

directo del ciudadano ante la Corte de Estrasburgo⁴, las referencias al CEDH en los juicios de ante la Corte constitucional siguen siendo extremadamente raras y su incidencia en la resolución de las cuestiones de constitucionalidad escasa, fundándose casi exclusivamente en la conformidad de los actos legislativos con los parámetros constitucionales.

Aunque la Corte constitucional haya iniciado su funcionamiento en 1953 y el TEDH lo haya hecho tres años después, y pese a que la primera haya acogido una noción «abierta» de «derechos inviolables» reconocidos en el art. 2 de la Constitución, ambas Cortes, como se ha señalado,⁵ se han ignorado recíprocamente.

La relación con el CEDH y el TEDH ha sido mayormente promovida por los jueces ordinarios, y en particular, por la suprema Corte de Casación, cuyos magistrados en varias ocasiones han elevado cuestiones de constitucionalidad denunciando también la supuesta violación de las disposiciones del CEDH.

La Corte constitucional ha tenido, como se ha dicho, una posición formalista sobre la ubicación del CEDH en el sistema de fuentes, por lo que las referencias al CEDH en el proceso constitucional asumen como mucho un rol de «reforzar» la denuncia del parámetro constitucional o de integración del mismo con fines interpretativos en el ánimo de sugerir una lectura amplia de la letra de la Constitución.

Por otra parte, dado que no se pueden plantear las normas convencionales como parámetros en un proceso de constitucionalidad, en la hipótesis de una eventual contradicción entre la ley nacional y el CEDH los jueces ordinarios han procedido en algún caso a una, si bien criticada, inaplicación de la ley y a la aplicación directa del Convenio⁶.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2001 Y LA INTRODUCCIÓN DEL COMPROMISO DEL ESTADO ITALIANO DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES (ART. 117.1 CI). LAS HISTÓRICAS «SENTENCIAS GEMELAS» DE 2007 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CEDH COMO PARÁMETRO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE LA NORMA INTERPUESTA

En 2001 se llevó a cabo la más amplia reforma constitucional⁷ que tenía como objeto el reparto de competencias entre el Estado y las regiones (Título V de la parte segunda de la Constitución).

⁴ Introducido con la aprobación del protocolo 11, firmado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 y ratificado en Italia mediante la ley de 28 de agosto de 1997, n.º 296.

⁵ LAMARQUE E., «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani», en PADULA C. (ed.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, p. 139 y ss.

⁶ El reconocimiento al juez nacional de la posibilidad de referirse directamente al Convenio y de darle aplicación directa asume evidentemente una notable importancia, sea por la tutela efectiva de los derechos, sea por la formación cultural de la magistratura y sobre todo por la penetración, dentro del ordenamiento estatal, de los principios expresados en el Convenio. En Italia los jueces ordinarios, aunque en un primer momento se orientaron a reconocer un valor programático a las disposiciones del CEDH, sucesivamente han afirmado la naturaleza de fuente del CEDH y su aplicación directa por parte del juez.

⁷ Otras reformas, también muy amplias del texto constitucional fueron aprobadas por el Parlamento con mayoría absoluta en 2005 y en 2016, pero fueron rechazadas por el voto popular manifestado a través del referéndum constitucional.

La finalidad de la reforma era remodelar las relaciones entre el Estado y las regiones en el sentido de aumentar la autonomía de estas últimas y perseguir una igualdad tendencial entre los dos sujetos institucionales.

En concreto, y a lo que interesa a nuestro objeto, se modificó el art. 117 de la Constitución introduciendo en el primer apartado una nueva disposición según la cual «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y las regiones en el respeto a la Constitución, así como a los compromisos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales».

Si la finalidad más evidente de la nueva previsión parece ser la de fijar un principio de «igualdad de armas» entre el Estado y las regiones, en realidad hasta ahora no se ha dejado de poner de relieve cómo el aspecto más importante y más innovador fue sin embargo la previsión relativa al deber el Estado (y de las regiones) de respetar no sólo las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario —ya despojado de la cobertura constitucional del art. 11 de la Constitución— sino también las obligaciones internacionales.

Aunque la disposición se refiera genéricamente y sin distinciones a todos los tratados internacionales, el pensamiento de muchos se dirigió al tratado de adhesión al CEDH y a las obligaciones que con el mismo asumía el Estado italiano y por eso podemos considerar que una disposición así habría encontrado un mejor acomodo entre los principios generales y los de integración previstos en los arts. 10 y 11 de la Constitución, más que en la parte relativa al ordenamiento de las regiones y los entes locales.

En los años sucesivos a la referida reforma, la Corte constitucional parece ignorar la innovación y las consecuencias derivadas del nuevo texto del art. 117.1 de la Constitución y de hecho, después de cuatro años de la aprobación de la misma, el juez constitucional en una ocasión responde secamente que «el artículo 8 del CEDH no asume el valor de norma parámetro» (sent. 464/2005).

La posición asumida al respecto por la jurisprudencia constitucional ha sido objeto desde hace tiempo de observaciones críticas por parte de la doctrina, que en buena medida no ha dejado de subrayar cómo esta actitud llevaría inevitablemente a una postura de cierre frente al otro Tribunal, impidiendo la instauración de un diálogo que habría podido ser bastante provechoso para una mejor y más completa tutela de los derechos fundamentales, en buena parte homogéneos, presentes en las dos Cartas constitucionales.

La situación italiana ha sido definida como «particularmente penosa» en consideración a la ubicación del CEDH en el sistema de fuentes y al hecho de que la jurisprudencia del TEDH fuese largamente ignorada por la Corte constitucional, la cual mostraba una resistencia, inexistente en otros ámbitos, a considerar que «la jurisprudencia derivada de la interpretación judicial por parte del juez competente oriente necesariamente la interpretación del texto normativo que está en el origen, por encima del resto de jueces»⁸.

Se ha señalado a la jurisprudencia de la Corte constitucional como una de las razones que habían inducido a los jueces ordinarios a proceder directamente a inaplicar las leyes y actos con fuerza de ley nacionales por contraste con las disposiciones del CEDH y, desde muchas partes, se ha señalado como una de las posibles soluciones la revalorización

8 ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, en *Foro it.*, 2006, V, p. 357 y ss.

del «nuevo» art. 117.1 de la Constitución, cuando se afirma la necesidad de que la ley respete las obligaciones internacionales⁹.

Después de seis años de la aprobación de la reforma constitucional, la Corte constitucional pronuncia dos decisiones (definidas entonces y ahora unánimemente conocidas como las «sentencias gemelas») con las cuales introduce un cambio fundamental en su propia jurisprudencia, abriendo de esta manera una nueva fase riquísima de perspectivas para el rol del TEDH en los procesos constitucionales y, consiguientemente, para las relaciones entre la Corte constitucional y el TEDH¹⁰.

Los pronunciamientos (sent. 348 y 349/2007) pueden considerarse como verdaderamente de relevancia histórica por los casos que les seguirán, por lo que parece absolutamente necesario sintetizar en cinco puntos las importantes afirmaciones contenidas en las dos sentencias.

El primero es la afirmación dirigida a los jueces y a la mencionada tendencia de algunos de ellos a inaplicar las leyes consideradas contrarias a la normativa del CEDH. La Corte afirma «ser llamada a clarificar dicha problemática normativa e institucional, que tiene relevantes implicaciones prácticas en la praxis cotidiana de los operadores del derecho» y lo hace separando totalmente los efectos del derecho comunitario y el del CEDH en nuestro ordenamiento, para lo cual se confirma la jurisprudencia según la cual no es posible hacer referencia al artículo 10.1 de la Constitución para operar a través del mecanismo de la norma interpuesta, ya que dicha disposición constitucional se refiere sólo a las normas consuetudinarias y no a las contractuales, ni tampoco, de manera indirecta al artículo 11 de la Constitución «por efecto de la calificación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos fundamentales objeto del CEDH como principios generales del ordenamiento comunitario».

En base a ello, la Corte concluye que «el juez ordinario no tiene, por tanto, el poder de inaplicar la norma legislativa ordinaria considerada contraria a una norma del CEDH, ya que la patente incompatibilidad entre ambas se presenta como una cuestión de

9 No vamos tampoco a silenciar los riesgos que, para el papel de la Corte constitucional, se derivan de una equiparación del derecho del CEDH al derecho comunitario y, casi anticipando la posición después asumida por la Corte en las «sentencias gemelas», se ha sostenido que «el reconocimiento de que el CEDH y el propio sistema de tutela de derechos se coloca en un nivel tal que dichas normas hacen de parámetro de constitucionalidad de las normas ordinarias en conflicto con ellos tendría la ventaja de ser coherente con el sistema constitucional italiano, que atribuye a la Corte constitucional la tutela de los derechos fundamentales y la competencia para expulsar del ordenamiento, con efecto *erga omnes*, las normas ordinarias que los infrinjan», concluyendo (y casi advirtiendo) que «si una declaración adecuada no puede venir de la Corte constitucional entonces la mirada debería dirigirse al legislador, con la esperanza de que el tema aquí afrontado encuentre en el Parlamento la atención que requiere» (V. Zagrebelsky)

10 Recientemente, uno de los magistrados, ponente de una de las dos sentencias, Gaetano Silvestri, ha recordado que a la Corte le interesaba principalmente poner fin a la inaplicación de las leyes nacionales efectuada en solitario por los jueces y que las «sentencias gemelas» nacen de una incómoda condena a Italia del Tribunal de Estrasburgo (caso Scordino) sobre la determinación de las indemnizaciones en caso de expropiaciones por casusa de utilidad pública. Silvestri recuerda que se planteó la alternativa entre revalorizar la posición expresada en la sentencia 10/1993 o basarse en el nuevo art. 117.1 de la Constitución. La necesidad de ponderar la posición manifestada por el TEDH, en favor de un criterio referido al valor de mercado, con la previsión de la función social de la propiedad proclamada en el art. 42 de la Constitución, condujo a optar por una política de «pequeños pasos» y por tanto inclinarse por la segunda de las alternativas indicadas, proporcionando una interpretación de la disposición constitucional adecuada a la contextualización espacio-tiempo del CEDH, en el ámbito de Europa y de la época contemporánea. SILVESTRI G., «Considerazioni conclusive», en *Osservatorio sulle fonti*, n.º 1/2018 (www.osservatoriosullefonti.it).

legitimidad constitucional, por una eventual violación del art. 117.1 de la Constitución, de exclusiva competencia del Juez de las leyes».

El segundo se refiere a la revalorización por parte de la Corte —como hasta ahora nunca había hecho, pese a haber tenido muchas oportunidades— del nuevo art. 117.1 de la Constitución, el cual «ha colmado una laguna y, en armonía con las Constituciones de otros países europeos, se conecta, prescindiendo de su ubicación sistemática en la Carta constitucional, con el marco de principios que expresamente ya garantizaban a nivel primario la observancia de determinadas obligaciones internacionales asumidas por el Estado».

La referencia al artículo 117.1 de la Constitución permite a la Corte introducir una ulterior hipótesis, además de las conocidas, de posible utilización de la técnica de la denominada norma interpuesta, en base a la cual una ley puede ser declarada inconstitucional también cuando directamente contradice una ley o acto con fuerza de ley, pero que podría decirse que, dada la estrecha vinculación entre ésta última y un precepto constitucional, la contradicción se produce, aunque sea indirectamente, con el propio precepto constitucional (como en el caso más claro de violación por parte de un decreto legislativo de una disposición de la ley de delegación que contiene un principio o criterio objetivo).

El tercero se refiere a la puntualización del orden de colocación del CEDH en nuestro sistema de fuentes y las consecuencias que se derivan para el proceso constitucional. La Corte señala que la calificación de norma interpuesta no significa que a las normas del CEDH se les atribuya la fuerza de las normas constitucionales, conservando sin embargo la naturaleza de fuente primaria y como tal sujeta al control de constitucionalidad, el cual, a diferencia de lo que ocurre con el derecho comunitario, puede y debe desarrollarse respecto de cada disposición constitucional y no sólo respecto de los principios y derechos fundamentales (denominados contra-límites). Por tanto, para evitar la paradoja de expulsar una ley por no respetar otra ley a su vez inconstitucional, la fuente que hace de norma interpuesta (norma del CEDH como ha sido introducida en nuestro ordenamiento) debe ser previamente sometida a control de constitucionalidad.

De esta manera las normas contenidas en el CEDH pueden actualmente adoptar el papel o de parámetro o de objeto en el juicio de constitucionalidad de las leyes, lo que repercute a su vez en el deber de interpretación conforme por parte de los jueces, de acuerdo con lo expresamente indicado por la Corte con respecto a la normativa CEDH, tal como surge en relación con la Constitución.

En el primer caso, de hecho, el juez, para evitar «conformarse» con un derecho inconstitucional, debe cuestionarse primero la conformidad de la disposición del CEDH con la Constitución y solo después de haber resuelto la misma en sentido positivo proceder a la segunda verificación, consistente en la viabilidad de una lectura de la ley de conformidad con el principio del CEDH.

El cuarto se refiere a la revalorización que la Corte constitucional pretendía hacer de la jurisprudencia del TEDH, con toda probabilidad persiguiendo una duplicidad de fines: la de evitar conflictos jurisprudenciales con la Corte Europea y la de reconocer la necesidad de que disposiciones sustancialmente constitucionales —tales como el CEDH—, que tienen una aplicación supranacional tengan, en la medida de lo posible, la misma interpretación en los diferentes Estados que han firmado el Convenio.

Por esta razón, la Corte constitucional tiende a destacar la «especialidad» del Tratado en cuestión con respecto a todos los demás, habiendo éste confiado la función de interpretar las reglas del CEDH a un juez único y específico, precisamente el TEDH, y

saca de ello la consecuencia de que al verificar o referirse a la normativa del CEDH, ésta será asumida con el significado que le atribuye «su» Juez.

Para algunos ello parecía «una llamativa limitación» de la soberanía estatal, al ver una especie de equiparación con la eficacia ahora pacíficamente reconocida de las sentencias interpretativas del derecho comunitario del Tribunal de Justicia, y subrayando también, que en caso del Tribunal de Estrasburgo se trata de una jurisprudencia estrechamente vinculada a los casos concretos examinados y a controversias respecto de las cuales nuestro Estado es extraño.

En un examen más detenido, tal vez esta doctrina no ha extraído necesariamente las consecuencias derivadas de las declaraciones de la Corte, que parecerían atribuir a la jurisprudencia del TEDH, no la eficacia de fuente del derecho que se reconoce a las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia, sino la de «derecho vivo» reconocida desde hace mucho tiempo a la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación, con la obligación de que el Tribunal haga del objeto del examen de la constitucionalidad la norma en el sentido «vivo», que obviamente, como ha sucedido varias veces, podrá ser declarado inconstitucional.

El quinto y último se refiere a la relación entre los dos Tribunales (constitucional y europeo) y consiste en identificar para ambos el mismo objetivo (mejor protección de los derechos fundamentales), pero reconocerles un papel diferente: el europeo proporciona la interpretación del CEDH con el fin de dar uniformidad, a nivel europeo, a la comprensión de los principios del CEDH, la Corte constitucional pretende determinar el posible conflicto entre la legislación nacional y el CEDH, si este último ofrece una garantía «al menos equivalente» y no entra en conflicto con nuestros principios constitucionales.

Por lo tanto, las «sentencias gemelas» abren una nueva fase para Italia, tanto, que casi se puede decir que para toda una serie de aspectos y problemas que veremos más adelante, es como si el CEDH hubiera entrado en vigor muchos años después, y ello puede explicar, aunque ciertamente no justificar, el error muy grave en el que cayó en una ocasión la suprema Corte de casación¹¹.

11 La Corte de casación (ord 13 de junio de 2013, núm. 14903) al replantear una cuestión de constitucionalidad declarada infundada en 1995 por el Tribunal Constitucional, motiva la necesidad de que la Corte constitucional vuelva a la misma cuestión, sobre la base de algunos elementos de novedad normativa sobrevenidos respecto de la declaración de falta de fundamento. Un primer elemento de novedad se centra en la revisión constitucional del art. 111 de la Constitución (1999), mientras que un segundo se ve en la entrada en vigor para Italia del CEDH, con particular referencia al art. 6 del mismo. Acerca de la segunda «novedad», la casación cae en un error de fecha fatal, refiriéndose a la ratificación del CEDH a una ley de 4 de agosto de 1995 n.º 848 (en lugar de, como se sabe, el 4 de agosto de 1955, n.º 848).

No estaría mal si se tratara de *lapsus calami*, lo peor para la Suprema Corte es que en la motivación muestra cómo está realmente convencida de que el CEDH fue ratificado por Italia, y entró en vigor en nuestro país, en 1995. De hecho, la Corte Suprema recurre a este dato en el argumento para justificar la resolución de remisión y la nueva presentación de la cuestión a la Corte constitucional, es decir, la entrada en vigor del TEDH. De hecho, la Corte de casación señala que «ha intervenido la esperada normativa de orden constitucional y comunitario, lo que sin duda ha ratificado la objetividad e imparcialidad del juez entre los principios fundamentales de un juicio justo. (...) ciertamente fue implementada —en el período posterior a la sentencia n.º 46 de 1995— esta nueva regulación específica, que consiste en la modificación del art. 111 de la Constitución, mediante la ley constitucional 2/99, así como por el art. 6 del Convenio de Estrasburgo ratificado con ley de 4 de agosto de 1995 n.º 848. De hecho, no se puede negar que las nuevas disposiciones, que se aprobaron con posterioridad al fallo n.º 46 del Tribunal Constitucional en cuestión —han establecido y fortalecido de manera indiscutible (...) el principio de objetividad del juez «(cursivas añadidas).

Después de 2007, debido al cambio jurisprudencial antes mencionado, se asiste al uso de las normas convencionales como parámetro interpuesto, en un número muy elevado de casos¹² y la jurisprudencia del TEDH viene a fundamentar no solo el parámetro constitucional, sino también a actuar como motivación de la no manifiesta falta de fundamento de la cuestión de la constitucionalidad.

En consecuencia, hay muchos campos materiales que están particularmente afectados por la jurisprudencia europea, entre los cuales, por nombrar algunos, podemos mencionar el derecho de propiedad y la indemnización por expropiación, el proceso penal (derecho de defensa, garantía de contradicción, hipótesis de revisión del juicio penal, principio de *ne bis in idem*), de las leyes de interpretación auténtica y las leyes retroactivas; el matrimonio y reagrupamiento familiar; la reproducción médicamente asistida; o la regulación de la quiebra.

III. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CEDH: LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y, EN PARTICULAR, LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL CEDH Y SU RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONALMENTE CONFORME. EL PREDOMINIO AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN

La última década se ha caracterizado en Italia por un interés cada vez mayor por el CEDH y por la jurisprudencia del TEDH, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, y con ello, inevitablemente, también las relaciones con las disposiciones análogas contenidas en la Constitución en su aplicación práctica por jueces ordinarios y sobre todo por la Corte constitucional.

Son muchos, por tanto, los problemas que han surgido en los últimos años.

Queriendo tratar de resumir los aspectos que considero más interesantes y darles un orden, procederé distinguiéndolos en dos grandes ámbitos materiales: el primero, relativo a la posición de los jueces nacionales (ordinarios y constitucional) acerca de los criterios de interpretación del CEDH y la el valor que tiene para ellos la interpretación del mismo por el TEDH; a los problemas relacionados con la aplicación e inaplicación de las disposiciones convencionales; y a las cuestiones de constitucionalidad planteadas con referencia al CEDH como un parámetro interpuesto.

La segunda área tendrá como objeto los aspectos relacionados con la efectividad y ejecución de las decisiones del Tribunal de Justicia en el sistema legal italiano y el impacto de las mismas en los procesos judiciales.

Partiendo del primero y de los problemas relativos a la interpretación del CEDH, como en la Constitución y debido al contenido «constitucional» particular del CEDH, surge el problema de si los criterios y las técnicas interpretativas normalmente utilizados en relación con las leyes y las fuentes ordinarias son igualmente utilizables también para textos constitucionales.

12 Una cuidadosa investigación de campo, dirigida por Tania Groppi, reveló que en el período posterior a las sentencias gemelas y hasta el 30 de junio de 2016, 164 decisiones de la Corte constitucional han utilizado las disposiciones del CEDH como un parámetro para juicio de constitucionalidad de las leyes. GROPPI T., *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, en *Federalismi.it*, 2016/21.

La solución fue en gran parte en el sentido de que los criterios para interpretar la Constitución deben ser particulares y específicos, especialmente debido a que estos textos se expresan principalmente por principios en lugar de reglas y se caracterizan por la presencia de un «juez propio».

Así, se consideró que los criterios seguidos para la interpretación de la Constitución también pueden extenderse a la interpretación del CEDH y en particular la técnica de la «interpretación evolutiva», en el sentido de tener que tener en cuenta la evolución histórica, cultural y social después de la redacción de la Constitución.

Ciertamente, como se ha señalado¹³, el texto breve y sin antecedentes legales del CEDH deja poco espacio para interpretaciones literales o sistemáticas y el propósito de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención implica necesariamente su actualización constante con respecto a los nuevos significados involucrados. desde el momento de su aprobación.

Esto ha planteado el problema de los límites dentro de los cuales se puede hacer una lectura evolutiva del texto del CEDH, definidos, además de por los precedentes deducibles de la jurisprudencia del TEDH, y por el grado de consenso que una determinada interpretación del Convenio obtiene de los Estados miembros, en el ámbito del margen de apreciación que se les reconoce.

El hecho de haber reconocido que el CEDH puede operar como un parámetro interpuesto para el juicio de constitucionalidad de las leyes, inevitablemente le ha llevado al criterio de la interpretación conforme, desde el momento que el juez que se propone plantear la cuestión de la constitucionalidad en referencia a una disposición del CEDH debe necesariamente confrontar la interpretación de la misma, como resulta de la jurisprudencia del TEDH.

El juez, antes de proponer el asunto al Tribunal Constitucional —y comprobar la existencia de los requisitos de relevancia y de no manifiesta falta de fundamento previstos por la ley— debe verificar si las dudas de conformidad con el CEDH pueden superarse mediante una interpretación de la legislación nacional conforme al CEDH, extendiendo así a la interpretación convencionalmente conforme los mismos criterios desde hace tiempo elaborados con respecto a la necesaria interpretación conforme con la Constitución, que encuentra su base en el instrumento de las sentencias interpretativas de rechazo utilizadas por la Corte desde 1957¹⁴.

13 REPETTO G., «Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en CASSETTI L. (ed.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, p. 21 y ss.

14 La declaración de falta de fundamento con indicación simultánea de la interpretación (la única) que podría haber salvado la ley de la declaración de inconstitucionalidad, mostraba de hecho que, entre las diversas interpretaciones posibles, tenía que ser seguida la que se ajusta a los principios constitucionales. La Corte ha ejercido esta función en una situación de monopolio y son muchas las razones por las cuales la situación de monopolio continuó durante muchos años. El avance se produjo a principios de los años noventa, inmediatamente después de la eliminación de la excesiva acumulación de trabajo y tal vez precisamente para evitar la creación de un nuevo retraso y alargar el proceso de toma de decisiones. De hecho, el Tribunal Constitucional comenzó a valorar positivamente la actividad interpretativa del juez ordinario hasta que llegó a la confirmación en 1996, luego se repitió y se aplicó un número infinito de veces. El Tribunal tuvo ocasión de hacer notar que «las leyes no se declaran inconstitucionales porque sea posible dar interpretaciones inconstitucionales (y algunos jueces quieran dársela), sino porque es imposible dar interpretaciones constitucionales». Dos años después de esta declaración se perfeccionó con la especificación de que el juez no sólo tenía la oportunidad de superar las dudas

La consecuencia de la invitación a la verificación de la interpretación conforme fue, en algunos casos, la falta de homogeneidad de las soluciones seguidas por los jueces individuales, algunos de los cuales también llevaron a cabo interpretaciones muy atrevidas y «creativas» con respecto al dictado normativo. Por otro lado, en varios casos la propia Corte Constitucional ha brindado a los jueces un impulso a la «creatividad», ya que ella misma ha alcanzado, a través del uso de sentencias interpretativas, resultados a veces en abierto contraste con el texto de la ley interpretada.

Dado que en el ordenamiento italiano los poderes del Juez constitucional para interpretar la ley a la luz de la Constitución no son diferentes, ni mayores que los del juez ordinario (solo más autorizados), la actitud de la Corte constitucional no puede inducir a los jueces a comportamientos que son excesivamente «creativos».

El juez que debe plantear una cuestión de constitucionalidad con referencia a los parámetros convencionales y constitucionales, debe verificar preliminarmente la viabilidad de una interpretación conforme, sea con el CEDH, sea con la Constitución.

Si bien es cierto que se trata de una hipótesis que no es fácilmente verificable, sin embargo, puede ser el caso que para el juez se plantee el problema de cuál de los dos debe prevalecer en caso de conflicto.

La Corte constitucional, en relación con un caso muy controvertido y al que volveré más adelante, declaró a este respecto que no se discute que el juez sea competente para asignar a la disposición interna un significado más cercano al CEDH, siempre que no se revele totalmente excéntrico en comparación con la letra de la ley. Sin embargo, el deber del juez ordinario de interpretar el derecho interno de manera coherente con la Convención está, por supuesto, subordinado a la tarea prioritaria de adoptar una lectura conforme a la Constitución, ya que este modo de proceder refleja el predominio axiológico de la Constitución sobre el CEDH.

En la mayoría de los casos, según la Corte, la deseable convergencia de los operadores jurídicos y los tribunales constitucionales e internacionales hacia enfoques compartidos, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos inviolables, ofrecerá una solución al caso concreto capaz de conciliar los principios que pueden inferirse de ambas fuentes. Pero, en las hipótesis extremas en que este camino parece estar bloqueado, no hay duda de que el juez primero debe observar la Carta republicana (sent. 49/2015).

Estas declaraciones de la Corte han sido criticadas por quienes vieron en ellas una visión piramidal y no axiológica de la relación entre las dos Cartas, hablando de un «patriotismo constitucional ingenuo y estéril» expresado por la Corte constitucional mediante la afirmación de la primacía cultural de nuestra Constitución y la ambición de la misma «para ser la Corte de las Cortes»¹⁵.

de constitucionalidad a través de una lectura de la disposición de forma constitucionalmente orientada, sino que tenía la obligación de demostrar que ha intentado tal posibilidad y motivar que no fue posible. Esto so pena de inadmisibilidad de la cuestión. La técnica de interpretación conforme ha producido una disminución significativa de las cuestiones planteadas en vía incidental, e incluso se ha considerado que se había producido un cambio en nuestro modelo de justicia constitucional por vía jurisprudencial, pasando de un modelo concentrado a un modelo de carácter difuso.

15 RUGGERI A., «Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno», en *Diritto penale contemporaneo*, 2015/2.

IV. EL SIGNIFICADO Y LA EFICACIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL CEDH POR PARTE DEL TEDH: LA AFIRMACIÓN DE UN MONOPOLIO DEL TEDH Y LAS SUCESIVAS REDUCCIONES MEDIANTE LOS CRITERIOS DE LA TUTELA MÁS INTENSA, LA NECESARIA VALORACIÓN SISTÉMICA, EL CRITERIO SUSTANCIAL Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN Y DE LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA.

En las «sentencias gemelas» antes mencionadas de 2007, la Corte constitucional declaró, entre otras cosas, el principio según el cual el CEDH en el proceso de constitucionalidad de las leyes, ya sea asumiendo el papel de parámetro interpuesto o de u objeto, debe asumirse con el significado que la jurisprudencia del TEDH ha dado a sus disposiciones. Esto se debe a que, entre las obligaciones internacionales asumidas por Italia con la firma del Tratado, está la de adaptar su legislación al CEDH, en el sentido que le atribuye «su» juez, a quien se le asigna una «función interpretativa eminente»¹⁶.

Al año siguiente, la Corte especificó las anteriores afirmaciones, en el sentido de un monopolio interpretativo por parte del TEDH, cuya interpretación debe por lo tanto considerarse vinculante para el juez (sent. 39/2008), alegando que la peculiaridad de las disposiciones del CEDH, dentro de la categoría de normas interpuestas «consiste en el sometimiento a la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, al que los Estados contratantes, a excepción de un eventual control de constitucionalidad, están obligados a ajustarse».

Sobre la base de estas afirmaciones, se ha observado por la doctrina cómo el papel del juez nacional se ha reducido a la esfera aplicativa, «configurándose como un repetidor de la interpretación que es la que el (único) Tribunal Europeo debe proporcionar, por cuanto es a él al que se le atribuye institucionalmente la interpretación judicial del CEDH»¹⁷ y se ha utilizado la expresión «autoridad de cosa interpretada», para indicar la eficacia reconocida a la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

Posteriormente, esta posición ha sido especificada y sustancialmente redimensionada por la Corte constitucional, que se ha reservado la valoración sobre la medida en que el CEDH, tal como lo interpreta el Tribunal de Estrasburgo, se integra en el ordenamiento constitucional italiano.

Esto ha sucedido también a través de la referencia al criterio «sustancial» de la tutela más intensa otorgada a los derechos fundamentales, en el sentido de que el cumplimiento de las obligaciones internacionales nunca puede conducir a una reducción en el nivel de protección, con la consecuencia de que, en el caso de contraste entre la legislación interna más garantista con respecto al CEDH, según lo interpretado por su juez, es la primera la que debe prevalecer y, en sentido diverso, no puede admitirse que un

¹⁶ En el escrito ya mencionado, el ponente de la resolución en cuestión, Silvestri, explicó cómo el adjetivo «eminente» referido a la jurisprudencia del TEDH había sido utilizado en el sentido de que en la interpretación del CEDH debe reconocerse un papel de absoluta importancia a esta jurisprudencia, pero el adjetivo no tiene el significado de «preeminente» o «vinculante», precisamente para dejar abierta la actividad de contextualización por parte del intérprete. SILVESTRI G., «Considerazioni conclusive», en *Osservatorio sulle fonti*, n.º 1/2018 (www.osservatorio-sullefonti.it).

¹⁷ PASSAGLIA P. (GIOVANNETTI T.), «La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale», en ROMBOLI R. (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 313 y ss.

mayor nivel de protección, que pueda introducirse por esa vía, quede sustraído a los titulares de un derecho fundamental.

Por esta razón, «la comparación entre la protección convencional y la protección constitucional de los derechos fundamentales debe llevarse a cabo con el objetivo de la máxima expansión de las garantías, también a través del desarrollo de las potencialidades inherentes a las disposiciones constitucionales relativas a los mismos derechos» (sent. 317/2009).

El criterio axiológico-sustantivo mencionado anteriormente pone en evidencia la dificultad de identificar exactamente cuál de los dos sistemas de garantía es el que asegura el más alto nivel de protección, resultando así una inevitable indeterminación de la noción y, en consecuencia, un espacio para el intérprete para concretar la misma con respecto a los casos individuales.

Un redimensionamiento de la eficacia vinculante de la interpretación proporcionada por el TEDH se ha derivado de la afirmación de la Corte constitucional según la cual, en cualquier caso, es a ella a quien corresponde valorar el impacto de la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo en el orden interno. Esto se debe a que, si bien se requiere a este último que proteja los diferentes valores en juego de manera fragmentada, ya que está llamado a juzgar sobre la presunta violación de derechos individuales y específicos, la Corte constitucional realiza una evaluación sistémica y no aislada de todos los valores involucrados en la ley examinada y, por lo tanto, requiere una actividad de ponderación que solamente ella puede realizar adecuadamente (sent. 317/2009 y 264/2012).

De esta forma, viene a subrayarse una diferencia institucional en el funcionamiento de los dos Tribunales, que ofrece a la Corte constitucional la posibilidad de desvincularse de la interpretación ofrecida por el TEDH, siempre que la primera considere necesaria una actividad de equilibrio de naturaleza sistemática, sin poner en cuestión así la decisión del Tribunal Europeo con respecto al caso individual específico abordado.

En la misma línea, también debe incluirse la afirmación de que la Corte «tiene derecho a apreciar la jurisprudencia europea consolidada sobre la norma examinada, con el fin de respetar su esencia, pero con un margen de apreciación y de adecuación que le permita tener en cuenta las peculiaridades del ordenamiento jurídico en el que la norma convencional está destinada a insertarse» (sent. 236/2011).

La referencia al respeto «sustancial» de la interpretación del TEDH y el reconocimiento de «un margen de apreciación» permiten a la Corte constitucional hacer valer, con respecto a la jurisprudencia europea, las características del ordenamiento jurídico italiano y, por lo tanto, también seguir una solución que no se adhiere plenamente a la jurisprudencia de Estrasburgo.

La Corte constitucional subraya cómo el TEDH no afecta a las «razones imperativas de interés general» que pueden justificar las intervenciones del legislador nacional incluso de interpretación auténtica de leyes interpretativas anteriores y que el TEDH debe dejar a los Estados contratantes cuanto menos un parte de la tarea y la carga de identificarlos, ya que están en la mejor posición para llevarlo a cabo, tratándose, entre otros, de los intereses que están en la base del ejercicio del poder legislativo. Las decisiones en este ámbito implican, de hecho, una evaluación sistemática de los perfiles constitucionales, políticos, económicos, administrativos y sociales que el Convenio europeo deja a la competencia de los Estados contratantes (sent. 311/2009).

Una posición decisiva a favor del margen interpretativo que debe reconocerse al tribunal nacional en relación con las interpretaciones del CEDH por parte del TEDH está representada por la decisión con la que la Corte constitucional ha puntualizado las condiciones en presencia de las cuales la interpretación del Tribunal Europeo puede considerarse vinculante para el juez.

La Corte constitucional ha observado que en las relaciones con el TEDH, los tribunales nacionales no deben considerarse receptores pasivos de una orden exegética dada en un primer pronunciamiento, sino —la lógica del enfrentamiento constructivo entre diferentes jueces y, por lo tanto, del carácter progresivo del derecho jurisprudencial, sin vértice— que impone que solo un «derecho consolidado», generado por la jurisprudencia europea, sea el que el juez interno está obligado a considerar al basar su proceso interpretativo, y que esto no ocurre frente a fallos que no son expresivos de una orientación que ha devenido definitiva, excepto en el caso de una «sentencia piloto» (sent. 49/2015).

La Corte constitucional también señala que, para poder considerar cierta interpretación proporcionada por el TEDH como «consolidada», el juez puede usar una serie de índices, que incluyen: la creatividad del principio establecido, en comparación con la estela tradicional de la jurisprudencia europea; cualquier punto de distinción, o incluso contraste, con respecto a otras resoluciones del Tribunal de Estrasburgo; la recurrencia de opiniones disidentes, especialmente si se apoyan de deducciones robustas; la circunstancia de que lo que se decide provenga de una simple sección y no haya recibido el respaldo de la Gran Sala; la duda de que, en el caso concreto, el juez europeo no haya estado en condiciones de apreciar las características peculiares del ordenamiento jurídico nacional, extendiendo los criterios de juicio elaborados hacia otros Estados miembros que, a la luz de esos rasgos se muestran, en cambio, poco adecuados para el caso italiano.

Frente a una jurisprudencia del TEDH que no puede considerarse consolidada o que no está contenida en una «sentencia piloto» en sentido estricto, no hay ninguna razón, según la Corte constitucional, que obligue al juez ordinario a compartir la línea interpretativa adoptada por el TEDH para decidir una controversia particular. Parece entonces que se entiende que no todas las interpretaciones expresadas por el juez de Estrasburgo poseen la misma eficacia y que solo unas pocas pueden considerarse vinculantes para el juez nacional.

Una autorizada magistrada constitucional (Marta Cartabia), que participó en la discusión y aprobación de la sentencia 49/2015, ha proporcionado una explicación del importante y muy discutido pronunciamiento.¹⁸ La conocida constitucionalista milanesa ha observado cómo las sentencias no pueden, a los efectos de la interpretación, ser consideradas como un texto legislativo: interpretar una sentencia no es lo mismo que interpretar una ley. Esto habría tardado en emerger ya que nuestra experiencia de *civil law*, a pesar del peso ahora adquirido por la jurisprudencia, ha impedido hasta ahora asimilar los criterios desarrollados por la experiencia del *common law* para evaluar el valor y la importancia de la precedente judicial. Es decir, qué significa la sumisión al

18 CARTABIA M., «Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali», en PADULA C. (ed.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, p. 229 y ss.

precedente y el principio de *stare decisis*, cómo reconocer los *obiter dicta*, las reglas de *distinguishing*.

El propósito de la sentencia 49/2015, por lo tanto, habría sido abrir estos criterios con el fin de ayudar al juez a entender cuáles son las restricciones derivadas de las sentencias del TEDH, sin leer los pronunciamientos como si se tratara de leyes.

La decisión en cuestión ha sido objeto de muchas críticas por parte de la doctrina italiana, que ha resaltado cómo expresa una visión formalista y no axiológica de las relaciones entre los textos constitucionales y, sobre todo, las incertidumbres que pueden derivarse de la noción incierta de «jurisprudencia consolidada» y de los criterios indicados para su identificación. En particular, se señaló que el concepto recuerda de alguna manera al de «derecho vivo» y cómo la jurisprudencia del TEDH es una jurisprudencia casuística y, siendo claramente un caso siempre diferente del otro, no tendría sentido hablar de jurisprudencia consolidada o derecho vivo¹⁹ y cómo quedaría sin respuesta la cuestión de cuál es el valor y la eficacia de la jurisprudencia del TEDH que no pueda calificarse como una «sentencia piloto», ni como la jurisprudencia consolidada.

En este sentido, se ha observado que la jurisprudencia no consolidada termina siendo considerada un «derecho *in progress* y, por lo tanto, un no derecho»²⁰.

Para ilustrar el difícil uso de los criterios indicados por la Corte constitucional, se presentaron ejemplos de casos en los que una decisión importante de la Gran Sala tenía un alcance claramente innovador en comparación con la jurisprudencia anterior del TEDH (como en el caso reciente relacionado con el principio *ne bis in idem*), pero que seguramente no podría ser ignorado o no tomado en cuenta.

También en consideración a esto, se han avanzado interpretaciones de la sentencia 49/2015 para reducir los efectos negativos derivados de una aplicación literal de los principios expresados en ella.

Así, se ha propuesto negar carácter vinculante sólo a aquellas decisiones del TEDH que representen cambios abruptos y inmotivados en comparación con la orientación jurisprudencial anterior²¹ o atribuir a la jurisprudencia del TEDH el efecto de obligar a todos los jueces y operadores jurídicos a «tener en consideración» ésta, pero con la posibilidad, sin embargo, de apartarse de ella en nombre de argumentos de carácter sustantivo que tiendan a lograr la solución más garantista en el caso concreto²².

La respuesta del TEDH a la sentencia 49/2015 vino en buena medida de la STEDH de 27 de agosto de 2015, sobre el caso Parrillo, relativa a la posibilidad de calificar el juicio de inconstitucionalidad sobre las leyes en vía incidental como una sentencia necesaria para el agotamiento de recursos a nivel nacional y, por lo tanto, a los efectos de la admisibilidad del recurso individual. El TEDH reiteró a este respecto que «en el ordenamiento jurídico italiano, los litigantes no tienen derecho a presentar una solicitud directamente ante la Corte constitucional. Solo el juez que determina los méritos del caso

19 SORRENTI G., «Sul triplice rilievo di Corte cost, sent. 49/2015 che ridefinisce i rapporti fra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo», en *Forum di quaderni costituzionali*, 7 dicembre 2015.

20 CONTI R., *La Cedu assediata?*, en *Consultaonline*, 2015/1.

21 SORRENTI G., «Sul triplice rilievo di Corte cost, sent. 49/2015 che ridefinisce i rapporti fra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo», en *Forum di quaderni costituzionali*, 7 dicembre 2015.

22 ROSSI P., «L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?», en *Osservatorio sulle fonti*, n.º 1/2018 (www.osservatoriosullefonti.it).

tiene la posibilidad de dirigirse a la Corte constitucional, a instancia de una de las partes o de oficio. En consecuencia, este recurso no puede ser un remedio para el cual se requiere agotamiento en virtud del Convenio»²³.

En la opinión concurrente, cinco jueces de la Gran Sala señalaron que —después de las sentencias «gemelas» de 2007 que requieren que el juez ordinario, ante la imposibilidad de una interpretación conforme, devuelva la cuestión de constitucionalidad a la Corte constitucional de conformidad con el art. 117.1 de la Constitución— habrían estado a favor de considerar que en Italia se habría insituido un verdadero derecho de las partes para obtener el control de la constitucionalidad de una ley que no estaba en línea con la jurisprudencia de Estrasburgo. El punto de inflexión contenido en la sentencia 49/2015, sin embargo, volvió a eliminar esta conclusión, debido a la relativización de la eficacia vinculante de las sentencias del TEDH.

V. LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY CONTRARIA A LAS DISPOSICIONES DEL CEDH Y LA PROPOSICIÓN DE LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL. EL CONTROL DE LAS LEYES ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DEL CEDH

Con respecto al diferente fenómeno de la inaplicación por el juez ordinario de la ley nacional considerada contraria a las disposiciones del Convenio, se había verificado, como ya se mencionó, que algunos jueces decidieron aplicar al ordenamiento del CEDH las mismas reglas válidas para el ordenamiento de la Unión Europea, procediendo así a una «desaplicación» directa (o no aplicación) de la ley sin pasar por el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Esto justifica la declaración categórica contenida en las sentencias «gemelas» según las cuales el juez puede (y debe) en estos casos utilizar el CEDH como regla interpuesta para plantear ante la Corte constitucional una cuestión por presunta violación del art. 117.1 de la Constitución. Frente a la rotunda afirmación de la Corte, ciertamente no fue posible tener dudas al respecto, ni avanzar con diferentes interpretaciones.

A este respecto, constituye un hecho nuevo la aprobación del Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y, en particular, el art. 6.2 y 3 de la misma según el cual «la Unión se adhiere al CEDH» y «los derechos fundamentales garantizados por el Convenio (...) y que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del derecho de la Unión como principios generales».

En opinión de algunos, las innovaciones introducidas por el Tratado habrían llevado a un cambio en la ubicación de las disposiciones del CEDH en el sistema de fuentes, como para hacer que la mencionada concepción de las «reglas interpuestas» ahora esté desactualizada.

23 Esta afirmación ha sido discutida por Marta Cartabia en el texto que acabo de mencionar, sobre el supuesto que comparto de que el tribunal italiano no tiene el simple derecho de acudir, de oficio o a instancia de parte, a la Corte constitucional para plantear una cuestión de constitucionalidad relacionada con una ley. Una vez resuelta positivamente la existencia de los requisitos exigidos por la ley (pertinencia y no manifiesta de falta de fundamento) el juez tiene la obligación de proponer el asunto al juez constitucional y ciertamente no a una mera facultad.

A la luz del nuevo texto del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, estas disposiciones se habrían convertido en parte integrante del Derecho de la UE: con la consecuencia de que los tribunales ordinarios estarían facultados para no aplicar normas internas que se consideren incompatibles con las normas del Convenio, sin tener que activar el control de constitucionalidad.

También en este caso, la Corte constitucional ha sido muy clara al excluir tal efecto, en el sentido de que no se puede alegar ningún argumento a favor de la posibilidad de no aplicar una ley contraria a la Convención por estar prevista la adhesión de la Unión Europea al CEDH, por la sencilla razón de que la adhesión aún no se ha producido, por lo que, independientemente de cualquier otro remedio posible, la resolución del párrafo 2 del nuevo art. 6 del Tratado sigue siendo, en la actualidad, todavía improductivo de efectos. La identificación precisa de éstos obviamente dependerá de las modalidades específicas a través de las cuales se realice la adhesión en sí misma.

En cuanto a la referencia al CEDH contenida en el párrafo 3 del mismo art. 6 —según el cual los derechos fundamentales garantizados por el Convenio «y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales»— se trata, según la Corte, de una disposición que retoma, como ya se ha mencionado, el esquema del anterior párrafo 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea: evocando así una forma de protección preexistente al Tratado de Lisboa (sentencia 80/2011).

Si el juez ordinario tiene dudas sobre la compatibilidad de una disposición legislativa nacional con una disposición del CEDH y el texto de la ley no permite al juez superar la duda mediante una interpretación conforme con el Convenio, el juez está obligado a verificar primero si la previsión convencional es respetuosa con los principios constitucionales. De lo contrario, debe plantear la cuestión de la constitucionalidad de la ley de ratificación del CEDH, en la parte en que introdujo en nuestra legislación una disposición que es contraria a la Constitución. Si se considera en cambio la conformidad de la CEDH con la Constitución, el juez está obligado a plantear una cuestión de constitucionalidad de la disposición legislativa por violación directa del Convenio e indirecta del art. 117.1 de la Constitución (teoría de la norma interpuesta).

Después de las sentencias «gemelas», muchas han sido, como ya se ha dicho, las cuestiones de constitucionalidad con las que los jueces ordinarios denunciaron una supuesta violación del CEDH, ya sea como único parámetro invocado para la declaración de inconstitucionalidad o, más a menudo, junto con otros parámetros constitucionales.

En muchos casos, la Corte constitucional evitó utilizar el parámetro convencional, enfrentando y evaluando la censura de la constitucionalidad solo con referencia a los «otros» parámetros constitucionales y luego juzgando que el vicio denunciado por un supuesto contraste con el CEDH era «absorbido».

Sin embargo, esto no excluye que, aun cuando no se haya manifestado explícitamente²⁴, la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la solución de las cuestiones de

²⁴ Así, por ejemplo, con respecto a la decisión de la Corte constitucional sobre el derecho del niño a conocer su identidad natural y el derecho absoluto y permanente al anonimato de la madre (véase STEDH de 25 de septiembre de 2012, caso Godelli y sent. Corte constitucional 278/2013) o sobre el derecho del niño al apellido materno (STEDH de 7 de enero de 2014, caso Cusan y Fazzo y sent. Corte constitucional 286/2016).

constitucionalidad haya sido decisiva en muchas ocasiones para llevar a la Corte constitucional a un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Ha surgido un problema muy particular en relación al control de las leyes en vía incidental en referencia a la violación de las disposiciones del CEDH, con respecto a la hipótesis de que el objeto de la cuestión de la constitucionalidad sean disposiciones legislativas anteriores a la entrada en vigor del CEDH.

Se trata de un problema análogo a lo que se planteó con respecto a las leyes anteriores a la Constitución cuando la Corte constitucional comenzó a funcionar, es decir, si debería, en estos casos, afirmar el principio de constitucionalidad o el de derogación, con la aplicación del principio temporal de la sucesión de leyes a lo largo del tiempo.

En este caso, la Corte constitucional, en su primera frase (1/1956), dejó abierta la posibilidad de ambas soluciones, reconociéndose a sí misma la posibilidad de verificar también la legitimidad de las leyes antes de la Constitución, pero sin excluir la posibilidad de que el juez aplicara el principio de derogación expresa.

Incluso para la presunta violación del CEDH, se planteó el problema de las leyes previas a la aprobación del CEDH y la Corte constitucional lo resolvió equiparando esta hipótesis con la de las leyes posteriores al CEDH (sentencia 39/2008).

VI. LOS CASOS MÁS EVIDENTES DE CONFLICTO ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TEDH: A) EL TRATAMIENTO ECONÓMICO DEL PERSONAL DE ATA TRANSFERIDO DE LOS ENTES LOCALES AL ESTADO; B) «LAS PENSIONES SUIZAS»; C) LA CONFISCACIÓN URBANÍSTICA EN CASO DE SUBDIVISIÓN ILEGAL

El tránsito de la fase en la que la Corte constitucional y el TEDH prácticamente se ignoraban, especialmente por la actitud adoptada por la primera, a la fase de «diálogo», ha determinado, junto con muchos elementos positivos, también el incremento de conflictos, más o menos fuertes, entre los dos Tribunales.

A los efectos de este artículo, vale la pena mencionar los tres casos que se pueden considerar como aquellos en los que el contraste se ha evidenciado de una manera más fuerte y casi disruptiva.

Los dos primeros tienen como objeto de las leyes de interpretación con las que el Parlamento proporcionaba, con efecto retroactivo, la interpretación correcta de una ley previa, con efectos incluso en los procesos pendientes. Fenómeno con respecto al cual la jurisprudencia constitucional se reveló a lo largo de los años bastante condescendiente con el legislador²⁵.

25 La jurisprudencia constitucional sostenía que no era decisivo comprobar si la disposición impugnada tenía en realidad carácter efectivamente interpretativo (y por lo tanto fuera retroactiva) o era innovadora, con eficacia retroactiva, ya que en ambos casos se trataba de determinar si la retroactividad de la ley, cuya prohibición no ha sido declarada a nivel constitucional a excepción de en materia penal, encuentra una justificación adecuada en términos de razonabilidad y no entra en conflicto con otros valores e intereses protegidos por la Constitución. Por lo tanto, la norma censurada, cuando se ha considerado la expresión de la función de interpretación auténtica, no puede considerarse lesiva de los cánones constitucionales de razonabilidad y los principios generales de protección de la confianza legítima y de

El primer caso se refiere a la transferencia del personal ATA de enseñanza (Administración, Técnicos y Auxiliares) de las autoridades locales al Estado, que había comportado para dicho colectivo unas condiciones económicas que eran más desventajosas que las disfrutadas anteriormente.

Tras los recursos judiciales, parcialmente estimados por la jurisdicción, el legislador había aprobado una ley de interpretación auténtica con la que había dado una interpretación favorable a los intereses económicos del Estado y perjudicial para los recurrentes.

En relación con esta ley, se planteó una cuestión de constitucionalidad por presunta violación de numerosos principios constitucionales, incluidos los de razonabilidad de la ley, derecho de defensa, confianza legítima del ciudadano, autonomía e independencia de los órganos jurisdiccionales.

La Corte constitucional declaró que la cuestión carecía de fundamento, refiriéndose a su jurisprudencia establecida en materia de leyes de interpretación auténtica (sentencia 234/2007).

Después de las resoluciones «gemelas», la cuestión volvió a presentarse, esta vez con referencia a la presunta violación del art. 6 CEDH, según la interpretación del TEDH y con referencia al art. 117.1 de la Constitución. La Corte constitucional también excluyó el defecto de constitucionalidad, al referirse a los «motivos imperativos de interés general» establecidos en la jurisprudencia europea para legitimar la intervención del legislador nacional.

El recurrente apeló entonces al TEDH, que en cambio se expresó en términos muy diferentes, declarando que las razones imperativas de interés general estaban indicadas por la necesidad de remediar un defecto técnico de la ley original y observando que «el objetivo declarado por el gobierno, es decir, la necesidad de llenar un vacío legal y eliminar la disparidad en el trato entre los trabajadores, en realidad tenía como objetivo preservar solo el interés económico del Estado, reduciendo el número de casos pendientes ante los tribunales italianos».

Por lo tanto, la TEDH consideró que la intervención legislativa impugnada no estaba justificada por razones imperativas de interés público general y, por lo tanto, era contraria al art. 6.1 CEDH (STEDH de 7 de junio de 2011, caso Agrati).

La Corte constitucional respondió unos meses más tarde al citar el fallo mencionado por el TEDH y observando que hay margen para que el legislador intervenga retroactivamente, dado que «de lo contrario, si tal intervención se considerara una injerencia indebida con el propósito de influir en la resolución de una disputa, la regla misma estaría destinada a seguir siendo una mera enunciación, desprovista de significado concreto» (sent. 257/2011).

Por último, el TEDH sostuvo que el personal de ATA que se destinó a las funciones del Ministerio sin reconocimiento de antigüedad previa debía ser restituido a la misma situación que si la violación del Convenio no hubiera ocurrido (es decir, si el gobierno no hubiera requerido la interpretación del artículo 8 de la ley de 3 de mayo de 1999, n.º 124 de una manera diferente a la interpretación dada por la suprema Corte de Casación) y por

seguridad jurídica, en cuanto se limita a asignar a la disposición interpretada un significado reconocible como una de las posibles lecturas del texto original, sin que tal operación deba necesariamente estar encaminada a resolver contrastes jurisprudenciales, pudiendo así el legislador aclarar el significado de las normas cuando existan orientaciones homogéneas (sent. 74/2008).

lo tanto tiene el derecho de recibir, a modo de satisfacción equitativa, la diferencia entre el tratamiento económico percibido y lo que hubiera obtenido en ausencia de la intervención de la «interpretación» (STEDH de 8 de noviembre de 2012, caso Agrati).

El segundo caso se refería a la regulación de las pensiones de los trabajadores italianos en el extranjero (específicamente en Suiza) y a una ley de interpretación auténtica a través de la cual se proporcionaba una lectura de la disposición interpretada en un sentido restrictivo y perjudicial para los destinatarios, con efecto retroactivo, también para los procesos pendientes.

La correspondiente cuestión de constitucionalidad había sido declarada infundada por la sentencia 172/2008, que consideró que la disposición impugnada asignaba a la disposición interpretada un significado ya deducible de la misma, garantizando también la racionalidad global del sistema de seguridad social, ya que evitaba que, frente a una pequeña contribución abonada en el país extranjero, se pudiera obtener los mismos beneficios que aquellos que habían trabajado exclusivamente en Italia y podían obtenerlos gracias a una contribución mucho más onerosa.

La Corte de Casación se adhirió a esta doctrina (8 de agosto de 2011, n.º 17076) considerando que la disposición en cuestión constituía una norma efectiva y decididamente de interpretación auténtica destinada a aclarar el alcance de la disposición interpretada y, por lo tanto, no perjudicial para el principio del debido proceso de conformidad con el art. 6 CEDH, constituyendo un ejercicio legítimo de la función legislativa.

Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo, al pronunciarse sobre el mismo asunto como resultado de un recurso directo, consideró que la misma disposición había conducido a una violación de los derechos de los recurrentes, interviniendo decisivamente para impedir que el resultado del procedimiento en el que eran partes les fuese favorable (STEDH de 31 de mayo de 2011, caso Maggio).

Con referencia explícita a la mencionada decisión del TEDH, se propuso nuevamente la cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional, esta vez invocando un parámetro diferente, es decir, el art. 117.1 de la Constitución, que impone a la ley (estatal y/o regional) el respeto de las obligaciones internacionales. La Corte constitucional, retomando su propia jurisprudencia, argumentó que el cumplimiento de las obligaciones internacionales nunca puede ser la causa de una reducción de la protección respecto de la ya establecida por el derecho interno, pero puede y debe ser una herramienta efectiva para ampliar dicha protección. Por esta razón, la comparación entre las diferentes regulaciones y por lo tanto entre los tribunales debe llevarse a cabo con el objetivo de la «máxima expansión de las garantías».

A tal fin, debe reconocerse a la Corte una función de ponderación entre los diferentes intereses constitucionalmente protegidos que entran en juego, ya que la protección de los mismos no puede lograrse mediante una valoración fraccionada de los derechos individuales (como puede ser en algunos casos la jurisprudencia de Estrasburgo), sino sistémica y, por lo tanto, valorando también el «margen de apreciación» nacional.

Esta es la piedra angular seguida por la Corte italiana para armonizar las dos jurisprudencias diferentes: una actividad de ponderación o equilibrio que en última instancia sólo puede corresponder al Juez constitucional nacional que está en mejores condiciones para llevar a cabo esta tarea, pero que no significa «primacía» del ordenamiento nacional, sino más precisamente «integración de las tutelas».

Usando esta «clave» la Corte concluye que, en la actividad de ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, respecto a la tutela del interés subyacente al parámetro especificado prevalece la protección de los intereses antagonicos de igual rango constitucional, claramente implicados en la regulación contenida en la disposición impugnada, en relación con la cual existen intereses generales preeminentes que justifican el uso de la legislación retroactiva. De hecho, los efectos de esta disposición se incluyen en el marco de un sistema de seguridad social que tiende a equiparar los recursos disponibles y las prestaciones otorgadas, también en cumplimiento de la restricción impuesta por el párrafo 4 del artículo 81 de la Constitución, y asegura una racionalidad general del sistema mismo, impidiendo alteraciones de la disponibilidad económica a expensas de algunos contribuyentes y en beneficio de otros, y asegurando así el cumplimiento de los principios de igualdad y solidaridad, que, por su carácter fundamental, ocupan una posición privilegiada en el equilibrio con otros valores constitucionales. En realidad, la ley se inspira en los principios de igualdad y proporcionalidad, ya que toma en cuenta el hecho de que las contribuciones pagadas en Suiza son cuatro veces más bajas que las pagadas en Italia y por lo tanto opera una reparación directa para conseguir que las contribuciones sean proporcionales a las prestaciones, nivelando así el trato a unos y otros, evitando las desigualdades y haciendo sostenible el equilibrio del sistema de seguridad social para garantizar a quienes se benefician de sus servicios (enviado 264/2012)²⁶.

Posteriormente, el TEDH volvió a referirse a la cuestión de las «pensiones suizas» y volvió a considerar que la regulación italiana de interpretación auténtica contrasta, no solo con los principios del debido proceso (artículo 6.1 del CEDH), sino también con una valoración patrimonial en relación al sistema de cálculo de las pensiones que habría dado lugar a una carga excesiva para los demandantes sin un equilibrio adecuado de los intereses en juego (STEDH de 15 de abril de 2014, caso Stefanetti).

Fundamentándose sobre el único motivo del *novum* representado por esta STEDH (Stefanetti), se planteó una ulterior cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional, que fue declarada inadmisibile. La Corte observó en particular cómo la indicación de un umbral (fijo o proporcional) y un límite máximo de reducción de las «pensiones suizas» —con el fin de una *reductio ad legitimitatem* de la disposición impugnada, que impida su impacto en las pensiones en la medida en que resulte lesivo para los preceptos convencionales y nacionales evocados—, así como la identificación del remedio, congruente y sostenible, capaz de salvaguardar el contenido esencial del derecho lesionado, son evidentemente necesarias pero obviamente presuponen la elección entre una pluralidad de soluciones sometidas, como tales, a la discreción del legislador.

La Corte, al declarar la inadmisibilidad de la cuestión, sostuvo sin embargo que «sería inaceptable la prolongación excesiva de la inercia legislativa sobre el grave problema denunciado por el Tribunal de Estrasburgo» (sent. 166/2017).

El tercer caso se refiere a la regulación italiana de la confiscación urbanística en caso de subdivisión ilegal.

26 La Corte constitucional encuentra una confirmación de la corrección de su argumentación en el hecho de que el TEDH en la citada sentencia *Maggio* (a diferencia de lo que sucedió con la sentencia *Agrati* un poco más adelante), condena a Italia por violación del art. 6 CEDH, pero excluye la violación del art. 1 del Protocolo n.º 1, desde el punto de vista de la injerencia en el disfrute pacífico de los bienes a través de la reducción de la pensión.

El TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la misma, entendiendo que en caso de absolución del delito de subdivisión ilegal, motivado por un error de prohibición, la confiscación de todos los terrenos subdivididos ilegalmente y los inmuebles construidos ilegalmente vulnera el art. 7 CEDH y el art. 1 del Protocolo 1 del mismo Convenio, siendo una sanción penal cuya aplicabilidad en el presente caso no estaba claramente prevista por la ley y además desproporcionada al objetivo de protección ambiental perseguido (STEDH de 20 de enero de 2009, caso Soc. Sud Fondi).

A ello siguió una sentencia de inadmisibilidad de la Corte constitucional de la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 44, segundo párrafo, del D. P. R. de 6 de junio de 2001 n.º 380, en la parte en que se requiere que el juez penal, en presencia de una subdivisión ilegal comprobada, disponga de la confiscación de los terrenos y obras construidas ilegalmente, independientemente del juicio de responsabilidad y en perjuicio de personas no relacionadas con los hechos. La inadmisibilidad se basa en la insuficiente motivación en cuanto a la relevancia y por no haber demostrado el juez la imposibilidad de una interpretación de la disposición impugnada de conformidad con la normativa internacional (referida al CEDH) tal y como se interpreta por el TEDH. En esa ocasión, la Corte constitucional especificó que «sólo si la adaptación interpretativa, que parece necesaria, es imposible o si el eventual “derecho vivo” que se forme al respecto genera dudas sobre su legitimidad constitucional, esta Corte puede ser llamada a enfrentar el problema de la presunta inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley».

En la jurisprudencia de la Corte de Casación prevalecía la interpretación según la cual se puede ordenar la confiscación de los terrenos incluso en presencia de una causa extintiva del delito, como la prescripción, siempre que se establezca la existencia de una subdivisión abusiva desde un punto de vista objetivo y subjetivo, en el contexto de un proceso que asegure el principio contradictorio y la adecuada comparecencia de los interesados, y que verificara la existencia de perfiles al menos de culpabilidad, bajo la apariencia de imprudencia, negligencia y *culpa in vigilando* de los sujetos en contra de los cuales se impone dicha medida (Sentencia de Casación de 4 de febrero de 2013, n.º 17066).

Posteriormente, el TEDH intervino nuevamente y declaró la violación del art. 7 CEDH y del art. 1 Protocolo. n.º 1 en el caso en el que el tribunal penal solicitó la confiscación de los terrenos subdivididos ilegalmente y de los inmuebles construidos sobre ellos con la sentencia de sobreseimiento por extinción del delito debido a la prescripción (STEDH de 29 de octubre de 2013, caso Varvara).

Haciendo referencia a este último fallo, se elevó una nueva cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional, con referencia al art. 117.1 de la Constitución. La Corte consideró la cuestión inadmisibile refiriéndose al principio, anteriormente mencionado y discutido, de la necesaria «consolidación» de la jurisprudencia de TEDH para que la misma puede ser considerada como vinculante para el juez.

La Corte constitucional concluye que los tribunales *a quibus* eran muy conscientes de que no se trataba de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo, y por tanto, no sólo no estaban obligados a extrapolar de la STEDH Varvara el principio de derecho del cual se han servido para motivar las cuestiones planteadas, sino que deberían haberse atenido a una lectura contraria a la misma. Esta lectura es de hecho compatible con el texto de la sentencia y con los detalles del caso, más acorde con la lógica tradicional de la

jurisprudencia europea, y aún así respetuosa con el principio constitucional de subsidiariedad en materia penal, así como con la discrecionalidad legislativa en política criminal, que incluye la opción (interna) de la naturaleza administrativa de la sanción.

VII. LA EFICACIA Y APLICACIÓN EN ITALIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH. LA STEDH COMO FUENTE DEL DERECHO: LOS CASOS DE RESTITUCIÓN DE LOS ACTOS POR «NOVUM» SUPERVENIENS. LOS OBSTÁCULOS PROCESALES: LA SUPERACIÓN DE LA COSA JUZGADA PENAL (EL CASO DORIGO) Y EL PROBLEMA ANÁLOGO EN MATERIA CIVIL Y ADMINISTRATIVA

Abordamos ahora el segundo conjunto de los problemas indicados, es decir, las cuestiones relacionadas con la eficacia y la aplicación de las sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico italiano.

No es necesario subrayar cómo el rol y la naturaleza del Tribunal Europeo han evolucionado de una matriz esencialmente internacional a una que podríamos llamar constitucional.

En la primera fase, prevaleció el aspecto relativo a la protección de los derechos individuales, la naturaleza meramente declarativa de la decisión, con la obligación estricta y específica para los Estados de la reparación equitativa, cuando así se disponía, habida cuenta de una mayor discrecionalidad de éstos para cumplir la obligación de eliminar las causas de la violación.

Posteriormente, la actividad de TEDH parecía estar más proyectada hacia la protección del interés general y el respeto del derecho objetivo, a través de una integración, en la práctica, de lo previsto literalmente en el art. 41 CEDH, moviéndose más y más a menudo más allá de la satisfacción equitativa, a través de la indicación de medidas específicas, tales como introducir cambios estructurales en el ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto, son precisamente las sentencias las que indican la necesidad de *restitutio in integrum* y de cambios en el ordenamiento las que han planteado los mayores problemas para su ejecución en el ordenamiento italiano.

Sobre la posibilidad de calificar la sentencia del TEDH como fuente de derecho, puede ser útil recordar dos decisiones de la Corte constitucional, en las cuales se devolvieron a los jueces *a quibus* las actuaciones relativas a las cuestiones de constitucionalidad planteadas sobre la base de un cambio en la jurisprudencia del TEDH.

En el primer caso se trató la cuestión de la constitucionalidad de la ley sobre la reproducción médica asistida, en la parte en que excluía la posibilidad de recurrir a la práctica de la inseminación heteróloga.

El TEDH con una primera resolución de una de sus secciones (Sección I, 1 de abril de 2010, caso SH), consideró que dicha exclusión era contraria a los principios expresados por el CEDH y, sobre la base de esa decisión, algunos jueces italianos plantearon la cuestión de la constitucionalidad de la ley 40/2004 ante la Corte constitucional.

En espera de la decisión, se había emitido una segunda resolución sobre el mismo caso, esta vez por la Gran Sala, que por el contrario consideró que la legalidad o no de la inseminación heteróloga formaba parte del «margen de apreciación» que debe reconocerse en cada Estado (STEDH de 3 de noviembre de 2011).

La Corte constitucional (ord. 150/2012), recordando la importancia que debe reconocerse en las sentencias del TEDH, calificó la sentencia sobrevenida como un «*novum* que afecta directamente la cuestión de la legitimidad constitucional, tal como se ha propuesto» y por lo tanto devolvió las actuaciones a los tribunales *a quibus* para un reexamen de la relevancia, justificándolo también con la afirmación de que, de lo contrario, no habiendo podido los jueces *a quibus* dialogar sobre la base de la sentencia sobrevenida, se habría alterado el esquema del juicio de las leyes en vía incidental.

En esta ocasión, la Corte utilizó deliberadamente el término «*novum*» *superveniens*, casi como algo que surge entre el «*ius*» y el «*factum*», no obstante atribuyendo, básicamente, a la sentencia de la Gran Sala el efecto hasta ahora reconocido por el *ius superveniens*²⁷

En el segundo caso, la cuestión de la constitucionalidad tenía como objeto la regulación legal que no excluye la posibilidad de establecer una sentencia penal respecto de los mismos hechos para los cuales ya se ha impuesto definitivamente una sanción administrativa, al término de un procedimiento administrativo. El juez denunció la violación del principio de *ne bis in idem*, refiriéndose al art. 4, protocolo 7, del CEDH, como norma interpuesta, de conformidad con el art. 117.1 de la Constitución.

En particular, la autoridad judicial basó las dudas de constitucionalidad en la interpretación de la disposición convencional resultante de la jurisprudencia del TEDH, según la cual una sanción puede considerarse esencialmente delictiva o penal por su carácter represivo o preventivo y subrayó cómo esta jurisprudencia tuvo como objeto hipótesis completamente asimilables al objeto del proceso *a quo* (sanciones administrativas por evasión fiscal).

En el período comprendido entre la emisión de la resolución de remisión y la decisión de la Corte constitucional se produjo un cambio de jurisprudencia inesperado por parte de la Gran Sala del TEDH, que, al tiempo que confirmaba el carácter sustancialmente penal de la sanción administrativa afflictiva, superó la lectura exclusivamente procesal del principio de *ne bis in idem* (imposibilidad de iniciar el proceso penal en presencia de una sanción administrativa definitiva) para pasar a una noción sustancial del mismo, invitando a los jueces a evaluar, en este caso, el tipo de conexión sustancial y temporal existente entre los dos procedimientos. El TEDH de hecho ha excluido la violación del artículo 4, Protocolo 7, CEDH cuando entre el proceso administrativo y el proceso penal es evidente una conexión suficientemente estrecha en el nivel sustantivo y temporal (STEDH de 15 de noviembre de 2016, casos A y B c. Noruega).

Al devolver las actuaciones al tribunal *a quo*, la Corte constitucional habla de un «cambio jurisprudencial» que podría producir efectos en la relación entre los procedimientos administrativo y penal y concluye que «el cambio en el significado de la normativa interpuesta, sobrevenido a la orden de remisión, como resultado de un fallo de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo que expresa el «derecho vivo» europeo, implica la

27 La decisión de devolver las actuaciones al tribunal *a quo* es un tipo de pronunciamiento no previsto por la ley, sino creado por la jurisprudencia de la Corte constitucional, que en consecuencia ha tenido diferentes aplicaciones a lo largo del tiempo.

En los últimos años, la devolución se utiliza casi exclusivamente para la hipótesis de un cambio normativo (*ius superveniens*) que va a afectar a la ley objeto de la cuestión de constitucionalidad, para solicitar al juez una nueva evaluación de relevancia o no manifiesta falta de fundamento de la cuestión planteada.

La jurisprudencia constitucional ha equiparado la modificación normativa, a los fines de la devolución, las sentencias de inconstitucionalidad y las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

devolución de las actuaciones al tribunal nacional, a los efectos de una nueva evaluación sobre la relevancia de la cuestión de la legitimidad constitucional» (sent. 43/2018)²⁸.

En estos casos, la Corte constitucional utiliza expresiones como «*novum*», «nueva regla», «cambio de sentido» y no la de «*ius superveniens*», que es la utilizada para las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, para evitar expresiones demasiado exigentes, pero no se puede descartar que el tratamiento reservado para las decisiones del TEDH se equipare significativamente, en cuanto a los efectos, a una fuente del derecho²⁹.

Los obstáculos, dados los límites que encuentra el TEDH en su actividad como garante del CEDH, han sido principalmente de dos tipos:

- a) de naturaleza procesal;
- b) en razón a la naturaleza legislativa del acto que debe suprimirse.

Con respecto a lo primero, me propongo referirme principalmente al tema la cosa juzgada y al valor, también de significación constitucional, que se le reconoce a la misma para la garantía de seguridad jurídica.

Dado el carácter subsidiario del recurso ante TEDH y por lo tanto la necesidad de haber agotado previamente todos los recursos que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos para la protección de sus derechos, es natural que la resolución del TEDH puede estar en conflicto con la cosa juzgada que mientras tanto se ha producido a nivel nacional. De ahí la necesidad de conciliar el respeto a la cosa juzgada, y los valores que expresa, con la obligación de ejecutar las sentencias del TEDH de conformidad con el art. 46 CEDH.

Este aspecto se ha hecho aún más evidente, desde el momento que se ha ido prestando más atención a la ejecución de las sentencias del TEDH a causa del requerimiento cada vez más frecuente de obligaciones de restitución y de intervenciones normativas o paranormativas destinadas a proponer la superación de la cosa juzgada o controlar el cumplimiento de las decisiones de Estrasburgo.

Con respecto a la cosa juzgada penal, la experiencia italiana está vinculada al conocido caso Dorigo, por lo que vale la pena volver a analizarlo y, con él, explicar cómo se ha resuelto el problema en Italia.

28 En la primera hipótesis se trataba del mismo caso, decidido en primera instancia por una sección, y luego, a petición del gobierno italiano, por la Gran Sala; mientras que en la segunda, frente a una jurisprudencia consolidada, incluso de la Gran Sala, sobreviene un cambio claro de la misma mediante un pronunciamiento de la Gran Sala.

29 Si es clara la diferencia en el régimen del derecho originario y derivado de la Unión Europea (aplicación directa, primacía, etc.) respecto al del CEDH (fuente definida por la Corte como de nivel infra constitucional), el tema específico del relieve que un pronunciamiento jurisdiccional puede asumir para la devolución de las actuaciones parece estar relacionado principalmente con el carácter más o menos vinculante para el juez de la interpretación expresada en la sentencia. En otras palabras, lo que asume importancia es el posible «cambio de significado de la ley» objeto de la pregunta, que induce al juez constitucional a solicitar, como sucede en el caso de *ius superveniens*, un nuevo examen por parte del juez *a quo*.

Parece bastante razonable, más allá de su calificación, cómo una interpretación de la norma objeto de la cuestión o incluso del parámetro, directo o interpuesto, que resulta para el juez absolutamente vinculante, si la misma ocurre después de la resolución del orden de remisión, justifique una devolución de las actuaciones. En este caso, de hecho —a diferencia de un hecho que incide sobre la relevancia del específico proceso principal, pero no cambia la cuestión relativa a un acto normativo general y abstracto—, la sentencia sobrevenida va a afectar al contenido del acto normativo del mismo modo que un cambio normativo (de interpretación auténtica).

La Comisión Europea (9 de septiembre de 1998) había encontrado en el proceso penal contra el Sr. Dorigo una violación de la garantía del principio de contradicción y por lo tanto declaró la violación del art. 6 de la Convención.

En consecuencia, la Corte de Casación consideró que la fuerza de cosa juzgada penal era «inaplicable», con la consecuencia de que la persona condenada ya no tendría que expiar la parte restante de la pena (sent. el 25 de enero de 2007, n.º 2800).

Posteriormente se planteó, en referencia también al art. 6 CEDH, una cuestión de constitucionalidad que sin embargo fue declarada infundada por la Corte constitucional (sent. 129/2008), que al hacerlo consideró que «no podía eximirse de dirigir al legislador una invitación urgente a tomar las medidas consideradas más idóneas para permitir que el ordenamiento se adecue a las sentencias del TEDH que han encontrado, en los procesos penales, violaciones de los principios consagrados en el art. 6 del CEDH»³⁰.

Siguiendo esta sentencia, los jueces ordinarios, y en particular la Corte de Casación, han procedido en varios supuestos a buscar una solución «justa» mediante interpretaciones conformes bastante atrevidas, cuando no a través de una «desaplicación» pura y dura de la ley procesal.

La cuestión de la constitucionalidad fue nuevamente elevada a la Corte constitucional, esta vez con referencia específica al art. 117.1 de la Constitución y el art. 46 CEDH.

También en consideración de la inercia del legislador a su «invitación urgente», esta vez la Corte llega a una declaración de inconstitucionalidad de la norma procesal, valorando así que la obligación de cumplir con las decisiones del TEDH debe prevalecer sobre el principio, también importante, de cosa juzgada. En particular, declara la inconstitucionalidad del art. 630 del Código procesal penal, en la parte en la que no contemplaba un caso de revisión «diferente», de entre los previamente regulados, específicamente dirigido a permitir la reapertura del proceso, cuando sea necesario, de conformidad con el art. 46, 1. CEDH, para cumplir con un fallo final del TEDH (sentencia 113/2011).

La Corte atribuye a los jueces la tarea de evaluar también cómo las causas de la falta de equidad del juicio reveladas por el Tribunal Europeo deben traducirse tanto en vicios de los actos procesales como en el derecho interno, adoptando en la nueva sentencia todas las medidas consiguientes para eliminarlos, al tiempo que subraya que el legislador obviamente sigue siendo libre de regular con una normativa diferente —incluso

30 La Corte Constitucional observa que la cuestión de la legitimidad constitucional surge de la ausencia —en el sistema procesal penal— de un remedio apropiado, destinado a poner en práctica la obligación del Estado de cumplir (incluso a través de una eventual renovación del proceso) las sentencias definitivas del TEDH, en el caso en que se ha verificado la violación del Convenio o sus Protocolos.

La Corte recuerda cómo el Comité de Ministros y la Asamblea del Consejo de Europa, estigmatizaron con reiteradas resoluciones, resoluciones provisionales y recomendaciones —precisamente en referencia a la historia del Sr. Dorigo— la inercia del Estado italiano al adoptar las medidas correctivas adecuadas y cómo el Comité de Ministros —después de las «advertencias» anteriores— expresamente deploró «el hecho de que, más de seis años después de la declaración de infracción en este caso, las autoridades italianas no han tomado ninguna medida para cancelar en la medida de lo posible las consecuencias de la violación (*restitutio in integrum*) y que no se han implementado soluciones alternativas, como la concesión del indulto presidencial». De la misma manera, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución n.º 1516 (2006) —aprobada el 2 de octubre de 2006, sobre la implementación de las sentencias del TEDH— deploró el hecho de que «en Italia y, en cierta medida, en Turquía, la ley aún no prevé la reapertura de los procesos penales en los que el Tribunal había constatado violaciones del CEDH y estos dos Estados no han tomado otras medidas para restablecer el derecho de los demandantes a un juicio justo a pesar de las solicitudes apremiantes y reiteradas del Comité de Ministros y la Asamblea».

desplazada por la introducción de un instituto autónomo y distinto— el mecanismo para adaptar los pronunciamientos definitivos del Tribunal de Estrasburgo, así como dictar normas sobre aspectos específicos del mismo, sobre los que este Tribunal no podría intervenir, ya que implican decisiones discrecionales (como, por ejemplo, la previsión de un plazo de caducidad para la presentación de la solicitud de reapertura del juicio, a partir de la sentencia definitiva del Tribunal Europeo).

La decisión arriba mencionada fue unánimemente apreciada por la doctrina, que señaló que la Corte no se había limitado a «importar un producto» del sistema convencional, sino que ha «eliminado una barrera aduanera» entre ambos sistemas (Cartabia) o cómo la elasticidad de la cosa juzgada puede entenderse referida al meta-principio de la maximización de la tutela, lo que permite a la Constitución italiana dar lo mejor de sí³¹.

Refiriéndose a la misma decisión, se planteó una nueva cuestión de constitucionalidad mediante la cual se pidió a la Corte constitucional que ampliara la conclusión alcanzada con respecto al juicio penal a los procesos civiles y administrativos. La Corte (sentencia 123/2017) no estimó la cuestión, señalando que de la jurisprudencia del TEDH no surge, en materias diversas a la penal, un deber general de adoptar la medida de restitución de la reapertura del proceso y cómo se trata en materia civil y administrativa el problema del respeto al principio contradictorio, toda vez que la sentencia ante el TEDH se produce en contradicción entre el recurrente y el Estado autor de la presunta violación, con la presencia sólo eventualmente de las demás partes que participaron en el proceso interno³².

VIII. SIGUE: LOS OBSTÁCULOS DE CARÁCTER NORMATIVO: LA PRESENCIA DE UNA LEY QUE HA DETERMINADO LA VIOLACIÓN DEL CEDH O IMPEDITIVA DEL RESULTADO REQUERIDO POR EL TEDH. EL DIFERENTE ROL DE LOS JUECES, LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN FAVOR DE LA PARTE VENCEDORA EN ESTRASBURGO Y LA DIFERENTE POSICIÓN DE LOS SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN EN LA MISMA SITUACIÓN SUSTANCIAL

El segundo tipo de obstáculo para la ejecución de una sentencia del TEDH que requiere cambios estructurales con el fin de la *restitutio in integrum* puede estar representado por la presencia de una norma nacional a la que se pueda atribuir el incumplimiento del CEDH o que en cualquier caso contraste con consecución del resultado requerido por el TEDH.

31 RUGGERI A., «Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)», en *Osservatorio costituzionale Aic*, 1/2018, 5 febbraio 2018.

32 La Corte constitucional destaca que las personas que participaron en el proceso nacional no deben ser notificadas del recurso ante el TEDH y cómo se remite (Artículo 36.2 del TEDH) a la evaluación discrecional del Presidente del mismo Tribunal para «invitar» a cada persona interesada presentar observaciones por escrito o participar en audiencias».

La Corte también señala que «una apertura sistemática del proceso convencional a terceros —al cambiar las fuentes convencionales o en virtud de su interpretación adaptativa por el TEDH— facilitaría el trabajo del legislador nacional», en el sentido de superar la cosa juzgada también en asuntos civiles y administrativos.

En este sentido, parece necesario distinguir si se trata de ejecutar la sentencia del TEDH en favor de la parte vencedora en el proceso convencional o de un sujeto diferente que se encuentra en la misma situación o similar. Y en este segundo caso podríamos diferenciar, aún más, entre los que tienen un proceso pendiente en Estrasburgo (que podría beneficiarse de una sentencia piloto), los sujetos que todavía no han recurrido y aquellos que pertenecen al mismo Estado condenado por la STDEH o a incluso otro Estado.

En el primer caso (parte vencedora en Estrasburgo) el Estado sin duda debe, de conformidad con el art. 46 CEDH, implementar la sentencia de condena del TEDH, pero frente a una legislación interna contrastante cabe preguntarse quién puede (o debe) intervenir (juez, Corte constitucional, legislador) y qué poderes se le pueden reconocer al respecto.

La tesis, en mi opinión, más convincente es la que considera, en este caso, que el juez está legitimado para ejecutar la sentencia europea, ya que la presencia de la misma viene a determinar un nuevo elemento, a nivel normativo, que viene a integrar la «regla» que el juez debe aplicar al caso específico.

La regla general y abstracta de la ley, a la cual el juez está constitucionalmente sujeto, reemplaza una regla específica derivada de la sentencia y del art. 46 CEDH, y al criterio jerárquico le sustituye el de la especialidad³³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez no procede a una no aplicación, sino a aplicar una nueva regla y esto, como lo señaló Repetto³⁴, puede ocurrir en presencia de cuatro supuestos:

- a) que el recurrente sea la parte vencedora en Estrasburgo, pudiendo sólo él beneficiarse del arte. 46 CEDH;
- b) que exista, en la legislación nacional, un recurso interno que permita a la parte llevar su caso ante un juez;
- c) que la sentencia del TEDH sea autoaplicativa, o sea, que el resultado pueda lograrse sin la necesidad de una regulación detallada y no plantee una pluralidad de posibles soluciones;
- d) que la «regla» convencional no esté en conflicto con los principios constitucionales.

Si no es la parte vencedora en Estrasburgo, no hay remedio ante un juez, la sentencia no es autoaplicativa o la regla está en conflicto con los principios constitucionales, el juez debe plantear una cuestión de constitucionalidad y solo la intervención de la Corte constitucional puede superar el obstáculo representado por una ley. Por todo ello, la doctrina habla de la existencia de una «doble vía» para la ejecución de sentencias del TEDH.

En este sentido, como se ha dicho, no podríamos utilizar la noción de no aplicación, que no se reconoce al juez con respecto al sistema del CEDH, ni tampoco la de

³³ PADULA C., «La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale», en PADULA C. (ed.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, p.159 y ss.

³⁴ REPETTO G., «L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"», en *Diritto pubblico*, 2014, p. 1075 y ss.

interpretación conforme³⁵. De hecho, no parece posible distinguir la noción de interpretación conforme y los límites que ésta encuentra en particular con respecto al texto normativo, dependiendo de si es utilizada por el juez «*a monte*» (antes de la sentencia del Tribunal) o «*a valle*» (para dar ejecución a la misma), en el sentido de que en el segundo momento se debe considerar incrementada la carga preceptiva de la interpretación conforme, de tal modo que es posible ir mucho más allá que cuando se lleva a cabo la misma operación en el primer momento.

Por el contrario, sobre la base de lo que acabamos de decir, parece correcto el planteamiento³⁶ según el cual la sentencia del TEDH introduciría un «*novum*» normativo que hasta ese momento los tribunales nacionales no habrían podido tomar en consideración y que les permite completar la protección.

Pasando ahora al caso de sujetos que se encuentran en la misma situación que el recurrente pero que no han recurrido o aún no han obtenido un pronunciamiento del TEDH, y excluyendo el supuesto de una sentencia de condena contra un Estado distinto, la situación dentro del Estado condenado, cuando se trata de una decisión que se refiere a una situación estructural, es bien diferente.

En Italia, se ha dado este supuesto y se llegó a una conclusión, que podemos exponer a través de la reconstrucción del famoso caso Scoppola.

El TEDH había condenado a Italia por violación del art. 7.1 CEDH (STDEH el 17 de septiembre de 2009, caso Scoppola), afirmando que el Estado italiano estaba obligado a garantizar que la pena de cadena perpetua —*ergastolo*— impuesta al demandante fuera reemplazada por otra que no excediera la pena de prisión de treinta años.

La decisión había sido ejecutada por la Corte de Casación (sent. el 28 de abril de 2010, n.º 16507), que había procedido a anular el fallo anterior, que había adquirido firmeza, considerando «inaplicable» la fuerza de cosa juzgada «por el nuevo hecho» de la sentencia europea, dada la absoluta claridad de la misma y la obligación que se deduce del art. 46 CEDH para el Estado italiano.

Ante la solicitud de aplicación de la misma solución a otras partes que se encontraban en la misma situación que Scoppola, pero que no habían recurrido ante el Tribunal de Estrasburgo, la Corte de Casación había procedido en algunos casos a extender la misma solución, mientras que el Pleno de la misma decidió plantear la cuestión de la constitucionalidad (ord. 10 de septiembre de 2012), encontrando una restricción insuperable a la extensión antes mencionada en el tenor literal de la ley, que claramente no permitiría tal resultado.

La Corte constitucional (sent. 210/2013) consideró correcta la aplicación directa por parte de la Corte de Casación con respecto a Scoppola y que la sentencia del TEDH debe aplicarse también a otros casos que presenten las mismas características, sin necesidad de un recurso específico ante el TEDH.

Con respecto a las formas en que se puede lograr este resultado, la Corte observa que existe una «diferencia radical» entre los destinatarios de una decisión del TEDH y los que, por otro lado, no se encuentran en la misma situación sustancial. En este segundo caso, dado que el juez no puede proceder a la no aplicación de la legislación nacional, está

35 MALFATTI E., «L'interpretazione conforme nel «seguito» alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo», en *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1288 y ss.

36 *Ibidem*.

obligado a plantear la cuestión de la constitucionalidad para permitir que sea eliminada por el Tribunal Constitucional³⁷.

IX. UNA NOTA PARA REFLEXIONAR
SOBRE ALGUNAS HIPÓTESIS FUTURAS:
A) LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH;
B) LA ENTRADA EN VIGOR DE LA PREJUDICIALIDAD
CONVENCIONAL A QUE SE REFIERE EL PROTOCOLO XVI;
C) LAS POSIBLES REFORMAS DEL SISTEMA ITALIANO
DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL PARA UN DIÁLOGO
MÁS FRUCTÍFERO CON LOS TRIBUNALES EUROPEOS:
EL RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO Y LA TRANSICIÓN
A UN SISTEMA «DUAL»

Para concluir me gustaría desarrollar algunas consideraciones, de manera sintética y a modo de apuntes sobre los que se podría reflexionar en otra ocasión, a cerca de las perspectivas futuras del tema abordado en este escrito, obviamente siempre con referencia particular a la situación italiana.

Quisiera referirme en particular a tres aspectos:

- a) la previsión de la adhesión a la UE del CEDH;
- b) la muy reciente entrada en vigor del Protocolo XVI del CEDH;
- c) las posibles reformas del sistema de justicia constitucional italiano para adaptarlo mejor a las relaciones que se han establecido en los últimos años con el TEDH (y también con el Tribunal de Justicia de la UE).

Sobre el primer aspecto, como sabemos, se encuentra aún a la espera de implementación la previsión del art. 6.2 del Tratado de funcionamiento de la UE que estipula que la UE se adhiera al CEDH, precisando que esto no implicará cambios en las competencias definidas en los Tratados.

Sin perjuicio del papel y las funciones ejercidas por el Tribunal de Justicia, parece preverse que el TEDH debería asumir la competencia para juzgar el respeto del Convenio no solo por los Estados, sino también por la Unión, con la consecuencia de tener también que interpretar la legislación de la UE y juzgar sobre las sentencias del Tribunal de Justicia por presunta violación del CEDH. Sobre este punto es conocida la posición claramente negativa expresada por este último en el Dictamen del 18 de diciembre de 2014, en el que se solicitaba, entre otras cosas, que para cualquier procedimiento ante el TEDH que tuviera como objeto el derecho comunitario, se debería transmitir a los órganos de la Unión Europea una información completa y sistemática, a fin de verificar si el Tribunal

³⁷ Estos mismos principios fueron posteriormente confirmados por la Corte constitucional, con respecto a la normativa nacional sobre reproducción médicamente asistida, en relación con el posible diagnóstico de implantación a parejas no estériles que son portadoras sanas de enfermedades genéticamente transmisibles. Se trata de la ejecución de la STEDH de 28 de agosto de 2012, caso de Costa y Pavan, y la consiguiente sentencia de la Corte constitucional 96/2015.

de Justicia se habría pronunciado sobre la interpretación correcta o no, y en caso de no ser así, activar el procedimiento correspondiente. De lo contrario, la jurisdicción del Tribunal de Justicia se vería perjudicada.

Ciertamente, ya existen bastantes razones para creer que, si alguna vez se implementara la disposición, las relaciones entre los dos tribunales europeos, con repercusiones inevitables también en los tribunales nacionales, tendrían que encontrar un nuevo equilibrio, debiendo, entre otras cosas, conciliar el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con el carácter subsidiario del recurso ante el TEDH³⁸.

Además de la relación «entre Tribunales», casi con toda certeza surgirá una relación entre «Cartas», es decir, entre el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Se ha observado³⁹ que las disposiciones de los Tratados de adhesión de la UE se colocan al mismo nivel de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, por tanto, en una posición intermedia entre los Tratados originarios y el derecho derivado. En consecuencia, la Carta de Derechos, a la que se reconoce formalmente el mismo valor que los Tratados, se ubicaría en una posición formalmente superior al CEDH, que se coloca en el nivel de principios generales.

En cuanto a los problemas que pudieran surgir de dicha adhesión, uno sin duda estaría vinculado a la posibilidad de proceder a una no aplicación directa de la legislación nacional, en contraste con el CEDH, como resultado de la «comunitarización» de la misma, con la consiguiente extensión del mismo régimen. Como ya he mencionado, la Corte constitucional (sentencia 80/2011) ha excluido que, sobre la base del art. 6.2 del Tratado, los jueces puedan proceder a la no aplicación, pero la motivación se basó principalmente en la falta de implementación de esta disposición, por lo que la cuestión se volvería ciertamente a proponer una vez que se implementara.

El segundo aspecto, en cambio, se refiere a un procedimiento no solo previsto sino también muy recientemente implementado, es decir, la posibilidad de solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos por el CEDH o sus protocolos⁴⁰

Existen muchas expectativas en este instrumento para mejorar las relaciones entre los tribunales, especialmente para evitar recurrir al TEDH o prevenir condenas, por ejemplo, en relación con vulneraciones de naturaleza estructural, dictando una especie de sentencias piloto tempranas, como ha sostenido el Presidente del TEDH, Raimondi, en la entrevista concedida a Diletta Tega⁴¹

38 RANDAZZO A., *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017.

39 CARDONE A., «Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato», en PADULA C. (ed.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, p. 65 y ss.

40 El Protocolo XVI del CEDH, de hecho, tras la ratificación de Francia, entró en vigor el 1 de agosto de 2018. De conformidad con el art. 8 de lo mismo eran necesarias, de hecho, diez ratificaciones ahora alcanzadas con diez países que han depositado la ratificación, a saber, Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania.

Italia ha firmado el protocolo, pero aún no ha depositado el instrumento de ratificación.

41 El presidente Raimondi revela que en el TEDH que hay jueces favorables y contrarios a las disposiciones del Protocolo XVI, especialmente por temor a un aumento en la carga de trabajo. Raimondi se declara a favor porque lo considera un instrumento que puede aumentar las posibilidades de diálogo con los tribunales nacionales y porque, en este contexto, el TEDH puede expresar principios generales, mientras que en su actividad normal sólo decide

A pesar de que el objeto de los dictámenes sean «cuestiones de principio», parece indudable que la institución debe considerarse como una cuestión prejudicial y, por lo tanto, concreta, dado que la opinión puede solicitarse «solo en el ámbito de una causa pendiente ante» la autoridad requirente y que ésta «debe motivar la solicitud de opinión y presentar los elementos pertinentes inherentes al contexto jurídico y fáctico de la causa pendiente».

Dada la naturaleza prejudicial, será inevitable que se plantee el problema de colocarla en relación con las otras dos resoluciones prejudiciales que ya operan en el ordenamiento jurídico italiano, o sea, la de carácter constitucional ante la Corte constitucional y la comunitaria ante el Tribunal de Justicia⁴².

En el proyecto de ley presentado por el gobierno italiano para la ratificación del Protocolo XVI, la autoridad solicitante solo tiene la facultad (y no la obligación) de suspender el proceso pendiente a la espera del dictamen. La previsión suscita cierta perplejidad, ya que la solicitud se hace con respecto a un procedimiento específico en curso, por lo que parece paradójico que, después de solicitar la opinión, el juez proceda sin esperar la respuesta del TEDH, con el riesgo de decidir de manera diferente con respecto a lo que después será el dictamen. Un aspecto decisivo será la identificación de las «autoridades judiciales» con derecho a solicitar el dictamen, que se ha dejado a la elección de cada una de las partes contratantes, y por tanto a la opción discrecional de poder político.

En el proyecto de ley del gobierno italiano entre las autoridades judiciales no figura, increíblemente, la Corte constitucional, lo que limitaría seriamente la finalidad perseguida por los dictámenes preventivos a que se refiere el Protocolo XVI⁴³.

La naturaleza sólo facultativa de la solicitud de dictamen y, sobre todo, el carácter no vinculante del mismo, son elementos que deben examinarse a través de la aplicación práctica de la institución, pudiéndose también verificar que estas características asuman después en realidad una dimensión exactamente opuesta a la que resulta de la letra del Protocolo.

Sobre el tercer aspecto, relativo a las posibles reformas para ajustar el sistema italiano de justicia constitucional a las exigencias derivadas de la relación con los otros tribunales, un conocido constitucionalista italiano (Amato) se ha preguntado si son realmente útiles tres ordenamientos diversos, con tres tribunales diferentes para garantizar su observancia, y cuál es su función.

A esta pregunta podemos dar una respuesta positiva si la relación entre los diferentes tribunales y los diferentes jueces es la de diálogo e integración recíproca, manteniendo como objetivo, un poco compartido por todos, la máxima protección de los

sobre casos específicos. TEGA D., «Corte di Strasburgo e stati: dialoghi non sempre facili. Intervista di Diletta Tega a Guido Raimondi», en *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 463 y ss.

42 En este sentido, recientemente la Corte constitucional procedió a una importante integración de su jurisprudencia con respecto a la denominada doble prejudicialidad (constitucional y comunitaria). Hasta entonces, de hecho, la jurisprudencia constitucional era absolutamente clara al requerir la prioridad del recurso a Luxemburgo, pero con la sentencia 267/2017 ha estimado que, cuando se toma en consideración una disposición de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene prioridad la Corte constitucional.

43 De hecho, las solicitudes de un dictamen consultivo pueden ser instadas por las siguientes autoridades judiciales: Corte de Casación, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y Consejo Administrativo de Justicia para la Región de Sicilia. La exclusión de la Corte constitucional ha sido casi unánimemente criticada, así, por ejemplo, fue considerada «sorprendente» por Groppi y «deplorable» por Cartabia.

derechos fundamentales⁴⁴. No sería así si, en cambio, se tuvieran que verificar solapamientos innecesarios y, por lo tanto, contrastes inevitables.

En este sentido, Marta Cartabia ha hablado de «crisis», respecto a la situación de solapamiento entre la Corte constitucional y el TEDH, poniendo acertadamente de relieve la necesidad de definir un orden en las relaciones entre los dos Tribunales. Excluida por casi todo el mundo la posibilidad de recurrir al criterio jerárquico y por lo tanto de disponer una sistematización jerárquica de los diversos tribunales, el criterio a seguir que parece más correcto es el de establecer un orden de acceso e intervención en la materia de los diferentes protagonistas, evitando definir lo más importante en base al hecho de quién habla el último.

En este sentido, podríamos considerar, con Cartabia, que es preferible que el Juez Constitucional sea el primero en actuar, porque está más cerca de la cuestión y porque opera a través de un instrumento (el juicio en vía incidental) que une la visión objetiva con la subjetiva y por tanto viene a colocarse en la mejor posición.

Sería muy útil la previsión de un instrumento adecuado que facilite el diálogo y la integración entre las diferentes jurisprudencias (incluyendo ciertamente el nuevo procedimiento referido en el protocolo XVI), para la realización de esa interpretación «circular» sostenida hace tiempo por Antonio Ruggeri, según la cual no se puede establecer un orden jerárquico entre las diferentes interpretaciones conformes, debiendo cada una apreciar cuánto más o mejor puede dar cada Carta (y por lo tanto cada Tribunal).

El largo tiempo transcurrido desde que se tomaron en Italia las decisiones sobre el modelo de justicia constitucional que opera actualmente y, más recientemente, los nuevos y diferentes problemas planteados por la tutela supranacional y la necesidad de introducir instrumentos adecuados para conciliar mejor los diversos niveles de protección, llevan a cuestionar la necesidad u oportunidad de proceder a una integración del sistema actual.

Un impulso podría derivar de la jurisprudencia del TEDH mencionada anteriormente con respecto a la introducción en Italia de un recurso individual directo, que pueda ser calificado como uno de los recursos que necesariamente deben interponerse antes de acudir ante el TEDH conforme al principio de subsidiariedad, y con el fin de permitir que la Corte constitucional se pronuncie antes que el TEDH.

En el debate que hubo en Italia sobre la introducción de un recurso directo, personalmente todavía considero que una valoración de los costes y beneficios, en su conjunto, se resuelve en la dirección opuesta a la introducción del recurso directo, al menos en el sentido del amparo constitucional español⁴⁵.

Por último, sería posible pensar, como lo he propuesto en otra ocasión⁴⁶, en una transformación del modelo italiano «mixto» a otro «dual», que se caracteriza por la coexistencia de un control difuso y un control concentrado, coordinados entre sí de manera distinta. Esta es la experiencia actual, en diversas formas, en Portugal, Brasil y Perú,

44 Giuliano Amato, en el escrito mencionado en el texto, señala que no es necesario elegir entre la derecho europeo y las tradiciones nacionales de derechos, pero debemos entender que más allá de cierto límite la uniformidad no puede ser, pero más allá de un cierto límite las diferencias destruyen nuestra unidad, por lo tanto, es necesario encontrar un equilibrio entre las dos instancias.

45 CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio jurídico europeo, Madrid, 2012.

46 ROMBOLI R., «I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli», en *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n.º 3/2014.

donde un modelo originariamente difuso fue posteriormente «agregado» a otro concentrado, sin eliminar, sin embargo, el primero.

En nuestro caso, la experiencia evidentemente debería seguir el camino inverso, es decir, «agregar» el modelo difuso al concentrado que existe ahora.

Ante un supuesto conflicto entre una ley o acto con fuerza de ley nacional y la Constitución, el CEDH o la legislación de la UE, la posición del juez siempre debe ser la misma, planteando así la alternativa entre desaplicación o no aplicación de la ley y la proposición de la cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional. De esta forma, esta última asumiría un papel fundamental de conexión a nivel interno respecto de la interpretación de la Constitución y de la ley a la luz de ella y, sobre todo, de interlocutor activo y privilegiado con los tribunales europeos, con respecto a los cuales podría hacer valer con más eficacia las exigencias y posiciones nacionales emergentes, en lo que respecta a las tradiciones constitucionales y el margen de apreciación del Estado.

TITLE: The influence of the ECHR and the European Court's case law on the Italian constitutional system

ABSTRACT: The essay focuses on the level of influence that the ECHR and the European Court's case law exercise on the Italian constitutional system, revealing how important it has been to collocate the Convention in the sources of law's system and to recognize that it has the same level of ordinary statutes. It is particularly underlined how, in Italy, the ECHR influence started with the "twins judgments" of the Constitutional Court in 2007, which helped the use of the ECHR as a parameter, of the constitutional legitimacy of statutes. This created a much closer contact with the European Court and, consequently, many possible occasions for conflicts, which are widely analyzed. Particular attention is dedicated to the importance of the European Court's interpretation of the ECHR and to the effectiveness of the condemnations of the States by the European Court, highlighting two obstacles: the ones depending on procedure law, with special reference to the value of judgments, and the ones depending on substantial law, with special reference to the existence of a national statute. In this second case, the solution is different depending if we consider the situation of a subject that is part of the trial or the one of a subject that hasn't been apart of it. The essay concludes with some short considerations about some future or present events, such as the entry into force of Protocol number 16 of the ECHR and a possible reform of the Italian constitutional justice system.

RESUMEN: El ensayo examina la influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento constitucional italiano, señalando la considerable importancia que tuvo, en ese ámbito, la ubicación de la Convención en el sistema de fuentes y la atribución a la misma del nivel de ley ordinaria. En particular, se evidencia cómo en Italia la influencia del Convenio ha comenzado a partir de las denominadas «sentencias gemelas» de 2007 de la Corte Constitucional, pues la interpretación del Constitucional permitió que se utilizara el CEDH como parámetro en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. Eso dio lugar a un contacto más estrecho con el TEDH y, por tanto, también a posibles casos de conflicto, que se analizan detalladamente. Se presta especial atención a la eficacia de la interpretación del CEDH por el TEDH y al tema de la eficacia de las sentencias que condenan a los Estados, indicando dos tipos de obstáculos: los de carácter procesal, es decir, el valor de la cosa juzgada y los de carácter normativo, a saber, la presencia de una ley nacional. En este segundo caso, se subraya como la solución es diferente dependiendo de si se consideran los efectos de las sentencias del TEDH respecto de la parte que resultó victoriosa en el proceso ante el TEDH o de otros sujetos que están en la misma condición sustancial, pero que no estaban presentes en el proceso que terminó con la condena. El escrito finaliza con unas breves observaciones sobre algunos acontecimientos recientes o futuros, como la entrada en vigor del Protocolo XVI del CEDH, la adhesión de la Unión Europea al CEDH y una eventual reforma del modelo de justicia constitucional italiano.

KEY WORDS: ECHR. Italian constitutional system.

PALABRAS CLAVE: CEDH. Sistema constitucional italiano.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.07.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS POLÍTICOS NACIONALES: *DEMOCRACIA CONVENCIONAL Y MARGEN DE APRECIACIÓN*

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

*Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO

- I. Democracia y derechos humanos en el Convenio de Roma de 1950. II. La idea de democracia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. Debate (parlamentario) democrático y margen de apreciación nacional.

I. DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1950

La influencia del Convenio de Roma de 1950 sobre los ordenamientos de los cuarenta y siete Estados partes es, a día de hoy, indudable. No fue así hasta los años ochenta o incluso comienzos de los noventa del siglo pasado, cuando el sistema europeo de protección de los derechos humanos estaba ausente en los planes de estudio de la mayoría de las Facultades de Derecho del continente y era en gran medida desconocido por los juristas e ignorado por los tribunales y los legisladores nacionales. Seguramente por este motivo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue definido, en afortunada expresión de J. Frowein, como una suerte de «bella durmiente» (*sleeping beauty*) durante su primer cuarto de siglo de existencia¹. La guerra fría, además de poderosas razones vinculadas a la cultura jurídica dominante en aquellos años, pueden explicar la realidad a la que me acabo de referir².

Nada de todo esto sucede en la actualidad, cuando el Convenio se ha convertido en parte de los discursos cotidianos de los docentes universitarios en aquellas mismas

1 En «European Integration through Fundamental Rights», *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, 1984, p. 8.

2 K.J. ALTER, L.R. HELFER, M.R. MADSEN, *How Context Shapes the Authority of International Courts*, iCourts Working Paper Series, n.º 18, 2015.

Facultades, los abogados lo utilizan en defensa de los intereses de sus representados, los jueces lo emplean en la motivación de sus sentencias y los Parlamentos tienen presentes los estándares convencionales en el momento de la producción normativa. Con cuanto acabo de dejar escrito solo quiero poner de relieve que el Convenio de Roma forma parte hoy en día de las fuentes del Derecho con las que cualquier jurista europeo trabaja cotidianamente y que esto no era así hace solo veinte años, aunque el texto abierto a la firma en el Palazzo Barberini de Roma el 4 de noviembre de 1950 vaya a cumplir en 2018 sesenta y cinco años desde su entrada en vigor.

Algo muy similar podría decirse del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya actividad fue muy escasa en los primeros años de su existencia: desde su constitución en 1959 hasta 1975 pronunció únicamente diez sentencias y hasta 1998, antes de la entrada en vigor del Protocolo XI, es decir, en casi cuarenta años, un total novecientas cincuenta. Durante varios decenios su jurisprudencia fue desconocida y, por lo mismo, ignorada en su aplicación práctica. Ningún Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo europeo citó jurisprudencia de Estrasburgo antes de los años ochenta, y solo en tiempos muy recientes los precedentes del TEDH se han convertido en contenido más o menos habitual de las sentencias de aquellos Tribunales. Una tendencia muy similar se puede observar en la actividad de los legisladores de los diversos Estados europeos, mucho más atentos en la actualidad de cuanto no lo estuvieron en el pasado a las decisiones del TEDH, incluso cuando es otro el Estado destinatario.

El Convenio es hoy mucho más visible y está mucho más presente en el espacio público. Esta nueva realidad se debe en gran medida a la actividad del TEDH. La «bella durmiente» se despertó gracias al Tribunal de Estrasburgo, que en la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado formuló los grandes principios interpretativos en los que se basó toda su actuación posterior. Todo ello, desde la consideración de este instrumento internacional como un «*law-making treaty*», un texto normativo, que ha de ser aplicado de acuerdo con la interpretación más apropiada a su objeto y finalidad, es decir, la protección y el desarrollo de los derechos humanos, según el Preámbulo, y no la que limitaría en mayor medida las obligaciones asumidas por las partes³.

La lectura que el TEDH llevó a cabo del Convenio en aquellos años, en Sentencias bien conocidas como las dictadas en los casos *Golder v. the United Kingdom* (21 de febrero de 1975), *Engel v. the Netherlands* (8 de junio de 1976), *Tyrer v. the United Kingdom* (25 de abril de 1978), *Sunday Times v. the United Kingdom* (26 de abril de 1979), *Marckx v. Belgium* (13 de junio de 1979), y *Airey v. Ireland* (de 9 de octubre de 1979), eliminó cualquier duda que hasta aquel momento hubiera podido existir acerca de la condición del CEDH. Frente a quienes sostenían que se trataba de un pacto colectivo contra el totalitarismo que debía comportarse como una «campana de alarma» para denunciar y, en su caso, prevenir violaciones masivas de derechos humanos como las que se habían conocido en el período de entreguerras, se imponía una lectura alternativa que veía el Convenio como una carta europea de derechos que preveía como garantía última la denuncia de un Estado ante un tribunal internacional por violación a un particular de alguno de los derechos convencionales. Las relaciones entre los Estados y sus ciudadanos se convertían así en obligaciones de Derecho Internacional, controlables en su cumplimiento por la propia

3 *Wemhoff v. Germany*, de 27 de junio de 1968, § 8 («As to the Law»).

comunidad internacional, lo que, en palabras de H. Lauterpacht podría «provocar restricciones a la soberanía de mucho mayor alcance por sus implicaciones que cualesquiera de las que figuran en los anales de las utopías internacionales»⁴.

El texto adoptado por el Comité de Ministros en agosto de 1950 permitía la doble lectura del contenido del Convenio, que fue el fruto (con sus cláusulas facultativas, el papel de filtro atribuido a la Comisión Europea de Derechos Humanos, la imposibilidad para los individuos de acceder directamente al Tribunal y la condición cuasi-jurisdiccional del Comité de Ministros) de un acuerdo entre las posiciones avaladas por el Reino Unido (campana de alarma), de un lado, y Francia (carta de derechos), de otro⁵. La combinación de estas dos posiciones en el texto original quería preservar la voluntad de los promotores del Convenio, el Movimiento Europeo, que lo concebía directamente como un instrumento para la protección de la democracia. De hecho, de acuerdo con cuanto establecía el artículo 2 del proyecto de Convenio elaborado por el Movimiento Europeo, los Estados partes se comprometían a «respetar los principios fundamentales de la democracia», a celebrar periódicamente «elecciones libres con sufragio universal y secreto», de modo que el Gobierno y el Parlamento fueran expresión de la voluntad popular, y a no adoptar ninguna medida susceptible de interferir «con el derecho de crítica política y con el derecho a organizar una oposición política». En otras palabras: el propósito del Convenio parecía ser la garantía de la democracia, un objetivo a cuyo servicio se colocaba la tutela de los derechos humanos⁶.

En el Convenio de Roma, el vínculo entre democracia y derechos humanos es muy evidente⁷. Así resulta fundamentalmente del Preámbulo, en el que se establece la relación entre «un régimen político verdaderamente democrático», el respeto «de los derechos humanos» y «la primacía del Derecho»⁸. Y así resulta también explícitamente de

⁴ La cita de Lauterpacht, uno de los más eminentes internacionalistas del siglo XX hasta su fallecimiento en 1960, está tomada de su texto *An International Bill of Rights of Man*, Columbia University Press, 1945, p. 14, en el que defiende la garantía internacional de los derechos humanos desde las Naciones Unidas. E. Bates recuerda que esta obra de Lauterpacht tuvo una influencia directa en los debates del Convenio (*The Evolution of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2010, p. 35).

⁵ Sobre los orígenes del Convenio resulta imprescindible la lectura de E. BATES, *The Evolution of the European Convention...*, cit., en concreto, pp. 44 ss.

⁶ En este sentido, A. Zysset, «Searching for the Legitimacy of the European Court of Human Rights: The Neglected Role of “Democratic Society”», publicado en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51966/Zysset_2016_PostPrint.pdf?sequence=2, p. 1 (visitado por última vez el 2 de julio de 2018).

⁷ No se puede olvidar que el Convenio se elabora en el seno del Consejo de Europa, cuyo documento fundacional, el Estatuto de Londres, de mayo de 1949, proclama en su Preámbulo que toda «auténtica democracia» se basa en «la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho».

P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2006, 4.ª ed., sostienen que los autores del Convenio se concentraron en los derechos que «eran considerados elementos esenciales de los sistemas de las democracias Europeas y respecto de los cuales se podía esperar un acuerdo fácilmente alcanzable en cuanto a su formulación y a la garantía internacional de su aplicación» (p. 5).

⁸ En *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, del 30 de enero de 1998, § 45, el Tribunal afirmó que el Preámbulo «establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights (see the *Klass and Others* judgment [...], p. 28, § 59). The Preamble goes on to affirm that European countries have a common heritage of political tradition, ideals, freedom and the rule of law. The Court has observed that in that common heritage are to be found the underlying values of the Convention [...]; it has pointed out several times that the

sus artículos 6.1 (proceso equitativo, en particular publicidad del proceso), 8 (respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y de asociación). En los artículos 8 a 11, las eventuales injerencias, formalidades, condiciones, sanciones o restricciones que se impongan al ejercicio de estos derechos, se someten al test de su necesidad en una «sociedad democrática» que, en gran medida, se ha convertido por el TEDH en un test de proporcionalidad. Idéntico test resulta en el artículo 2 del Protocolo IV para las restricciones a la libertad de circulación y residencia. Por su parte, el Preámbulo del Protocolo XIII, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, que considera el derecho de toda persona a la vida «un valor fundamental en una sociedad democrática». En este repaso que quiere poner en evidencia la relación, desde las disposiciones del Convenio, entre derechos y democracia, no puede olvidarse el artículo 3 del Protocolo Adicional (Derecho a elecciones libres), que compromete a los Estados a organizar «a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo», es decir, a celebrar elecciones pluralistas, abiertas y competitivas, que no son otra cosa que el presupuesto de la forma de Estado democrática: «The Court reiterates that democracy constitutes a fundamental element of the “European public order”, and that the rights guaranteed under Article 3 of Protocol n.º 1 are crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law»⁹. El artículo 3 del Protocolo Adicional «is akin to other Convention provisions protecting various forms of civic and political rights such as, for example, Article 10 which secures the right to freedom of expression or Article 11 which guarantees the right to freedom of association including the individual’s right to political association with others by way of party membership. There is undoubtedly a link between all of these provisions, namely the need to guarantee respect for pluralism of opinion in a democratic society through the exercise of civic and political freedoms»¹⁰.

La relación entre democracia y tutela de los derechos está también presente en la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹, mientras que no es tan evidente, por

Convention was designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society». También *Zdanoka v. Latvia*, GC, de 16 de marzo de 2006, § 98.

Sobre el Preámbulo, su contenido y valor, véase J. García Roca, «El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo», en J. García Roca, P. Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2014, 3.ª ed., pp. 19 ss.

⁹ *Karácsony and Others v. Hungary*, GC, de 17 de mayo de 2016, § 141. En idéntico sentido *Ždanoka v. Latvia*, §§ 98 y 103. Casi veinte años antes, en *Mathieu-Mobin and Clerfayt v. Belgium*, de 2 de marzo de 1987, el TEDH afirmó: «According to the Preamble to the Convention, fundamental human rights and freedoms are best maintained by “an effective political democracy”. Since it enshrines a characteristic principle of democracy, Article 3 of Protocol n.º 1 (P1-3) is accordingly of prime importance in the Convention system», § 47.

¹⁰ *Zdanoka v. Latvia*, § 115.

¹¹ El Pacto de San José afirma en su Preámbulo el vínculo entre las «instituciones democráticas» y el «respeto de los derechos esenciales del hombre», y en sus artículos 16 (derecho de asociación) y 22 (libertad de circulación y residencia) limita las restricciones a ambos derechos a las necesarias en una sociedad democrática.

Pero los contenidos más importantes en este ámbito resultan ser los de los artículos 29.c y 32.2. El primero impone que «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno». Por su parte, el artículo 32.2 afirma que «Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad

motivos que tienen que ver con el momento y la sede de su elaboración, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

En el sistema europeo de garantía de los derechos humanos el nexo entre estos y la democracia se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia del TEDH, que *ha identificado los elementos indisponibles del «régimen político verdaderamente democrático» al que alude el Preámbulo del Convenio*. La democracia se ha considerado por el Tribunal «un aspecto fundamental del orden público europeo» y el «único modelo político contemplado por el Convenio y, en consecuencia, el único compatible con el»¹³. El TEDH afirmó tempranamente que este instrumento internacional fue concebido para «mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática»¹⁴, razón por la que en el ejercicio de su función de control está obligado a prestar la máxima atención «a los principios que caracterizan» a dicha sociedad¹⁵. En la importante Sentencia Soering, de 1989, el TEDH declaró que la interpretación de los derechos ha de ser compatible «con el espíritu general del Convenio, un instrumento concebido para mantener y promover los valores e ideales de una sociedad democrática».

En la reciente *Copenhagen Declaration*, de 13 de abril de 2018, los Estados partes han reconocido la importancia del Convenio para la defensa de la democracia en Europa: «The Convention system has made an extraordinary contribution to the protection and promotion of human rights and the rule of law in Europe since its establishment and today it plays a central role in maintaining democratic security and improving good governance across the Continent» (§ 2).

En las páginas que siguen nos acercaremos a la idea de democracia (o de sociedad democrática) que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo desde una doble perspectiva. En primer lugar comprobaremos brevemente cómo esa jurisprudencia anuda la democracia a unos contenidos mínimos de algunos (en particular) derechos convencionales y a ciertas formas de ejercicio de los mismos. Es obvio que al concretar los contenidos de los derechos presentes en el CEDH el Tribunal amplía o restringe las posibilidades de las que disponen las autoridades de los Estados partes

democrática». Véase el *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, a cura di L. Cappuccio e P. Tanzarella, Napoli, 2017, en particular pp. 17 ss. (R. Toniatti, «Preambolo»), 736 ss. (L. Burgorgue-Larsen, «Norme interpretative») y 786 ss. (R. Toniatti, «Correlazione tra diritti e doveri»).

12 El Pacto se abrió a la firma en Nueva York, en plena guerra fría, en el año 1966. Véanse los artículos 14.1 (equivalente al 6.1 CEDH, que hace posible limitar la publicidad de los juicios «por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática»), 21 (derecho de reunión pacífica) y 22.2 (derecho de asociación). En los dos últimos casos, las restricciones a ambos derechos se condicionan a su necesidad en una sociedad democrática.

13 *United Communist Party of Turkey and Others*, § 45.

En su primera Sentencia el TEDH afirmó que en una «democratic society within the meaning of the Preamble and the other clauses of the Convention», los juicios han de celebrarse en público, tal y como establece el artículo 6.1 CEDH (*Lawless v. Ireland*, n.º 1, del 14 noviembre 1960). De esta afirmación, F. Sudre concluye que el TEDH ha equiparado el régimen político verdaderamente democrático del Preámbulo a la idea de «sociedad democrática», en *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13.ª ed., p. 215. Si la primera referencia a la democracia es de 1960, T. Bingham recuerda que la primera mención al «rule of law» en una Sentencia del TEDH llegaría en 1975 con el caso *Golder*, § 54 (*The Rule of Law*, Penguin, 2011, p. 117).

14 En *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, de 7 de diciembre de 1976, § 53.

15 *Handyside v. the United Kingdom*, del 7 de diciembre 1976, § 49. El TEDH está particularmente interesado («concerned») en la defensa de los derechos que afectan a la noción de sociedad democrática; en estos términos se expresa P. LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, OUP, 4.ª ed., 2017, p. 187.

cuando regulan o aplican aquellos derechos, también cuando se ejercen en el ámbito del proceso político democrático, y no solo en el período electoral ya que el TEDH tiene declarado que aquel es un proceso continuo que ha de «alimentarse en todo momento de un debate público libre y pluralista»¹⁶. De esta manera, y se trata únicamente de algunos ejemplos, cuando se limitan las causas de disolución de un partido, se ensanchan las fronteras de la libertad de expresión en la contienda política o se insiste en el valor del pluralismo informativo a estos mismos efectos, se está afectando de uno u otro modo al proceso político en el Estado destinatario de la concreta sentencia y, más en general, se están fijando estándares que no pueden ser desconocidos por las demás partes del sistema. El propio Tribunal ya en enero de 1978, en la Sentencia *Ireland v. the United Kingdom*, sostuvo que sus decisiones no se limitan a resolver el caso concreto sino que «más en general sirven para aclarar, proteger y desarrollar las normas del Convenio», una afirmación que se repetiría poco tiempo después, el 6 de noviembre de 1980, en *Guzzardi v. Italy*¹⁷.

Si la anterior era una perspectiva *macro*, en segundo lugar afrontaremos un análisis mucho más concreto. Nos aproximaremos, siempre desde las Sentencias del TEDH, a la relevancia que se otorga por el más cualificado intérprete del Convenio a la *calidad (sic)* del proceso decisorio nacional, en particular en sede parlamentaria, para evaluar el

16 *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, GC, del 22 de abril de 2013: «the democratic process is a continuing one to be nurtured at all times by a free and pluralist public debate» (§ 111).

17 Sobre la voluntad del TEDH de utilizar sus sentencias como «estándares generales de protección de los derechos humanos» más allá del caso concreto, puede verse *Karner v. Austria*, del 24 de julio de 2003: «The Court has repeatedly stated that its “judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties” (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, p. 62, § 154, and *Guzzardi v. Italy*, judgment of 6 November 1980, Series A n.º 39, p. 31, § 86). Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States» (§ 26).

El Tribunal se ha ocupado periódicamente de insistir en que sus sentencias ofrecen la «interpretación auténtica de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio», y que al ejercer su control «ha de considerar si las autoridades nacionales han tomado suficientemente en cuenta los principios que resultan de sus sentencias dictadas en asuntos similares, incluso cuando se refieren a otros Estados» (*Opuz v. Turkey*, de 9 de junio de 2009, § 163). Además, el TEDH, tal y como se acaba de citar, ha recordado que una de las finalidades del CEDH es la de extender «la jurisprudencia en materia de derechos humanos al conjunto de la comunidad de los Estados parte del Convenio» (*Rantsev v. Cyprus and Russia*, de 7 de enero de 2010, § 197).

Como confirmación del valor de la jurisprudencia del TEDH, la conocida como cosa interpretada, puede citarse la opinión del entonces Presidente Spielmann, que en 2013 se expresaba en los siguientes términos: «The second way in which the reality of the Convention mechanism surpasses the original model is in the impact of the Court’s judgments. The States’ express obligation to abide by judgments only concerns judgments delivered against them, as Article 46 § 1 provides. Yet that fails to capture the true potency of the Court’s rulings. Its binding determinations in a case, contained in the operative provisions of the judgment, rest upon its authoritative interpretation of the text of the Convention. To put it another way, *res judicata* is paired with *res interpretata* (or “*l’autorité de la chose interprétée*”). Those interpretations are closely studied and followed by domestic courts» (Keynote Speech de la «Conference on Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation», Göttingen, 20 de septiembre de 2013, accesible en:

https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130920_Spielmann_Gottingen_ENG.pdf) En el mismo sentido, J.P. Costa, anterior Presidente del Tribunal, en el *Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a view to Preparing the Interlaken Conference*, 2010 (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20090703_Costa_Interlaken_ENG.pdf.) (consultados ambos el 23 de julio de 2018).

margen de apreciación del que disponen los Estados partes al adoptar medidas de carácter general que restringen los derechos convencionales.

II. LA IDEA DE DEMOCRACIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tal y como ya sabemos, el Tribunal de Estrasburgo ha asumido desde sus primeras Sentencias un papel protagonista en la definición de los contenidos de la idea democrática presente en el CEDH¹⁸, dentro de la que ha otorgado una posición auténticamente relevante a la libertad de expresión e información que «*constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man*. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”»¹⁹.

Se trata de una libertad cuya limitación cuando se ejerce en el debate político exige razones muy sólidas: «The Court reiterates in that connection *that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or debates on questions of public interest*. It has been the Court’s consistent approach to require very strong reasons for justifying restrictions on political debate, for broad restrictions imposed in individual cases would undoubtedly affect respect for the freedom of expression in general in the State concerned»²⁰.

Por esta razón, *cuando de lo que se trata es de criticar al Gobierno, la libertad de expresión, aunque no es absoluta, posee una singular dimensión*. En *Castells v. Spain* el TEDH estableció que «The limits of permissible criticism are wider with regard to the Government than in relation to a private citizen, or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the Government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion»²¹.

La libertad de expresión posee una especial intensidad cuando se ejerce en el espacio parlamentario ya que como ha reconocido el TEDH, el Convenio establece *una relación muy estrecha entre el régimen político verdaderamente democrático al que alude el Preámbulo y «el*

18 A. ZYSSET, *op. cit.*, pp. 5 ss. También, J.-P. COSTA, «The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights», en www.echr.coe.int/Documents/speech_2008605_Costa_Helsinki_ENG.pdf (descargado el 19 de junio de 2018).

19 *Handyside* § 50 (la cursiva no está en el original). El papel de los medios de comunicación ha sido definido por el TEDH como «vital public watchdog», esencial para el sano funcionamiento de la democracia. Un excelente resumen de la jurisprudencia del Tribunal sobre democracia y libertad de información se encuentra en Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, 3.ª ed., 2014, pp. 639 ss.

20 *Mariya Alekhina and Others v. Russia*, de 17 de julio de 2018, § 212 (la cursiva se ha añadido).

R. Bustos Gisbert recuerda que el TEDH «ha establecido criterios mucho más estrictos para aceptar las limitaciones de la libertad de expresión cuando ésta se ejercita en el marco del “debate público” que cuando se ejerce en otros contextos en los que la contribución al desarrollo de los principios democráticos es mucho menor (por ejemplo, el de la publicidad o el de la libre expresión artística)», en «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en J. García Roca, P. Santolaya (coords.), *cit.*, p. 476.

21 Sentencia del 23 de abril de 1992, § 50. Un excelente resumen de la jurisprudencia del TEDH sobre libertad de expresión política se encuentra en P. Leach, *cit.*, pp. 468-472.

funcionamiento efectivo del Parlamento», que es una parte esencial del proceso democrático. La protección de la autonomía del órgano legislativo y de la oposición parlamentaria son el fundamento último de la inviolabilidad de los diputados y senadores. Aunque la libertad del debate parlamentario no es ilimitada, «speech in Parliament enjoys an elevated level of protection. Parliament is a unique forum for debate in a democratic society, which is of fundamental importance. The elevated level of protection for speech therein is demonstrated, among other things, by the rule of parliamentary immunity. [...] Different forms of parliamentary immunity may indeed serve to protect the effective political democracy that constitutes one of the cornerstones of the Convention system, particularly where they protect the autonomy of the legislature and the parliamentary opposition»²².

De la *libertad de pensamiento*, conciencia y religión (artículo 9 CEDH) el Tribunal ha afirmado que se trata de «uno de los fundamentos de la “sociedad democrática” en el sentido del Convenio». En particular, el pluralismo religioso, «que tanto ha costado conseguir a lo largo de los siglos» es «inseparable» de la democracia. Es tarea del Estado propiciar «la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática»; no eliminar nunca el pluralismo, «sino asegurar que los distintos grupos se toleren entre sí»²³.

En cuanto al *artículo 11 CEDH* el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que su *propósito original* «fue y es proteger el derecho de reunión pacífica y de participación en el proceso democrático», que es un derecho esencial en una sociedad democrática y, al igual que la libertad de expresión, uno de los fundamentos de dicha sociedad²⁴, de modo que ha llegado a considerar a los organizadores de las manifestaciones como «actores en el proceso democrático»²⁵. Por su parte, el derecho de asociación, su tratamiento normativo y aplicación práctica, «revelan el estado de la democracia en un país»²⁶. En su importantísima Sentencia *United Communist Party of Turkey and Others*, el Tribunal, decidiendo sobre la compatibilidad con el Convenio de la disolución de aquel partido por parte del Tribunal Constitucional de Turquía, es decir, controlando una medida nacional restrictiva del pluralismo político, *ha insistido en el valor de la libertad de expresión y del derecho de asociación para hacer posible el debate político, en el que la contribución de los partidos es insustituible.* La disolución de un partido político, declaró el TEDH, afecta a la democracia, ya que los partidos políticos juegan un «essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy [...]». As the Court has said many times, there can be no democracy without pluralism. [...] political parties make an irreplaceable contribution [...] which is at the very core of the concept of a democratic society [...]»²⁷.

22 *Karácsony*, § 138.

23 *S.A.S. v. France*, GC, de 1 de julio de 2014, § 124 y 127 (la cursiva no está en el original).

24 *Friend, the Countryside Alliance and Others v. the United Kingdom*, de 24 de noviembre de 2009, Decisión de Inadmisión, § 50 (cursiva añadida).

25 *Oya Ataman v. Turkey*, de 5 de diciembre de 2006, § 38,

26 *Koretsky and Others v. Ukraine*, de 3 de abril de 2008: «The ability to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned» (§ 38).

27 *United Communist Party of Turkey*, § 43-44. En *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, GC, de 13 de febrero de 2003, el TEDH aclaró la singularidad del papel de los partidos políticos frente a otras organizaciones políticas en su condición de únicas asociaciones que pueden acceder al poder e implementar un programa

La democracia es solución dialogada, sin violencia, a los problemas del país, incluso cuando estos son «irritantes» o «fastidiosos». En el respeto a la reglas democráticas, todos están llamados a participar en la vida política. El TEDH «considers one of the principal characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression. From that point of view, *there can be no justification for binding a political group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the State's population and to take part in the nation's political life in order to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned*»²⁸.

Por esta razón, las medidas de carácter «general y preventivo» que pretenden reprimir la libertad de expresión o el derecho de asociación son aceptables en los casos de incitación a la violencia o de rechazo a los principios democráticos, pero más allá de estos supuestos «perjudican a la democracia y a menudo la ponen en peligro»²⁹. *El funcionamiento adecuado de la democracia exige la introducción en el debate público de las propuestas de un partido que, aunque contrarias a la política gubernamental o a las ideas de la mayoría de la población, pueden contribuir a encontrar soluciones a los problemas que afectan a todas las tendencias políticas*³⁰.

También el *respeto a las minorías es un elemento necesario de la democracia*, que «does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position»³¹.

*El pluralismo y la democracia se basan en un compromiso*³² *que implica concesiones recíprocas entre individuos y grupos de individuos* «who must sometimes agree to limit some

electoral: «It is in the nature of the role they play that political parties, the only bodies which can come to power, also have the capacity to influence the whole of the regime in their countries. By the proposals for an overall societal model which they put before the electorate and by their capacity to implement those proposals once they come to power, political parties differ from other organisations which intervene in the political arena» (§ 87).

Para Jacobs, White, Ovey, *The European Convention on Human Rights*, OUP, 2017, 7.ª ed., «el Tribunal de Estrasburgo sitúa el pluralismo en el corazón del concepto de democracia que él defiende» y «los partidos políticos son vistos como participantes vitales en el proceso de debate en el que se apoya la democracia participativa» (p. 530). Sobre la libertad de asociación y el pluralismo como límites a la disolución de partidos políticos, véase J.M. Bilbao Ubillos, «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (Art. 11 CEDH)», en J. García Roca, P. Santolaya (cords.) *La Europa de los Derechos...*, cit., pp. 537 ss.

28 *United Communist Party of Turkey*, § 57 (la cursiva se ha añadido). En idénticos términos, *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, del 15 de enero de 2009, § 76, con remisión a las Sentencias *Çetinkaya v. Turkey*, del 27 de junio de 2006, § 29 y *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, del 2 de octubre de 2001, §§ 88 y 97.

29 *Association of Citizens Radko & Paunkovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, del 15 de enero de 2009, § 76. En general, sobre los límites a la libertad de expresión para proteger la democracia, véase R. Bustos Gisbert, cit., pp. 498-501.

30 *Yazar and Others v. Turkey*, del 9 de abril de 2002, § 58. En este caso, el partido político HEP (*People's Labour Party*) había sido disuelto por defender el derecho de autodeterminación del pueblo kurdo y el reconocimiento de sus derechos lingüísticos, ideas apoyadas también por un grupo terrorista. Para el TEDH la coincidencia en la defensa de estos postulados ideológicos no puede utilizarse, tal y como había hecho el Tribunal Constitucional turco, para justificar la prohibición del partido político ya que se estaría limitando el «debate democrático» y permitiendo a «movimientos armados» monopolizar el apoyo a esas ideas.

31 *Young, James y Webster v. the United Kingdom*, del 13 agosto 1981, § 63. También *S.A.S.*, § 128, y *Karácsony and Others*, § 147.

32 En *Karácsony and Others*, § 140, el TEDH recuerda que la democracia y el pluralismo han de basarse en el diálogo y en un espíritu de compromiso, con remisión a *United Communist Party of Turkey*, § 45; *Leyla Şahin v. Turkey*, de 10 de noviembre de 2005, GC, § 108, y *Tănase v. Moldova*, de 27 de abril de 2010, GC, § 178.

of the freedoms they enjoy in order to guarantee greater stability of the country as a whole»³³.

Quien persigue objetivos incompatibles con los principios democráticos fundamentales que subyacen al Convenio o utiliza medios al margen de este, «rechaza toda posibilidad de participar en el proceso político democrático»³⁴. Por esta razón, un Estado parte «may be justified under its positive obligations in imposing on political parties, which are bodies whose *raison d'être* is to accede to power and direct the work of a considerable portion of the State apparatus, the duty to respect and safeguard the rights and freedoms guaranteed by the Convention and the obligation not to put forward a political programme in contradiction with the fundamental principles of democracy»³⁵.

La jurisprudencia hasta aquí recordada pone en evidencia el papel del TEDH como institución comprometida con la defensa de un estándar democrático europeo. Se trata, en efecto, de una Corte que tutela derechos humanos y que al cumplir esta función contribuye a la promoción de un modelo de democracia del que es componente fundamental el libre debate de ideas y la competencia entre partidos políticos, que son actores insustituibles en el proceso político democrático. El diálogo con compromisos y concesiones, respetando a la minoría, es el cauce para ese debate, sin que puedan perseguirse objetivos incompatibles con la propia democracia ni utilizarse medios contrarios a esta o ilegales, frente a los que el Estado tiene la obligación de defenderse. En definitiva, el proceso político ha de ser compatible con el Convenio en una doble dimensión, la instrumental y la finalista.

Se podría concluir ahora que ni el Convenio ni la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permiten identificar un modelo más o menos cerrado de democracia convencional, ya que de ambos (y en particular de los precedentes del Tribunal) resultaría una especie de código de principios que actuarían como límite frente a la intervención de las autoridades públicas en el proceso político democrático³⁶. Sucede, en este ámbito, lo mismo que con una categoría también muy importante para el Convenio, como lo es la de separación entre los órganos políticos y el poder judicial. Del mismo modo que el Tribunal ha reconocido que el Convenio no impone a los Estados partes un patrón de separación de poderes, es decir, no les obliga

33 *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, § 99.

Pluralismo, compromiso, diálogo, concesiones mutuas, equilibrio entre los derechos fundamentales de cada persona, todos ellos son componentes de la idea convencional de democracia. Así puede leerse en S.A.S.: «Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a «democratic society». Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail [...]. Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society [...]. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a «democratic society»» (§ 128). Véase también, *Karácsony and Others*, § 147.

34 *Kasymakbunov and Saybatalov v. Russia*, del 14 marzo 2013, § 108 (la cursiva no está en el original). En otros términos: «the Court considers that a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles» (*Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, § 98).

35 *Refah Partisi (the Welfare Party)*, § 103.

36 Creo, en todo caso, que sería posible identificar la idea de democracia resultante de cuanto hasta aquí se ha recordado como una democracia militante. No se pueden invocar los derechos convencionales para acabar con la democracia, que es el único sistema político compatible con el Convenio de Roma. Algo que, por lo demás, resulta plenamente congruente con cuanto dispone el artículo 17 CEDH.

«to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction»³⁷, es posible afirmar que la jurisprudencia del TEDH hace posibles (y no podría ser de otro modo) diversas expresiones de la democracia pluralista y del debate político del que esta se nutre.

Nada tiene que sorprender, por consiguiente, que en la importante Sentencia *Animal Defenders International*, el Tribunal señalara, después de reconocer la «riqueza de diferencias históricas, culturales y políticas en Europa», que corresponde a cada Estado conformar «its own democratic vision»: «By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, their societies and their needs, the legislative and judicial authorities are best placed to assess the particular difficulties in safeguarding the democratic order in their State (*Ždanoka v. Latvia* [GC], § 134). The State must therefore be accorded some discretion as regards this country-specific and complex assessment which is of central relevance to the legislative choices at issue in the present case»³⁸.

III. DEBATE (PARLAMENTARIO) DEMOCRÁTICO Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

La última cita del Tribunal de Estrasburgo nos lleva a la idea del margen de apreciación nacional, que se proyectaría también en este ámbito de las peculiaridades que la forma democrática puede asumir en los diversos Estados partes³⁹. Es bien sabido que son dos los argumentos que explican, en la doctrina del TEDH, la deferencia de esta hacia las instituciones de los Estados partes. Por un lado, se afirma, dichas instituciones disponen de una «legitimidad democrática directa» de la que carece el Tribunal; por otro, se sostiene que las autoridades estatales son mejor conocedoras del contexto y de la propia realidad nacional en la que los derechos actúan. Se explica, así, la condición subsidiaria del mecanismo convencional: «The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight»⁴⁰.

37 *Kleyn and Others v. the Netherlands*, GC, del 6 de mayo de 2003, § 193. La de separación de poderes es una categoría, sostiene el TEDH, que ha asumido una creciente importancia en el propio case-law (también en *Stafford v. the United Kingdom*, GC, del 28 de mayo de 2002, § 78)

38 *Animal Defenders International*, § 111 (la cursiva no figura en el original). Este caso, sobre el que se volverá más adelante, tiene que ver con la limitación de la publicidad política en radio y televisión.

39 Se trataría, en concreto, de la dimensión que G. Letsas ha denominado «estructural» del margen de apreciación, es decir, aquella que se expresa en la deferencia institucional que el Tribunal de Estrasburgo debe a las autoridades nacionales («Two Concepts of the Margin of Appreciation», 26 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, pp. 705 ss.).

40 S.A.S., § 129. En idéntico sentido, por ejemplo, *Hatton and Others v. the United Kingdom*, de 8 de Julio de 2003, GC, § 108. La doctrina del margen de apreciación se formula de manera acabada por vez primera en *Handyside*, § 48-49.

Un ejemplo reciente lo encontramos en *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, de 15 de noviembre de 2016, GC, donde se puede leer que el Tribunal «recognises that the national authorities have direct democratic legitimation in so far as the protection of human rights is concerned. Moreover, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, they are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions» (§ 175).

El ámbito de aplicación del margen de apreciación nacional, que se definió por Lord Lester of Herne Hill como una categoría tan «resbaladiza y elusiva como una anguila»⁴¹, parece depender, a la luz del *case-law* estrasburgués, de varios factores. Se trataría, en concreto, de la índole del derecho afectado, su importancia para la persona, la naturaleza de la injerencia en el derecho y su finalidad y, finalmente la eventual existencia de un consenso europeo⁴². Además, el Tribunal tiene también en cuenta la complejidad técnica o científica del asunto⁴³ y *la calidad del proceso (democrático) interno que lleva a la adopción de la decisión injerente*⁴⁴.

Entramos así en la segunda parte de este texto, a la que me refería unas páginas más arriba. Nuestra atención se centrará, desde ahora, en el último de los varios aspectos que el Tribunal toma en consideración para identificar la extensión que ha de darse al margen de apreciación en un caso concreto⁴⁵. Es, tal y como ya se ha recordado, el más reciente de los estándares en la práctica de Estrasburgo.

La validación del margen de apreciación en cada caso resulta de la decisión del TEDH, que establecerá en su Sentencia si, al decidir como lo hizo, el Estado demandado

41 En «Universality Versus Subsidiarity: A Reply», en *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 73 ss., en concreto, pp. 75-76.

42 Estos criterios fueron enunciados en la Sentencia *S. and Marper v. the United Kingdom*, GC, de 4 de diciembre de 2008: «A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights (see *Comors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007I). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], n.º 44362/04, § 78, ECHR 2007-V)», § 102. El caso *S. and Marper* se refería a la conservación por las autoridades británicas, en aplicación de la legislación vigente en la época, de las huellas digitales y de unas muestras celulares y de ADN de los demandantes, tras su absolución del delito por el que habían sido acusados.

Una recapitulación reciente de esta doctrina la encontramos en *Dubská and Krejzová* donde se nos recuerda que el margen de apreciación es «relativamente estrecho» cuando «the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will also be restricted (§ 178); por el contrario, el margen reconocido al Estado es muy amplio cuando «there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues» y «when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation"» (§ 178-179). En este caso se cuestionaba la aplicación a las dos demandantes de la ley de la República checa que impide los partos en el propio domicilio con asistencia de comadrona a cargo al sistema público de salud.

Sobre el margen de apreciación véanse también, entre otras muchas, *Hatton*, § 97, *Fábián v. Hungary*, de 5 de septiembre de 2017, GC, § 122, *Maurice v. France*, de 6 de octubre de 2005, GC, § 117, y, sin ánimo de agotar una lista que sería larguísima, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom*, de 8 de abril de 2014, § 86.

43 Así en *Hatton*, § 100.

44 Este criterio se utiliza de manera acabada por primera vez en *Hirst v. The United Kingdom (No 2)*, GC, de 6 de octubre 2005, § 79. También en *Maurice v. France*, §§ 121, 123-124, de idéntica fecha. Sobre estas dos Sentencias se volverá más adelante en el texto.

45 *In extenso*, M. SAUL, «The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments», *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 745 ss.

respetó el Convenio. En otras palabras, los Estados no disponen de un «*unlimited power of appreciation*»⁴⁶ y es precisamente en el momento del control del respeto al límite cuando el TEDH fiscaliza la actividad de los poderes públicos nacionales y, como parte de su enjuiciamiento, la calidad del proceso que ha llevado a la adopción de la medida nacional sometida a control. Así sucede en todos aquellos derechos a los que resulta de aplicación la doctrina del margen de apreciación, típicamente (aunque no solo) los enunciados en los artículos 8-11 CEDH y en los artículos 1 y 3 del Protocolo Adicional, y de la que se excluyen en todo caso los derechos absolutos enunciados en el artículo 15.2 CEDH⁴⁷.

Se tratará, en la mayoría de las ocasiones, de decisiones nacionales que resuelven un dilema moral, que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general o que suponen el ejercicio de una opción que se sitúa en el ámbito de las políticas sociales o económicas. Por ejemplo, en materia de ayuda al suicidio, de interrupción del embarazo, de reproducción asistida, de derechos de las parejas del mismo sexo, de organización de las funciones y servicios públicos, del régimen de las pensiones públicas, o, sin voluntad de agotar la lista, de la presencia de símbolos religiosos en el espacio público⁴⁸. Podrá tratarse también de decisiones nacionales de las que depende el proceso político democrático, como por ejemplo la disolución de un partido político, la restricción del derecho a votar o a ser votado, la fijación de una barrera electoral, la limitación de la actividad de un sindicato, el establecimiento de límites a la financiación de los partidos, la prohibición de reuniones o manifestaciones públicas o, para acabar con los ejemplos, la limitación de la propaganda política.

Muchas de estas decisiones pueden ser el resultado de la aplicación por la autoridad nacional de una medida de carácter general, típicamente una ley, y ya se sabe que esta no puede ser objeto de un recurso directo al TEDH por cuanto en el sistema convencional no existe una *actio popularis* que consienta a los particulares recurrir contra una disposición nacional *in abstracto*⁴⁹. Sin embargo, en algunos de los recursos que llegan a

⁴⁶ *Handyside*, § 49. Más recientemente, el TEDH ha recordado que el «margin of appreciation, however, goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate» (S.A.S., § 131). Véase J.-P. Costa, «On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments», *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, 173 ss.

⁴⁷ Sobre la distinta proyección del margen de apreciación nacional a los derechos garantizados, F. DE Londras, K. Dzehtsiarou, *Great Debates on the European Convention on Human Rights*, Palgrave, Londres, 2018, pp. 109-111.

En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados pueden adoptar medidas de suspensión de los derechos convencionales, excepto de los previstos en el artículo 2, «salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra», y en los artículos 3, 4.1 y 7 CEDH. Ninguna razón alegada por un Estado puede justificar, por ejemplo, la vulneración de la prohibición (absoluta) del derecho a no padecer torturas. Podría decirse que el margen de apreciación no juega respecto de las obligaciones negativas (de no violar) relativas a estos derechos, pero es evidente que ese margen sí que resulta aplicable, *también* para los derechos absolutos (y, por supuesto, para todos los demás) en lo tocante a las obligaciones positivas, es decir todas aquellas medidas que los Estados partes deben adoptar para prevenir o evitar la repetición de las violaciones de los derechos convencionales.

⁴⁸ Algunos ejemplos se encuentran en *Animal Defenders*, § 107.

⁴⁹ *Klass and Others v. Germany*, del 6 de septiembre 1978: «Article 25 (art. 25) [actual artículo 34] does not institute for individuals a kind of *actio popularis* for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain against a law *in abstracto* simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention; it is necessary that the law should have been applied to his detriment» (§ 33). En este caso el TEDH consideró que una persona puede, en condiciones que habrán de determinarse caso por caso,

Estrasburgo, al controlar el cumplimiento por el Estado de las obligaciones que resultan del Convenio el TEDH acaba emitiendo un juicio sobre la validez convencional (aunque no se exprese en estos términos) de la fuente del Derecho que se ha aplicado en el caso concreto. El CEDH, ha recordado el Tribunal, no impide a los Estados «adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases»⁵⁰. Tampoco prohíbe «general policy schemes by way of legislative measures whereby a certain category or group of individuals is treated differently from others, provided that the interference with the rights of the statutory category or group as a whole can be justified under the Convention [...]», de manera que «as long as the statutory distinction itself is proportionate and not discriminatory as regards the whole category or group specified in the legislation, the task of the domestic courts may be limited to establishing whether a particular individual belongs to the impugned statutory category or group»⁵¹.

En las Sentencias que analizaremos a continuación resultan algunos ejemplos de estas medidas generales, que el Tribunal ha justificado del siguiente modo: «A general measure has been found to be a more feasible means of achieving the legitimate aim than a provision allowing a case-by-case examination, when the latter would give rise to a risk of significant uncertainty [...], of litigation, expense and delay [...] as well as of discrimination and arbitrariness [...]. The application of the general measure to the facts of the case remains, however, illustrative of its impact in practice and is thus material to its proportionality [...]»⁵².

En todos estos casos, «in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it (*James and Others*, § 36). The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation [...]», de modo que «the more convincing the general justifications for the general measure are, the less importance the Court will attach to its impact in the particular case [...]»⁵³.

Es así cómo el proceso que ha llevado a la elaboración de la norma en cuestión, su calidad en los términos del propio TEDH, resulta relevante para identificar la intensidad del margen de apreciación del que dispone el Estado.

Es importante tener presente que lo que el TEDH considera en los casos a los que me voy a referir es el *proceso parlamentario*, es decir, el conjunto de actuaciones que llevan al órgano legislativo a decidir como lo hace. Esta es la novedad que resulta en 2005 de los casos *Hirst (No 2)* y *Maurice*. Antes de ese momento, el Tribunal había valorado lo que

considerarse víctima de una violación provocada por la sola existencia de medidas secretas o de una legislación que las permita, aunque no alegue que esas medidas le fueron aplicadas (§ 34). La condición de víctima le fue reconocida al demandante como un usuario más del servicio de correos y telecomunicaciones, para el que la ley hacía posible la vigilancia secreta. Veinte años después, el Tribunal consideró que en estos casos los demandantes han de demostrar una «razonable probabilidad» de que la injerencia en su derecho se produzca (*Halford v. The United Kingdom*, de 25 de junio de 1997, § 47-48). Más recientemente, en el mismo sentido, *Shindler v. the United Kingdom*, de 7 de mayo de 2013.

50 *Animal Defenders International*, § 106.

51 *Zdanoka v. Latvia*, §§ 112 y 114.

52 *Animal Defenders International*, § 108.

53 *Animal Defenders International*, §§ 108-109.

denominó las «exigencias de procedimiento» (*procedural requirements*) para la toma de decisiones que suponen limitación de algún derecho, pero sin proyectar tales exigencias al espacio parlamentario. Así, por ejemplo, afirmó que aunque el artículo 8 CEDH no contiene ninguna de tales exigencias, «the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual»⁵⁴.

En la Sentencia *Hatton*, y para decidir sobre el impacto que los ruidos producidos por los aviones que aterrizaban y despegaban en el aeropuerto londinense de Heathrow producían en el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes, el Tribunal, al tiempo que afirmó que en materia de política medioambiental los Estados disponen de un amplio margen de apreciación, precisó que el control sobre el ejercicio de dicho margen se concreta en dos aspectos: «First, the Court may assess the substantive merits of the government's decision, to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual», y en este concreto aspecto aclaró que «the Court is required to consider all the procedural aspects, including the type of policy or decision involved, the extent to which the views of individuals (including the applicants) were taken into account throughout the decision-making procedure, and the procedural safeguards available»⁵⁵.

Ni en *Buckley* ni en *Hatton* el proceso decisorio al que se alude incluye el trámite parlamentario. Se trata en ambos casos de estudios, análisis e investigaciones que se llevan a cabo en sede administrativa y, eventualmente, con participación de los posibles afectados por la decisión. Las actuaciones nacionales objeto de recurso en los dos supuestos no eran el resultado de la inmediata aplicación de una ley.

La primera ocasión en la que el Tribunal de Estrasburgo se refiere entre las *rationes decidendi* al debate parlamentario como parte del proceso que lleva a la toma de la decisión estatal que es objeto de control, fue en los ya aludidos asuntos *Hirst (No 2)* y *Maurice*, resueltos ambos por la Gran Sala en la misma fecha, el 6 de octubre de 2005, aunque

⁵⁴ *Buckley v. The United Kingdom*, de 25 de septiembre de 1996, § 76. El demandante se quejaba de la negativa por parte de la autoridad competente a emitir una licencia urbanística para instalar en terrenos de su propiedad una caravana residencial.

⁵⁵ *Hatton* §§ 99 y 104. La dimensión sustantiva se analiza por el TEDH en §§ 99 y 116-127 (se trataba de comprobar si los planes decididos por la autoridad competente en materia de vuelos nocturnos habían conjugado adecuadamente los intereses de las personas afectadas por el ruido nocturno y los de la comunidad en su conjunto, § 119). En cuanto a la dimensión procesal el Tribunal apunta que un *decision-making process* gubernamental referido a asuntos complejos de política económica y medioambiental, ha de suponer investigaciones y estudios apropiados para resolver el conflicto entre los intereses en juego. Y, en concreto, consideró que el plan vigente había sido «preceded by a series of investigations and studies carried out over a long period of time. The particular new measures introduced by that scheme were announced to the public by way of a Consultation Paper which referred to the results of a study carried out for the Department of Transport, and which included a study of aircraft noise and sleep disturbance. It stated that the quota was to be set so as not to allow a worsening of noise at night, and ideally to improve the situation. This paper was published in January 1993 and sent to bodies representing the aviation industry and people living near airports. The applicants and persons in a similar situation thus had access to the Consultation Paper, and it would have been open to them to make any representations they felt appropriate. Had any representations not been taken into account, they could have challenged subsequent decisions, or the scheme itself, in the courts. Moreover, the applicants are, or have been, members of HACAN [una asociación para el control del ruido en el aeropuerto de Heathrow y que es también miembro del comité consultivo del propio aeropuerto], and were thus particularly well-placed to make representation» (§ 128). Conclusión: no se encuentran «fundamental procedural flaws» en la elaboración de la normativa sobre limitación de vuelos nocturnos (§ 129).

en un caso se estimó la violación alegada y en el otro se rechazó la pretensión de los demandantes⁵⁶. La sorprendente coincidencia temporal de ambas Sentencias (buscada o no por el TEDH⁵⁷) ayuda a conocer, máxime a la luz del diferente sentido del fallo en cada una de ellas, la manera cómo el Tribunal utiliza este criterio en la aplicación del margen de apreciación nacional.

Hirst (No 2) se refiere a la prohibición de sufragio en las elecciones parlamentarias y locales en el Reino Unido que padecen las personas internas en un centro penitenciario mientras cumplen condena. Esta previsión trae causa remota de una ley de 1870 reformada en varias ocasiones, la última de las cuales, de acuerdo con los antecedentes de la Sentencia, en el año 2000⁵⁸.

Reconocida la discrecionalidad de la que disponen los Estados partes en el ámbito del artículo 3 del Protocolo Adicional («Derecho a elecciones libres»), y en respuesta a la pretensión del Gobierno británico, que reclamaba un margen amplio a la luz de la falta de consenso europeo en la materia y del hecho de que el Parlamento y los Tribunales británicos habían examinado esta materia («have considered the matter»), el TEDH entendió que no existía evidencia alguna de que el Parlamento hubiera confrontado los intereses en conflicto o valorado la proporcionalidad de una prohibición del derecho de sufragio para todos los internos que se encontraran cumpliendo condena. Tras aludir a alguna otra actuación parlamentaria relevante en la materia, el Tribunal entendió que el hecho de que recientemente se hubiera permitido el voto de los internos en prisión provisional suponía una «implícita» afirmación de la necesidad de mantener la prohibición para los que se encontraran cumpliendo condena. Y concluyó: «it cannot be said that there was any substantive debate by members of the legislature on the continued justification in light of modern-day penal policy and of current human rights standards for maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote»⁵⁹.

56 En cierta medida la Sentencia *Murphy v. Ireland*, de 10 de julio de 2003, puede considerarse como un antecedente más o menos remoto de *Hirst (No 2)* y de *Maurice*. Aquel caso tenía un objeto muy similar a *Animal Defenders International*, que se estudiará más adelante. En el apartado 73 de *Murphy* el TEDH recuerda la evolución de la legislación irlandesa en tema de publicidad religiosa en radio y televisión y cómo durante el «*detailed debate*» sobre la limitación de la prohibición de dicha publicidad «the Minister emphasised at some length the extreme sensitivity of the question of broadcasting of religious advertising in Ireland and the consequent necessity to proceed towards any proposed amendment [...] with care and on the basis of a full consideration of the issues and options». A continuación el Tribunal recuerda la posición de la High Court y del Tribunal Supremo irlandés en esta materia, próxima en ambos casos a la del Gobierno. Da la sensación, en definitiva, de que el Tribunal Estrasburgo tuvo presente en su razonamiento la intensidad del debate nacional para resolver como lo hizo, declarando la no violación del artículo 10 CEDH.

57 La composición de la Gran Sala no era la misma para estos dos casos, aunque coincidían nueve de sus diecisiete integrantes (recuérdese que de acuerdo con el artículo 24 del Reglamento del Tribunal, su Presidente, los dos Vicepresidentes y cada uno de los Presidentes de las cinco Secciones —dos de los cuales son siempre y simultáneamente Vicepresidentes del Tribunal— son miembros natos de la Gran Sala).

58 En el apartado «*Relevant Domestic Law and Practice*» (§§ 21-25) se nos recuerda que la reforma de 1983 reprodujo «sin debate» las previsiones de la previa ley de 1969 y que al discutirse en el Parlamento la ley del año 2000, que permitió el voto de los internos en situación de prisión provisional y de los privados de libertad por razones mentales, se insistió por el parlamentario que intervino representando al Gobierno que los convictos deberían perder sus derechos, entre ellos, el de voto.

59 *Hirst (No 2)*, § 79. En cuanto a la intervención del tribunal inglés, el TEDH sostuvo que «[I]t is also evident from the judgment of the Divisional Court that the nature of the restrictions, if any, to be imposed on the right of a convicted prisoner to vote was generally seen as a matter for Parliament and not for the national courts. The court did not, therefore, undertake any assessment of proportionality of the measure itself. It may also be noted that

La decisión del Tribunal de Estrasburgo se adoptó por una mayoría de doce a cinco en la Gran Sala. Los discrepantes, al frente de los cuales se situó el entonces Presidente Wildhaber, cuestionaron la valoración que la mayoría hizo del trabajo parlamentario y sostuvieron, además, que «no corresponde al Tribunal prescribir el modo cómo los parlamentos nacionales han de llevar a cabo su función legislativa»⁶⁰.

En *Maurice*⁶¹, los padres de una niña nacida en 1997 con una amiotrofia espinal tras un diagnóstico prenatal equivocado, demandaron a Francia por vulneración, entre otros, del artículo 8 CEDH. Los Sres. Maurice consideraban que la aplicación retroactiva de la nueva Ley de marzo de 2002, de derechos de los pacientes y de calidad del servicio de salud, suponía una interferencia arbitraria en su vida privada y familiar al limitarles en una parte importante las indemnizaciones que les habrían correspondido en aplicación de la legislación y jurisprudencia precedentes. Se les impedía así, añadían, afrontar los gastos necesarios para el cuidado de sus hijos. El Tribunal, que entendió vulnerado el artículo 1 («Protección de la propiedad») del Protocolo Adicional, no estimó la lesión del artículo 8. A la alegación del Estado demandando de que esta disposición no era de aplicación al caso, el TEDH respondió que no consideraba necesario decidir sobre este aspecto ya que, aun suponiendo que fuera aplicable, la situación de los demandantes no supuso violación de dicho artículo. Y la razón que se ofrece en la Sentencia para esta respuesta está estrechamente vinculada a las condiciones en las que se adoptó por el Parlamento francés la legislación aplicable.

El Tribunal recuerda que la Ley de 2002 fue la respuesta del Parlamento francés a una Sentencia de la Corte de Casación y al debate nacional que esta provocó: «the French parliament, after consulting the various persons and interest groups concerned, decided to intervene to establish a new system of compensation for the prejudice sustained by children born with disabilities and their parents, different from the one resulting from the case-law of the administrative and civil courts. [...]». Las nuevas reglas, prosigue, «were the result of comprehensive debate in Parliament, in the course of which account was taken of legal, ethical and social considerations, and concerns relating to the proper organisation of the health service and the need for fair treatment for all disabled persons [...]», y recuerda cómo el «*Conseil d'Etat* pointed out [...] that] Parliament based its decision on general-interest grounds, and the validity of those grounds cannot be called into question by the Court [...]». Y tras un relato sobre la evolución de la asistencia a los niños portadores de discapacidad en Francia, concluye que «there is no serious reason for the Court to declare contrary to Article 8, in either its positive or its negative aspect, the

the court found support in the decision of the [Canadian] Federal Court of Appeal in *Sauvé (no. 2)*, which was later overturned by the Canadian Supreme Court» (§ 80).

⁶⁰ *Hirst (No 2)*, Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens, § 8. En su voto concurrente los Jueces Tulkens y Zagrebelsky plantean alguna duda a propósito de la actitud de la mayoría, que puede suponer, en su opinión, un choque de legitimidades entre el TEDH y el Parlamento nacional: «we note that the discussion about proportionality has led the Court to evaluate not only the law and its consequences, but also the parliamentary debate (see paragraph 79 of the judgment). This is an area in which two sources of legitimacy meet, the Court on the one hand and the national parliament on the other. This is a difficult and slippery terrain for the Court in view of the nature of its role, especially when it itself accepts that a wide margin of appreciation must be allowed to the Contracting States».

⁶¹ En la misma fecha que *Hirst (No 2)* y *Maurice*, 6 de octubre de 2005, la Gran Sala dictó, en un caso prácticamente idéntico a este último, la Sentencia *Draon v. France*. Las consideraciones que se hacen en las líneas que siguen en el texto, sirven también para *Draon*.

way in which the French legislature dealt with the problem or the content of the specific measures taken to that end. It cannot reasonably be claimed that the French parliament, by deciding to reorganise the system of compensation for disability in France, overstepped the wide margin of appreciation left to it on the question or upset the fair balance that must be maintained»⁶².

Las diferencias de resultado entre Hirst (No 2) y Maurice son más que evidentes y son consecuencia de la aplicación de idéntico criterio para la identificación de los límites del margen de apreciación. El efecto pedagógico de la simultaneidad es notable. Después de estas dos Sentencias, algunos otros pronunciamientos de Estrasburgo han venido a confirmar la innovación introducida en 2005. Repasaré brevemente, y por orden cronológico, los que considero más relevantes⁶³.

Menos de dos años después de *Hirst (No 2)* y *Maurice*, también la Gran Sala dictó Sentencia en el caso *Evans v. the United Kingdom*, el 10 de abril de 2007. La legislación británica de 1990 que regula la reproducción asistida establece que quienes se someten a tratamiento de fertilización *in vitro* han de expresar su consentimiento y que cualquiera de los dos puede retirarlo antes de que los embriones se implanten en el útero de la mujer. Una vez que la pareja de la Sra. Evans explicitó, tras la ruptura de la relación, su negativa a que se utilizaran los embriones o a que continuara su almacenamiento, la demandante pidió a la *High Court* que obligara a su ex-pareja a manifestar su consentimiento para que se le implantaran los embriones. La negativa del tribunal fue confirmada por la *Court of Appeal*. La Sra. Evans acudió al TEDH alegando vulneración, entre otros, de su derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH).

La Gran Sala mantuvo el criterio de la Sala. Aceptó que la fecundación *in vitro* plantea «aspectos morales y éticos sensibles» en un contexto de rápidos avances médicos y científicos y en ausencia de un consenso europeo, por lo que el margen de apreciación de los Estados es notable, tanto para adoptar una legislación al respecto como para definir su contenido a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto. Y coincidió también con la Sala en que «the 1990 Act was the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology, and the fruit of much reflection, consultation and debate»⁶⁴.

El Tribunal procede a un completo repaso del recorrido que desde los primeros trabajos en 1984 llevaron a la adopción de la Ley de 1990 (comités, informes, iniciativas) y concluye que aunque el Parlamento podría haber optado por una alternativa distinta en cuanto al carácter absoluto (sin excepciones) de la necesidad del consentimiento de ambos

⁶² *Maurice*, §§ 121 y 124.

⁶³ No aludiré en el texto, por ejemplo, a la Sentencia *Dickson v. the United Kingdom*, GC, de 4 de diciembre de 2007, en la que se cuestionaba la decisión del Secretario de Estado de no autorizar el procedimiento para que los esposos Dickson se sometieran a inseminación artificial mientras el marido se encontraba interno en prisión cumpliendo pena por asesinato. Resulta relevante el siguiente pasaje de la Sentencia: «there is no evidence that when fixing the Policy [la política general sobre inseminación artificial para los internos en centros penitenciarios] the Secretary of State sought to weigh the relevant competing individual and public interests or assess the proportionality of the restriction. Further, since the Policy was not embodied in primary legislation, the various competing interests were never weighed, nor issues of proportionality ever assessed, by Parliament» (§ 83). La falta de discusión parlamentaria de los aspectos relevantes de esa *Policy*, que nunca pasó por las Cámaras, se convierte en un argumento importante para estimar la violación del artículo 8 CEDH de los demandantes.

⁶⁴ *Evans v. the United Kingdom*, § 86. La referencia al margen de apreciación se encuentra en §§ 81-82.

integrantes de la pareja para el implante de los embriones, al TEDH solo le corresponde decidir si al ponderar entre los intereses enfrentados se respetó el margen de apreciación que permite el artículo 8 CEDH⁶⁵. Y concluye que no existió la violación pretendida por la demandante.

Resulta también de interés a nuestros efectos la Decisión de inadmisión, de noviembre de 2009, en el caso *Friend and the Countryside Alliance and Others v. The United Kingdom*, ya aludido en páginas precedentes. La *Hunting Act* de 2004 prohibió en ciertas circunstancias la caza de zorros con perros en Inglaterra y Gales, al igual que había ocurrido dos años antes en Escocia. Los demandantes recurrieron contra la validez de semejante prohibición por entender que vulneraba sus derechos protegidos por los artículos 8, 11, 14 CEDH y primero del Protocolo Adicional. Rechazada su pretensión por la *High Court*, la *Court of Appeal* (en el caso de alguno de los demandantes) y la *House of Lords*, cuyas sentencias son ponderadas por el TEDH, éste declaró la demanda inadmisibles por «manifiestamente mal fundada», de acuerdo con el artículo 35. 3. a) CEDH. En concreto, el Tribunal estimó que la prohibición entraba dentro del margen de apreciación y que la medida legislativa era «proporcional al fin legítimo perseguido», entre otras razones, porque se había decidido «after extensive debate by the democratically-elected representatives of the State on the social and ethical issues raised by the method of hunting in question. [...] [The Court] also observes that the 2004 Act was preceded by extensive public debate, including the hearings conducted by the Burns Committee. It was enacted by the House of Commons after equally extensive debate in Parliament where various proposals were considered before an outright ban was accepted. In those circumstances, the Court is unable to accept that the House of Commons was not entitled to legislate as it did or that the refusal of the Burns Report to draw any conclusions as to the suffering of animals during hunting substantially undermined the reasons for the 2004 Act»⁶⁶.

En *Alajos Kiss v. Hungary*, de 20 de mayo de 2010, el demandante, sometido a tutela en aplicación del Código Civil en virtud de los problemas psiquiátricos que padecía, recurría frente a la privación del derecho de sufragio, que traía causa directa de la Constitución⁶⁷. Tras insistir en el amplio espacio del que los Estados disponen para regular el ejercicio del derecho de voto, el TEDH recuerda que el Parlamento tiene que establecer un procedimiento para verificar la capacidad para el voto de las personas que padecen trastornos psiquiátricos y concluye que «there is no evidence that the Hungarian legislature has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of the restriction as it stands»⁶⁸.

En el caso *Lindheim and Others v. Norway*, de 12 de junio de 2012, se cuestionó la compatibilidad con el Convenio de la aplicación de la ley noruega de arrendamiento de

65 *Evans v. the United Kingdom*, §§ 87 y 91.

66 *Friend, the Countryside Alliance and Others*, §§ 50 y 56. La Comisión Burns a la que se alude en la Decisión de Inadmisión se creó por el Ministro de Interior para evaluar los diferentes aspectos de la caza y de su impacto.

67 El artículo 70.5 de la Constitución húngara entonces vigente excluía del derecho de voto a toda persona sometida a tutela parcial o total.

68 *Alajos Kiss*, § 41. Más adelante añade que no puede aceptar «however, that an absolute bar on voting by any person under partial guardianship, irrespective of his or her actual faculties, falls within an acceptable margin of appreciation [...], para finalizar que «an indiscriminate removal of voting rights, without an individualised judicial evaluation and solely based on a mental disability necessitating partial guardianship, cannot be considered compatible with the legitimate grounds for restricting the right to vote» (§§ 42 y 44).

tierras de 1996 (*Ground Lease Act*), cuyo artículo 33 garantizaba a los arrendatarios de parcelas para la construcción de primeras residencias o casas de vacaciones cuyos contratos expirasen a partir de 2004, el derecho a prolongar el arrendamiento sin limitación temporal y en las mismas condiciones que el contrato expirado. Los demandantes, propietarios de parcelas de tierra arrendadas que se vieron afectados por la reforma legislativa, consideraban que esta suponía una violación del derecho de propiedad y era, en consecuencia, contraria al artículo 1 del Protocolo Adicional. Una de las razones en las que apoyaban su demanda, tras reconocer el necesario y amplio margen de apreciación nacional en una materia con un alto impacto social y económico como lo es la vivienda, era precisamente que dicho margen se estrecha cuando el Parlamento no hubiera «ponderado cuidadosamente» todos los intereses en conflicto o «valorado la proporcionalidad» de *blanket rules* como las que resultaban del artículo 33. El Gobierno noruego, por su parte, recordó la obligada deferencia del Tribunal con los procesos democráticos y apuntó que la ley había sido objeto de un intenso debate de varios años entre los principales partidos políticos y que su texto final, también el del artículo 33, fue el resultado de una negociación y acuerdo en el que intervinieron todos los partidos parlamentarios, con una sola excepción. Se trataba, para el Estado demandado, de «un ejemplo de deliberación democrática plenamente en línea con el ideal de una democracia política efectiva» que, se añade, es de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el único modelo político contemplado por el Convenio y compatible con él⁶⁹.

El TEDH reconoció que los intereses en conflicto eran muy diferentes y «difíciles de reconciliar», como «particularmente complejas» eran las cuestiones que debía resolver el Parlamento noruego, y después de un minucioso análisis del contenido de la ley y de su proceso de elaboración, concluyó que «[it] has not been made aware, nor does it appear from the material submitted, that any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a «fair balance» between the interests of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand»⁷⁰. Y tras afirmar que los arrendadores tenían la expectativa legítima de que sus contratos finalizarían de acuerdo con lo en ellos establecido, independientemente de los debates en curso y de la adopción de medidas legislativas, afirmó que en tales circunstancias «it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed solely on the applicant lessors [...]. The Court is therefore not satisfied that the respondent State, notwithstanding its wide margin of appreciation in this area, struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants, who were made to bear a disproportionate burden»⁷¹.

En la ya varias veces mencionada *STEDH Animal Defenders International*, de abril de 2013, se discutía sobre la prohibición a una asociación de defensa de los animales de emitir publicidad pagada en radio y televisión (artículo 10 CEDH). La autoridad competente

69 *Lindbeim and Others*. La posición de los demandantes a la que se ha hecho referencia en el texto se encuentra en el apartado 85 de la Sentencia y la correspondiente al Gobierno noruego en el 118.

70 *Lindbeim and Others*, § 128.

71 *Lindbeim and Others*, §§ 133-134. Más adelante el Tribunal valora muy críticamente la Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega, que declaró la ley compatible con el Convenio. Así, por ejemplo, achaca al Tribunal Supremo una utilización no actualizada de la jurisprudencia de Estrasburgo (§ 135).

entendió que dicha asociación perseguía objetivos políticos y, en consecuencia, le resultaba de aplicación la prohibición general de ese tipo de publicidad, prevista por la *Communications Act* de 2003. La Asociación recurrente pidió a la *High Court*, en aplicación del artículo 4 de la *Human Rights Act*, una declaración de incompatibilidad de dicha prohibición con el artículo 10 CEDH, ya que se cuestionaba que fuera necesaria en una sociedad democrática. Tal pretensión fue rechazada, como también lo sería más tarde el recurso ante la *House of Lords*.

En su Sentencia, el TEDH recuerda que para decidir sobre la proporcionalidad de una «medida general», como lo era la interdicción de la publicidad política de pago en radio y televisión, tiene que evaluar si el legislador tuvo presentes todos los interés en conflicto. A estos efectos el Tribunal procede a un detallado repaso de la historia de la prohibición y de la reforma legislativa de 2003, que se aprobó, nos recuerda, sin ningún voto en contra, para concluir que: «The prohibition was therefore the culmination of an exceptional examination by parliamentary bodies of the cultural, political and legal aspects of the prohibition as part of the broader regulatory system governing broadcasted public interest expression in the United Kingdom and all bodies found the prohibition to have been a necessary interference with Article 10 rights. It was this particular competence of Parliament and the extensive pre-legislative consultation on the Convention compatibility of the prohibition which explained the degree of deference shown by the domestic courts to Parliament's decision to adopt the prohibition [...]. The proportionality of the prohibition was, nonetheless, debated in some detail before the High Court and the House of Lords. Both courts analysed the relevant Convention case-law and principles, [...] and carefully applied that jurisprudence to the prohibition. [...]. The Court, for its part, attaches considerable weight to these exacting and pertinent reviews, by both parliamentary and judicial bodies, of the complex regulatory regime governing political broadcasting in the United Kingdom and to their view that the general measure was necessary to prevent the distortion of crucial public interest debates and, thereby, the undermining of the democratic process»⁷².

El intenso debate dentro y fuera del Parlamento (y el *control de convencionalidad* de la normativa nacional llevado a cabo por los tribunales británicos) refuerza, amplía, la discrecionalidad del Estado para intervenir restrictivamente en un terreno muy sensible como lo es el del pluralismo político y la libertad de expresión.

El derecho de sufragio y su posible limitación fue el objeto de la Sentencia en el caso *Shindler v. the United Kingdom*, de 7 de mayo de 2013. El recurrente, un ciudadano británico residente en Italia desde hacía casi treinta años, se opuso a la regla existente en la legislación electoral del Reino Unido que impide el voto a quienes se encontraran residiendo en el extranjero durante más de quince años⁷³. De nuevo en esta ocasión, en

⁷² *Animal Defenders International*, §§ 114-116.

⁷³ El Gobierno británico pretendió la inadmisión de la demanda alegando que el Sr. Shindler no había agotado los recursos disponibles de acuerdo con la legislación británica antes de acudir a Estrasburgo, pero el TEDH aceptó, tal y como proponía el demandante, que en su país no existía ningún recurso efectivo, es decir, con una perspectiva razonable de éxito. Además, el Gobierno negaba al demandante la condición de víctima ya que, sostenía, nunca había solicitado su inscripción en el censo electoral desde que residía en el extranjero. Por su parte, el Tribunal entiende, tras recordar que el Convenio no reconoce una *actio popularis*, que el recurso está abierto a toda persona que alegue «that a law violates his rights, in the absence of an individual measure of implementation, if he is required either to modify his conduct or risks being prosecuted, or if he is a member of a class of people who risk being

presencia de una medida de carácter general que no admite ninguna discrecionalidad en su aplicación, el escrutinio de la decisión nacional, de los márgenes para su adopción, pasa por el modo cómo esa decisión se ha tomado en el Estado parte. En este caso se hace notar que «There is also extensive evidence before the Court to demonstrate that Parliament has sought to weigh the competing interests and to assess the proportionality of the fifteen-year rule [...]. The question of nonresidents' voting rights has been examined twice by the Home Affairs Select Committee in the past thirty years, and on both occasions a report was produced [...]. The evolution of views in this area is demonstrated by the fact that the conclusion of the most recent report in 1998 was almost diametrically opposed to the conclusion reached in the Committee's 1982 report. As a consequence of these reports and of consultation exercises, legislation was introduced in Parliament first granting a right to vote to non-residents in 1985 and subsequently, in 1989 and 2000, amending the time-period [...]. The question has been debated in Parliament on several occasions since 2000, in the context of amendments proposed to two draft bills on electoral law and a short debate specifically on non-residents' voting rights [...]. With regard to the issue under examination, the Court notes that the matter remains under active consideration by the present Government of the respondent State»⁷⁴.

De todos estos informes, consultas y debates, en los que el Parlamento se ha basado para tomar su decisión, el Tribunal extrae una consecuencia: la legislación recurrida ponderó entre los intereses en conflicto. Por un lado, tuvo presente el interés genuino del demandante como ciudadano británico a participar en las elecciones parlamentarias de su país de origen, y por otro, la política por la que ha optado el Estado demandando de limitar ese derecho a los ciudadanos con un vínculo más estrecho con el Reino Unido y que serán, en consecuencia, los más directamente afectados por sus leyes. Siendo así, no ha existido la violación denunciada. En este caso el proceso decisorio (y, obviamente, el resultado al que conduce) parece convertirse en la auténtica *ratio decidendi* del Tribunal.

En *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers*, de abril de 2014, el sindicato recurrente negaba la compatibilidad con el artículo 11 CEDH de la prohibición por ley en el Reino Unido de las huelgas de solidaridad. En el ámbito de esta disposición convencional, reconoce el Tribunal, los Estados disponen de un evidente margen regulatorio «*through normal democratic process*», ya que se trata de conjugar el ejercicio de la libertad sindical con el marco general social y económico del país. El margen es mayor si la restricción no afecta a la esencia de la actividad sindical, sino, como sucede en este caso, a aspectos «secundarios o accesorios» de la misma. Reconocido este amplio espacio al Estado parte, el Tribunal repasa la evolución de la normativa en la materia desde la *Employment Act* de 1980, que se aprobó con la clara voluntad de fijar, en interés de la economía general, «un nuevo equilibrio en las relaciones industriales», limitando para ello el derecho de los sindicatos a adoptar «secondary action»⁷⁵. La prohibición de las huelgas de solidaridad «has remained intact for over twenty years, notwithstanding two changes of government during that time. This denotes a democratic consensus in support of it,

directly affected by the legislation» (§ 84), para concluir que, dadas las circunstancias del caso, el demandante puede considerarse víctima en ausencia de una concreta medida de aplicación de la legislación electoral (§ 86).

⁷⁴ *Shindler*, § 117.

⁷⁵ Como, por ejemplo, las huelgas de solidaridad. El repaso a esta evolución se encuentra en *National Union Rail, Maritime and Transport Workers*, § 89.

and an acceptance of the reasons for it, which span a broad spectrum of political opinion in the United Kingdom. These considerations lead the Court to conclude that in their assessment of how the broader public interest is best served in their country in the often charged political, social and economic context of industrial relations, the domestic legislative authorities relied on reasons that were both relevant and sufficient for the purposes of Article 11»⁷⁶.

El TEDH afirma igualmente la proporcionalidad de la restricción aludiendo a las razones que llevaron al Parlamento en 1980 a adoptar una nueva regulación general en la materia y considera que el órgano legislativo tomó en consideración los intereses individuales y generales en conflicto⁷⁷.

El repaso a las diferentes Sentencias del TEDH que se ha llevado a cabo en las últimas páginas consiente algunas conclusiones sobre el empleo por el Tribunal de este novedoso criterio interpretativo. Iniciaré con una constatación, tal y como se expresa en S.A.S.: si el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que la medida general que se controla ha sido tomada por el Estado mediante un «proceso democrático» en el que se han ponderado los intereses en conflicto, entonces está obligado a un ejercicio de contención al llevar a cabo su función⁷⁸.

En la práctica, y así resulta de los varios supuestos analizados, la verificación de la existencia de ese proceso y de la referida ponderación se acaba convirtiendo en un elemento decisivo de las *rationes decidendi* que llevan al TEDH a concluir en cada caso como lo hace. Veamos. Del total de once pronunciamientos analizados, diez Sentencias⁷⁹ y una Decisión de inadmisión, siempre que en el fallo se declara la no violación (o se inadmite la demanda por manifiestamente mal fundada) el Tribunal se ha dado por satisfecho con las formas y el contenido del proceso democrático⁸⁰. Cuando por el contrario en la parte dispositiva de la Sentencia se afirma la violación del derecho que motivó la demanda, el Tribunal ha identificado en su discurso motivador algún déficit en aquel proceso⁸¹.

Parece quedar también claro que, tal y como acabo de apuntar, *el proceso democrático en cuestión tiene una doble dimensión: la formal y la sustancial*. La primera se refiere a las discusiones que hayan podido tener lugar en las comisiones o en las sesiones plenarias de cada Cámara, a las mayorías que han apoyado la decisión tomada, a los comités técnicos o de expertos que eventualmente hayan intervenido, también fuera del Parlamento, en el trámite de elaboración de la medida general, y a las posibles consultas a la ciudadanía que se hayan llevado a cabo. Estos elementos (algunos de ellos), pero no necesariamente la suma de todos ellos, garantizarían que la actuación del *policy-maker* nacional ha sido respetuosa con el pluralismo y la diversidad de opiniones, por lo que ha sido posible tener un conocimiento cabal de los intereses en juego. La amplia legitimidad democrática de la que se encontraría revestida la decisión nacional obligaría al TEDH en tales casos a un

76 *National Union Rail, Maritime and Transport Workers*, § 99.

77 *National Union Rail, Maritime and Transport Workers*, §§ 102-103.

78 S.A.S., §154.

79 Considero también a estos efectos los casos *Draon v. France* y *Dickson v. the United Kingdom*, a los que me he referido solo de pasada.

80 Así sucede en los asuntos *Maurice, Draon, Evans, Friend, the Countryside Alliance and Others, Animal Defenders International, Shindler* y *National Union Rail, Maritime and Transport Workers*.

81 En *Hirst (No 2)* y en *Lindheim*, no se ponderó; en *Dickson* y en *Alajos Kiss*, el proceso pura y simplemente no existió (aunque las circunstancias de ambos casos son diferentes)

ejercicio de *self-restraint*. Un proceso de estas características es el que mejor se adecúa a la idea democrática que el propio Tribunal ha extraído del Convenio, a la que me he referido en el segundo apartado de este trabajo. Así lo hizo notar (como poco éxito del argumento a tenor de la condena final), y así lo he recordado supra, el Gobierno noruego en *Lindbeim*.

Pero el proceso democrático tiene, además, una vertiente sustantiva. No es suficiente con informar, participar, debatir, consensuar, votar. El resultado de ese conjunto más o menos numeroso de trámites tiene que servir para evidenciar que a lo largo del proceso se tomaron en consideración todos los intereses en juego y que la decisión última ponderó entre ellos de un modo que no puede considerarse ni arbitrario, ni manifiestamente desproporcionado. En *Shindler* tras resumir los diversos pasos que se habían dado para aprobar la medida legislativa controvertida, el Tribunal de Estrasburgo puntualizó que, «This is not to say that because a legislature debates, possibly even repeatedly, an issue and reaches a particular conclusion thereon, that conclusion is necessarily Convention compliant. It simply means that that review is taken into consideration by the Court for the purpose of deciding whether a fair balance has been struck between competing interests»⁸².

De nuevo, la conclusión parece obligada: si el proceso que se ha seguido para la aprobación de la ley (supuesto típico de medida general que limita derechos) reúne las características queridas por el Tribunal, se refuerza la presunción de que la actividad del legislador resulta compatible con el Convenio, es decir, se ensanchan los bordes del margen de apreciación nacional. O en otros términos, a mayor «calidad» del proceso legislativo corresponde un mayor margen de apreciación.

Una de las ventajas de este nuevo criterio es que su empleo puede servir para racionalizar la aplicación del margen de apreciación nacional. Como se sabe, esta categoría de producción estrasburguesa es una de las más criticadas (si no la más criticada) de todas las que el TEDH, también aquí siguiendo la estela de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha ido acuñando a lo largo de sus ya casi sesenta años de existencia. El empleo que de la misma se hace dista de ser previsible y en ocasiones no pasa de ser un expediente técnico para evitar la condena al Estado demandando. La calidad del proceso decisorio sería así una más de las pautas (la última de las concebidas por el Tribunal) mediante las que se pretendería identificar en el caso concreto cuánto margen ha de reconocerse al Estado. Y es que el problema no se sitúa tanto en la definición de los ámbitos materiales en los que la deferencia a las instituciones democráticas nacionales es obligada, como en la intensidad de esa deferencia. En la apreciación del margen de apreciación.

El esfuerzo del TEDH por ordenar, por someter a parámetros conocidos, objetivos y practicables el margen de apreciación, ha de ser valorado muy positivamente. En este sentido, el criterio analizado en estas páginas ha de ser considerado como un avance más en un recorrido aun incompleto. Solo el transcurso del tiempo y la actividad del Tribunal confirmarán su consolidación y una más precisa determinación de la doble dimensión (formal y sustantiva) de la calidad del proceso decisorio democrático cuando se toman medidas de carácter general que suponen limitación de derechos.

82 *Shindler*, §117. Se despeja así la duda que se plantean F. DE LONDRA - K. DZEHTSIAROU, *op. cit.*, p. 112.

Mientras tanto, no faltarán quienes piensen que este criterio se puede acabar convirtiendo en una especie de *trump card* para extender los efectos del margen de apreciación nacional. Su origen marcado británico y las consecuencias (en términos meramente estadísticos) que mayoritariamente se derivan de su aplicación (no condena) podrían llevar a concluir que estaríamos en presencia de un artificio construido en gran medida para contentar a uno de los Estados más críticos con el sistema convencional y, en particular, con la actitud de su último intérprete.

No creo que este sea el caso, pero la historia de la Declaración de Copenhague, con la obsesión de algunos Estados por convertir el margen de apreciación en el elemento central del sistema convencional y de la actividad interpretativa del Tribunal de Estrasburgo, puede servir para reforzar las sospechas de algunos⁸³.

TITLE: The impact of the European Court of Human Rights on national political processes: conventional democracy and margin of appreciation

ABSTRACT: The European Convention on Human Rights of 1950 is not only an international treaty of protection of human rights, but also, in Strasbourg Court's terms, an instrument for maintaining and promoting the values and aspirations of a democratic society. This aim permeates all the case law of the Court, particularly in the field of articles 8-11 of the Convention and article 3 of the First Optional Protocol. On the other hand, the "quality" of the national political process has been considered in recent case law as a criterion for the application of the margin of appreciation doctrine.

This paper analyzes the concept of democracy shaped by the Court and its consequences for defining the extension of the national margin of appreciation.

RESUMEN: Además de un instrumento internacional para la protección de los derechos humanos, el Convenio de Roma de 1950 es también un tratado concebido, en los términos del Tribunal de Estrasburgo, para el mantenimiento y la promoción de los valores e ideales de una sociedad democrática. Esta finalidad se encuentra muy presente en la jurisprudencia del Tribunal, en particular, aunque no solo, en el ámbito de los artículos 8-11 del Convenio y 3 del Primer Protocolo Opcional. Por otro lado, una jurisprudencia bastante reciente utiliza como criterio de identificación del ámbito de aplicación del margen de apreciación la «calidad» del proceso político nacional que ha conducido a la regulación general de la que trae causa una concreta injerencia en el derecho fundamental que el convenio garantiza.

En este artículo se analiza tanto el concepto de democracia que resulta de las demandas decididas por el Tribunal como las exigencias que del mismo resultan para definir la extensión del margen de apreciación nacional.

KEY WORDS: European Court of Human Rights. Democracy. Margin of appreciation.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Democracia. Margen de apreciación.

FECHA DE RECEPCIÓN: 03.08.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

83 Sobre la Declaración de Copenhague y el margen de apreciación, G. Ulfstein and A. Follesdal, «Copenhagen-much ado about little?», en ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/ (publicado el 14 de abril de 2018).

LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE PENAS Y TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES EN EL CEDH

RAÚL CANOSA USERA

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense*

SUMARIO

- I. La protección parcial de la integridad sin reconocimiento expreso de un derecho.
- II. El derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes.
- III. Tratos vedados: la escala de la gravedad.
- IV. Deber de proteger y derecho a la protección.
- V. Un intento de ordenación de la casuística jurisprudencial: ámbitos de la realidad en los que se ha proyectado el artículo 3.
- VI. Conclusión.

I. LA PROTECCIÓN PARCIAL DE LA INTEGRIDAD SIN RECONOCIMIENTO EXPRESO DE UN DERECHO

I.1. Raigambre histórica de la prohibición de torturas, penas y tratos inhumanos o degradantes

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹ continúa la tradición humanitaria que inaugura el constitucionalismo liberal al prohibir la tortura y

1 Entre los comentarios del artículo 3 CEDH cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1996, pp. 70 y ss. P. KEMPEES, *A systematic guide to the case-law of European Court of Human Rights 1960-1994*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston-Londres, 1996, pp. 13 y ss. A. SALADO, «La tortura y los tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 85 y ss. R. BEDDARD, *Human Rights and Europe*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1995, p. 45, y DI ANDREANA ESPOSITO, «Art. 3», en S. BARTOLE, G. P. CONFORTI y B. RAIMONDI (dir.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 49. F. SUDRE, «Article 3», en L. E. PETTITI, E. DECAUX y P. H. IMBERT (dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l'homme article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 157. A. CASSESE, «Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», en *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 228; R. McDONALD, «International Prohibition Againsts Torture and Other Forms of Similar Treatment or Punishment», en *International Law at a Time of Perplexity/ Essays in honor of Shabtain Rossemne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 27. J. CALLEWAERT, «L'article 3 de la Convention Européenne: une norme relativement absolue

que tiene su manifestación señera en el Bill of Rights de 1689 cuyo artículo X establece «que no deben exigirse fianzas exageradas ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados.» Casi en los mismos términos, prohibiendo los «castigos crueles e inusitados», se expresa la octava enmienda, aprobada en 1792, a la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Por su parte, el constitucionalismo europeo actualizó la terminología y el artículo 9 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 prohíbe «todo rigor que no sea necesario para mantenerlo retenido debe ser severamente reprimido por la ley», y también el artículo 303 de la Constitución española de 1812 disponía: «no se usará nunca del tormento ni de los apremios.»²

El Derecho constitucional histórico introdujo pues desde la primera hora interdicciones claras a lo que hoy denominamos torturas o tratos inhumanos, y fijó así un ámbito de la integridad personal protegido frente al poder público, en línea con el resto de los derechos públicos subjetivos. Sin embargo, el expediente técnico usado no fue el de reconocer expresamente un derecho, sino el de prohibir a los poderes públicos determinadas acciones que, aún recibiendo nombres distintos, remiten a las actuales de tortura y tratos inhumanos o degradantes. Sea cual fuere la nomenclatura empleada para referirse a los tratos vedados, el modo de combatirlos ha sido siempre el de la prohibición objetiva, pero ésta tenía que abrir la puerta a la reclamación subjetiva de la víctima.

En el discurrir histórico de los derechos era lógico que el Derecho internacional³, al ocuparse de ellos, incorporase también la prohibición que estamos analizando. Por eso ya el artículo 5 de la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) la recogía. Siguió el Convenio Europeo (1950), con su artículo 3. Posteriormente, en 1962, la Convención Americana (artículo 5) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 (artículo 7), sin olvidar los tratados específicos⁴.

Hay pues coincidencia en incluir la prohibición de la tortura en todos los ordenamientos tanto internacionales como nacionales, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 4)⁵

I.2. Interpretación evolutiva de la prohibición

Es obvio que lo que hoy significan los «tratos crueles o inusitados» o las torturas y los tratos inhumanos o degradantes ha ido evolucionando con el tiempo y determinadas acciones que antaño no hubieran recibido tal calificación hoy la reciben⁶. En este sentido

ou absolument relative?», en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Paris, 1995, pp. 13 y ss. W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2015, pp. 43 y ss. Un estudio extenso y sistemático de la jurisprudencia del TEDH lo ofrece J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden. Estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de DDHH*, Civitas, Madrid, 2007.

2 Un panorama de estos antecedentes lo ofrece R. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 19 y ss.

3 *Ibid.*, pp. 23 y ss.

4 Cfr. infra II y III.

5 *Ibid.*, pp. 48 y ss.

6 Acerca de esta interpretación evolutiva, cfr. entre otros F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, París, 2005, pp. 288 y ss. También R. CANOSA USERA, «La interpretación evolutiva del convenio

es célebre, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos o, en lo que ahora nos atañe, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De este último son relevantes los casos en los que, tras destacarse que el Convenio es un instrumento vivo, se anuncia un cambio en la jurisprudencia para adaptarla a la nueva sensibilidad social que, en relación con las torturas y tratos inhumanos, es cada vez menos tolerante y provoca una ampliación jurisprudencial del ámbito protegido⁷. Lo anterior significa que situaciones de la vida antes no cubiertas por la provisión, ahora lo están. Esto sucedió en relación con las torturas a partir del caso *Ascoy c. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996, cuando comienza a evolucionar su jurisprudencia que cambia definitivamente en el caso *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, incrementando su estándar de protección.

Por lo que concierne a los tratos inhumanos o degradantes, la más significativa y explícita ampliación de la protección acontece en los casos *Henaf c. Francia*, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov c. Bulgaria*, de 10 de diciembre de 2003. En ellas el TEDH subió el estándar de protección respecto de lo que considera trato inhumano⁸. Consideró que había vulneración, en el primero de los casos, por encadenar durante una noche a la cama de un hospital a un preso multirreincidente y con antecedentes de quebrantamiento de permiso carcelario, y en el segundo por el afeitado de la cabeza de un detenido, acción en la que encuentra ánimo de humillar. Esta evolución, obedece, como afirma en la primera de las sentencias citadas, a que la Convención es un instrumento vivo que hay que interpretar a la luz de las circunstancias actuales que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos implica, y, en paralelo, una mayor firmeza en la apreciación en los atentados contra los valores fundamentales de las sociedades democráticas, lo que hace que entren en el campo de aplicación del artículo 3 conductas que en el pasado se hubiera considerado que no presentaban el grado mínimo de gravedad.

En contraste, en el caso *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, el TEDH negó que hubiera infracción del artículo 3 en la negativa de las Autoridades a garantizar la impunidad al marido de una enferma terminal que deseaba morir, pero no podía suicidarse y necesitaba la ayuda de su marido. Según la recurrente se la obligaba a soportar una lenta agonía que, a su juicio, constituía trato inhumano o degradante. De este caso se infiere la evidente consecuencia de que, si bien los justiciables pueden impulsar los cambios en la doctrina del TEDH, éste siempre es dueño de materializarlos o no, modulando así la evolución de su jurisprudencia.

En el contexto de esta perenne evolutividad no puede olvidarse la invención de la doctrina de la violación procedimental que se suma a la de la ampliación del ámbito

Europeo de Derechos Humanos», en J. GARCÍA ROCA y P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Integración europea a través de derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 79 y ss. J. CASADEVAL habla de «interpretación extensiva y evolutiva», *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 135 y ss.

7 Sobre esta ampliación, cfr. R. CANOSA USERA, H. FIX ZAMUDIO, y E. CORZO, «El derecho a la integridad personal», en J. GARCÍA ROCA, P. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, y R. CANOSA (edit.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 26 y ss. También VELU y ERGEC analizan los distintos ámbitos donde el TEDH ha proyectado su doctrina, *La convention européenne des droits de l'homme: extrait du repertoire du droit belge*, ob. cit., pp. 204 y ss.

8 Sobre estos dos casos, cfr. CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., p. 32.

material; en efecto cuando el Estado no investiga suficientemente la violación alegada se entiende que faltó diligencia en la investigación y ello constituye en sí mismo una violación⁹.

La evolución comentada ha implicado que la parte de la integridad personal protegida por la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH sea mayor. A pesar de esta ampliación, el TEDH no puede con el artículo 3 tutelar todo el bien jurídico integridad personal¹⁰. El problema mayor del TEDH es que no dispone de un precepto convencional específico, en contraste con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene a su disposición el artículo 5 de la Convención Americana que proclama expresamente el derecho a la integridad¹¹. Para paliar esta desventaja el TEDH ha acabado adscribiendo el derecho a la integridad al artículo 8 CEDH, es decir, considerándolo parte del derecho a la vida privada y familiar¹². Lo ha hecho además refiriéndose claramente al «derecho a la integridad»¹³, sin enmascararlo. De esta suerte, aún sin reconocimiento expreso en el Convenio de un derecho específico a la integridad el TEDH acaba protegiendo la integridad frente a ataques contra ella que no caen en la órbita del artículo 3. Así que la protección de la integridad frente a torturas y penas y tratos inhumanos y degradantes derivaría del artículo 3 CEDH, con un ámbito cada vez más amplio, y frente otros ataques a la integridad la salvaguardia se encauza a través del artículo 8. El TEDH ha desplegado una auténtica interpretación evolutiva respecto a la ampliación de las situaciones de la vida protegidas por el artículo 3, además de la tesis de la violación procedimental, y ha creado un derecho a la integridad, incluido en el artículo 8, para proteger la integridad en aquellas otras múltiples situaciones vitales donde los ataques o riesgos para ella no merecieran reproche desde la óptica del artículo 3.

II. EL DERECHO A NO SUFRIR TORTURAS NI PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES

La generalizada inclusión de la prohibición es indicativa de que la prohibición forma parte del acervo común de todo orden jurídico fundado en la libertad. Sería uno de esos derechos cuya tutela sería imprescindible a la luz del célebre artículo 16 del la Declaración francesa de 1789. En el ámbito estatal, la sanción penal de las conductas proscritas completa la protección. Además, hay que subrayar que el castigo penal es también una

9 Cfr. infra III.

10 CANOSA USERA, *El derecho a la integridad personal*, ob. cit., pp. 39 y ss.

11 En contraste con la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José, al respecto cfr. sobre todos S. GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. S. GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001. L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2009. También H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica, 1996. L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Los sistemas de protección americano y europeo de derechos humanos», en *La Corte y el sistema internacional de Derecho Humanos*, San José de Costa Rica, 1994, pp. 501 y ss.

12 A propósito de la conexión con el artículo 8 de la protección de la integridad, cfr. P. SANTOLAYA MACHETTI, en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., 2014, pp. 429 y ss. Y CANOSA USERA, *El derecho a la integridad*, ob. cit., pp. 117 y ss.

13 Caso Glass contra Reino Unido, de 9 de marzo, parágrafo 70.

exigencia del Derecho internacional, en concreto del artículo 4 de la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de 10 octubre 1984.

Ya apuntábamos que el artículo 3 CEDH no proclama en rigor un derecho¹⁴, sino que contiene una prohibición para los poderes públicos de infligir tortura o tratos inhumanos o degradantes. Para algunos¹⁵ el artículo 3 supone un reconocimiento negativo del derecho a la integridad. Y es innegable que el bien jurídico protegido es, en efecto, la integridad personal y que, al proscribirse ciertas acciones, acaba perfilándose negativamente el contenido de un derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes. La proscripción objetiva de tales conductas lesivas del bien jurídico integridad acaba generando un derecho subjetivo a no sufrir los tratos vedados. La subjetivación se consagra con la posibilidad de hacer valer judicialmente esa posición individual que resulta, por reflejo, de la prohibición objetiva.

Este derecho subjetivo reflejo no es el único de los que forman el contenido del derecho a la integridad. Es un fragmento del haz de posiciones iusfundamentales que componen la totalidad del derecho a la integridad. Sin embargo, es uno de los más fuertes porque recibe del orden jurídico, internacional y nacional una protección más intensa, al punto de ser considerado absoluto e inderogable.¹⁶ Lo ha resaltado el TEDH, entre otros, en el caso *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989¹⁷, en el que el TEDH subrayó también que este precepto conforma uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas¹⁸.

Así que la prohibición contenida en el artículo 3 del Convenio es absoluta, es decir, el derecho que genera no puede ser limitado ni suspendido; es, pues, inderogable, tal y como establece el artículo 15.2 CEDH. No cabe, por tanto, ponderar entre situaciones de tortura o tratos inhumanos y otros bienes jurídicos como, por ejemplo, la eficacia policial

14 Al respecto G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, ob. cit., pp. 70 y ss., y también P. KEMPEES, *A systematic guide to the case-law of European Court of Human Rights 1960-1994*, ob. cit., 1996, pp. 13 y ss. Esta estructura de prohibición no de reconocimiento de un derecho la comparte el artículo 3 con el artículo 4 (la prohibición de esclavitud), como subraya S. GREER, *The European convention of Human Rights. Achievement, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, pp. 232. critica la consideración de absoluto del derecho a la vista de las contradicciones en las que a su juicio incurría el TEDH.

15 A. SALADO, ob. cit., p. 87.

16 Son muchos los que han afirmado el carácter absoluto e inderogable de la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH, por ejemplo, COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, ob. cit., pp. 70 y ss., y también KEMPEES, *A systematic guide to the case-law of European Court of Human Rights 1960-1994*, ob. cit., 1996, pp. 13 y ss.; SUDRE, «Article 3», en *La Convention Européenne des Droits de l'homme article par article*, ob. cit., p. 157; CASSESE, «Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», ob. cit., p. 228; McDONALD, «International Prohibition Against Torture and Other Forms of Similar Treatment or Punishment», ob. cit., p. 27; J. CALLEWAERT, «L'article 3 de la Convention Européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?», ob. cit., p. 45, y DI ANDREANA ESPOSITO, «Art. 3», ob. cit., p. 49. En la doctrina española, cfr. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 136 y 137, y SALADO OSUNA, ob. cit., p. 87. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., pp. 43 y ss. GREER, *The European convention of Human Rights. Achievement, Problems and Prospects*, ob. cit., pp. 233 y ss. critica la consideración de absoluto del derecho a la vista de las contradicciones en las que a su juicio incurría el TEDH, aunque admite que posee un status de especial protección.

17 Al respecto cfr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., p. 281, que cita el también relevante, a estos efectos, caso *Al-Adsani c. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, en el que se dice que la prohibición de la tortura se ha convertido en una regla interpretativa de Derecho internacional.

18 Como subrayan P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN y L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 88.

en la lucha contra el terrorismo¹⁹. Ningún fin, por legítimo que sea, permite someter a un individuo a torturas, penas y tratos inhumanos o degradantes, pues el valor supremo de la dignidad sufre siempre en semejantes situaciones.

III. TRATOS VEDADOS: LA ESCALA DE LA GRAVEDAD

Para distinguir entre los distintos tratos vedados por el artículo 3, el TEDH ha recurrido a la Convención contra la tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, además de al Convenio europeo para la prevención de la tortura de las penas y tratos inhumanos o degradantes, de 1987. Pero mientras que la específica Convención americana tiene carácter sustantivo y complementa la prohibición del Pacto de San José, estableciendo medidas para combatirla y sancionarla²⁰, el Convenio europeo se limita a crear el Comité para la prevención de la tortura y los tratos prohibidos, Comité cuyos informes son con mucha frecuencia citados por el TEDH, así que, como en otras ocasiones, el TEDH incorpora a su canon de enjuiciamiento otros tratados más específicos y considera la opinión de los órganos encargados de interpretarlos, todo ello para fijar el alcance de los derechos del CEDH.

Con los malos tratos en general el TEDH conformó una escala de gravedad²¹ dentro de la cual la conducta de mayor gravedad es la tortura, de conformidad con el grado que le ha otorgado la jurisprudencia, y después le siguen las penas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Cada uno de estos tres grados pertenece a una misma escala y se distinguen entre sí por la gravedad. Sin embargo, no hay una diferencia clara entre los tratos inhumanos y los degradantes, a pesar de que el TEDH intentó establecer un criterio clasificatorio de la gravedad y las circunstancias que hay que valorar en cada una de las conductas para diferenciarlas entre sí²². Estas distinciones se han ido desdibujando, dejando aparte la más clara diferenciación entre la tortura y los demás tratos vedados²³. Así pues, el TEDH no ha

19 Caso Tomas c. Francia, de 27 de agosto de 1992 y caso Ascoy c. Turquía, de 18 de diciembre de 1996.

20 Existe, de entrada, una diferencia en la regulación textual de las diversas conductas prohibidas y su escala. Mientras que en la CEDH (art. 3) se hace referencia, únicamente en sentido negativo, a la tortura y a los tratos inhumanos y degradantes, en la CADH (art. 5), a la misma fórmula en sentido negativo se añade la referencia a los tratos crueles y, en sentido positivo, se adiciona el trato digno. No obstante, la diferente regulación, encontramos varias coincidencias en la jurisprudencia. Cfr. al respecto CANOSA, FIX ZAMUDIO Y CORZO, ob. cit., pp. 162 a 168.

21 Acerca de la escala de gravedad de las conductas prohibidas por el artículo 3 CEDH, cfr. DI ANDREANA ESPOSITO, ob. cit., p. 56 y ss. J. VELU y R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme: extrait du repertoire pratique du droit belge*, tom. VII, Bruylian, Bruselas, 1990, pp. 195 y 196. CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., p. 217. VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN Y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., 2006, pp. 406 y ss.

22 Este esfuerzo no lo encontramos en América, donde se ha optado por la casuística, predominando la ambigüedad en la calificación de las conductas. Aunque a diferencia de Europa se ha introducido un elemento más que, si bien lo anunciamos en sentido positivo, trato digno, ha jugado un papel importante a la hora de la calificación de las conductas al referirse como trato indigno. CANOSA, FIX ZAMUDIO Y CORZO, ob. cit., pp. 162 a 168.

23 Parte de la doctrina critica la concepción relativista que deja en manos de la jurisprudencia la determinación casuística de cuándo está presente: C. VILLÁN DURÁN, «La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en Derecho Internacionales», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, vol. XXXLII, p. 390. SALADO, «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», ob. cit., pp. 89 y 90.

sostenido este esfuerzo clasificatorio y ha acabado diluyendo la distinción entre tratos inhumanos y tratos degradantes para limitarse a declarar la infracción del artículo 3 del Convenio o declarar que en el caso se dan tanto el trato inhumano como el degradante²⁴.

Todos los tratos vedados constituirían ataques a la integridad y por ello a la dignidad. Tendrían en común el efecto de causar algún tipo de sufrimiento que provocase a la víctima humillación²⁵. Según las circunstancias del caso, habría que valorar la gravedad, y de esta valoración resultaría la calificación del trato infligido como tortura, trato inhumano o trato degradante. El criterio de la gravedad, así como las circunstancias que sería necesario valorar en cada supuesto, las expone el TEDH en el importantísimo e inaugural caso Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978²⁶. Para el TEDH, habría de tenerse en cuenta la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales, el sexo de la víctima, su edad, su estado de salud y otras circunstancias que eventualmente pudieran considerarse, en definitiva, la intensidad del sufrimiento²⁷.

El TEDH acuña, en el caso Ribitsh c. Austria, de 4 de diciembre de 1995, la expresión, englobadora de todas esas circunstancias, «vulnerabilidad de la víctima»²⁸ que sirve para graduar la gravedad del mal trato. La apreciación de la gravedad sería, pues, relativa, dependiendo de esas circunstancias. Y como ya hemos visto, el TEDH ha ido cambiando su apreciación de las circunstancias para ir ampliando el radio de protección brindado por el artículo 3.

Para definir la *tortura*²⁹, el TEDH tiene muy presente el artículo 1 del Convenio de Naciones Unidas contra la tortura de 1984³⁰ donde se encuentra una pormenorizada

24 Caso Rivas c. Francia, de 1 de abril de 2004, y caso Jalloh c. Alemania, de 11 de julio de 2006.

25 Acerca del sufrimiento psicológico, cfr. VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., 2006, pp. 416 y ss.

26 Sobre el carácter canónico del caso Irlanda c. el Reino Unido, donde encontramos las primeras definiciones de tortura y tratos inhumanos y degradantes, cfr. G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, ob. cit., pp. 70 y ss. Cfr. también sobre este importante caso V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, París, 1998, pp. 79 y ss.

27 SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., p.281. También BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., pp. 276 y ss. VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., 2006, pp. 412 y ss.

28 Al respecto cfr., entre otros, GREER, *The European convention of Human Rights. Achievement, Problems and Prospects*, ob. cit., pp. 235 y ss.

29 A propósito de la jurisprudencia del TEDH sobre la tortura, cfr. SALADO OSUNA, «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», ob. cit., pp. 89 y ss. G. PORTILLA CONTRERAS, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 282 y ss. CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 219 y ss.

30 Sobre los convenios internacionales que interactúan con el CEDH, cfr. DI ANDREANA ESPOSITO, «Art. 3», ob. cit., pp. 74 y 75, y J. VELU y R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme: extrait du repertoire du droit belge, tom. VII*, Bruylian, Bruselas, 1990, pp. 195 y 196. En especial sobre la Convención contra la tortura, cfr. C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTES ROMANI, «Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura», en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª edición, Diles, S.L., Madrid, pp. 310-316. N. LERNER, «The U.N. Convention on Torture», en *Israel Year book on Human Rights*, vol. 16, 1986, pp.126-142. W. MAGEE PEDER, «The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment», en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 25, n.º 3, 1992, pp. 809-839. F. MARIÑO MENÉNDEZ, «La Convención contra la Tortura», en F. GÓMEZ ISA y J.A. PASTOR RIDRUEJO (dirs.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 243-277. M. TARDU, «The United Nations Convention Against

descripción y de la que infiere un concepto amplio en el que se identifican un elemento material, uno teleológico y la cualificación del sujeto activo, así como lo señalado por el Comité europeo para la prevención de la tortura³¹. El elemento material lo constituye todo dolor o sufrimiento grave, físico o mental, infligido a una persona. De aquí se colige el criterio de gravedad: para que estemos ante un caso de tortura, es preciso la existencia de gravedad del sufrimiento. Este puede ser físico o mental y aunque a menudo se presentan simultáneamente, basta la presencia de uno de los dos para que pueda ser apreciada la tortura.

El elemento teleológico consiste en la finalidad perseguida por la tortura: obtener información, lograr una confesión, coaccionar o castigar. Este elemento, con ser importante, debe presuponerse siempre que se dan los demás elementos constitutivos del tipo pues si, además de sufrimiento, éste se inflige intencionadamente por funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas estamos ante tortura. Sumado al elemento objetivo y a la voluntariedad se requiere la cualificación del sujeto activo que debe ser funcionario público o personal al servicio de la autoridad. A pesar de lo anterior, el TEDH ha abierto la posibilidad de considerar tortura los sufrimientos graves infligidos por un particular³², derivando la lesión del incumplimiento estatal de su obligación de asegurar que nadie, bajo su jurisdicción, sea afectado en sus derechos humanos.

Alguna doctrina³³ considera que eximir del requisito de la especial cualificación del sujeto desvirtúa el concepto de tortura, pues no se daría tampoco el elemento teleológico, y entonces lo definitorio de la tortura consistiría únicamente en los sufrimientos graves infligidos voluntariamente, pero, en cambio, otros opinan³⁴ lo contrario al entender que tal cualificación del sujeto activo no viene exigida por el Convenio, lo que permitiría acercar la doctrina del TEDH a la de su contraparte interamericana.

Con una gradación de menor gravedad, tras la tortura, se situarían las *penas y tratos inhumanos o degradantes*³⁵ entre los que no es fácil distinguir³⁶. Para el TEDH que, en el caso Irlanda contra Reino Unido, había apreciado trato inhumano, pero no tortura, los acaba definiendo como «los sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente

Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», en *Netherland Journal International Law*, vol. 56, 1987, pp. 303 a 321. C. VILLÁN DURÁN, «La convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en Derecho Internacional», ob. cit., pp. 377 a 395. J. VOYAUME, «La convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants», en *La lutte internationale contre la torture*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1991, pp. 434 a 455.

31 Al respecto cfr. CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 217 y ss. Y BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., 2007, pp. 264 y ss.

32 Caso A. c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998.

33 La doctrina que critica la ampliación del concepto de tortura: M. L. MAQUEDA ABREU, «La tortura y los tratos inhumanos y degradantes», en *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, tomo XXXIX, 1986, p. 430, F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España: Estudios históricos*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 244, R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El control internacional de la tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes*, Universidad de Granada, 199, p. 98.

34 SALADO advierte que la restricción no se halla en el CEDH, «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», ob. cit., p. 90.

35 CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 221 y ss.

36 CANOSA, FIX ZAMUDIO y CORZO ponen en duda la utilidad de las distinciones intentadas por el TEDH al referirse al «esfuerzo acaso inútil para distinguir entre tratos crueles, inhumanos y degradantes», ob. cit., pp. 162 a 168.

con una intensidad particular»³⁷. En otra importante decisión se atribuye tal calificación al trato «premeditado, aplicado durante horas y que ha causado importantes lesiones físicas o psíquicas o mentales»³⁸. Se requiere sufrimiento de cierta duración, infligido premeditadamente, pero no se exige especial cualificación del sujeto que podría ser un particular, a diferencia de lo que, por regla general, se reclama de las torturas.

Por lo que respecta a las «penas» vedadas por el artículo 3 del Convenio hay que recordar que, del mismo modo que los ordenamientos prohíben la tortura y desde luego no la establecen legalmente como procedimiento común de investigación, tampoco prescriben castigos corporales que puedan infligirse conforme a un procedimiento reglado. Con todo, el TEDH se enfrentó, en el temprano caso *Tyrer c. Reino Unido*, del 25 de abril de 1978, a una práctica generalizada entonces y aún hoy no completamente erradicada en los ámbitos privados: la de ciertos castigos corporales infligidos a menores; en el caso resuelto era la propia policía la que los ejecutaba en la isla de Man. Sin dudar, el Tribunal calificó esa «violencia institucionalizada» como pena vedada por el artículo 3³⁹.

Los tratos degradantes serían el siguiente y último escalón de gravedad. En los casos *Tyrer c. Reino Unido* e *Irlanda c. Reino Unido*, ya citados, el TEDH se refiere al terror, angustia e inferioridad capaz de humillar a la víctima. En *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, otro caso de castigos infligidos de forma «reglada» en el medio escolar pero que no se llegaron a realizar, el TEDH admite que la «simple amenaza» de recibir un mal trato puede en potencia constituir una lesión. El Tribunal define el trato degradante por el resultado causado a la víctima no por la lesión objetiva en ella producido ya que es la humillación lo constitutivo del trato degradante; y éste se da, aunque no haya habido sufrimiento físico o mental de gran intensidad⁴⁰.

IV. DEBER DE PROTEGER Y DERECHO A LA PROTECCIÓN

La obligación general que recae sobre los Estados de respeto a los derechos humanos (artículo 1 CEDH)⁴¹ implica una obligación negativa⁴², de abstención de toda interferencia en el ejercicio de tales derechos. En el caso de la prohibición contenida en el artículo 3, ese componente negativo es claro, porque justamente se trata de una obligación de abstención de las conductas prohibidas ya que expresamente se demanda a los poderes públicos que omitan las torturas y los demás tratos vedados.

Pero al lado, de esta obligación negativa, consustancial a la concepción de los derechos públicos subjetivos, en la jurisprudencia de los máximos tribunales de los derechos y entre ellos, señaladamente, la del TEDH, se ha abierto camino la obligación positiva de

37 Caso *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, par. 29.

38 Caso *Soering c. Reino Unido*, par. 100; y caso *Kudla c. Polonia*, de 26 de octubre de 2000; y caso *Van der Ven contra Holanda*, de 4 de febrero de 2003.

39 Sobre este caso, cfr. *BEDDARD*, ob. cit., p. 86. Así mismo, cfr. infra V.6. b).

40 Caso *Yankov c. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003.

41 Cfr. por todos, P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 1)», en GARCÍA ROCA y SANTOLAYA (coords.), ob. cit., pp. 43 y ss.

42 Obvia, como subraya, *SUDRE*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., p. 283.

proteger los derechos que en el CEDH⁴³ se anudan a lo previsto en su artículo 1⁴⁴. Acaba generándose una suerte de derecho a la protección cuya infracción supondría lesión del derecho sustantivo. El derecho a la protección⁴⁵ se encuadraría en el contenido del derecho a la integridad, particularmente en la prohibición del artículo 3 CEDH. Por lo demás, este derecho a la protección favorece la eficacia de los derechos convencionales frente a lesiones procedentes de particulares. La infracción combinada del derecho sustantivo con la de la obligación estatal de proteger contra las omisiones o acciones insuficientes de los poderes públicos es el punto de conexión que el TEDH necesitaba para resolver los casos en los que la lesión material procedía de un particular.

En los casos de torturas y tratos inhumanos y degradantes se desglosa ese derecho a la protección no sólo en la adopción de medidas que impidan la violación sino asimismo en los derechos a la investigación y a la sanción, incluso a la protección mediante la aprobación de una ley⁴⁶ protector de la integridad frente a torturas y tratos inhumanos y degradantes o de otro tipo menos lesivo que afecte empero a la vida privada.

Este modo de razonar ha supuesto, en relación con el artículo 3 y con los demás derechos convencionales, que pueda imputarse responsabilidad al Estado aún en los casos en los que la lesión sustantiva fuera producida por un particular. En estos supuestos el Estado sería responsable porque no habría protegido suficientemente ni impedido por lo tanto la lesión del derecho, incumpléndose la obligación positiva de proteger. Con independencia de si la autoría de la efectiva lesión sustantiva pueda imputarse a un poder público o a un particular, sólo al Estado, al responsable internacional, cabría imputar una infracción que lo sería de su obligación positiva de proteger. Además, el derecho a la protección, reflejo de la obligación positiva de proteger, permite a la víctima acudir al TEDH y obtener satisfacción.

Esta construcción jurisprudencial es particularmente válida en los casos resueltos por el TEDH en los que está en juego la aplicación del artículo 3. Véase el deber de investigar torturas y tratos inhumanos o degradantes que, cuando se incumple, conduce a la declaración de violación, aunque no se hayan podido encontrar pruebas fehacientes. Se trata de una línea de razonamiento puramente constitucional, construida sobre presupuestos distintos a los de la prueba en los procesos penales.

Era por lo demás esperable que el TEDH acabase también considerando una suerte de inversión de la carga de la prueba, de tal manera que tuviera el Estado que demostrar que una persona bajo su custodia no había sufrido malos tratos cuando había indicios de que los hubiera padecido⁴⁷.

43 El Estado está obligado a proteger la integridad de las personas bajo su jurisdicción, adoptando las medidas pertinentes como explica J. A. CARRILLO SALCEDO, «Article 1», en *La Convention Européenne des Droits de l'homme. Commentaire article par article*, ob. cit., p. 141. M.-A. EISSEN, «La Cour européenne des droits de l'homme», en *Revue de droit public et de science politique*, 1987, p. 1586. Cfr. también J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., 2007, pp. 106 y ss. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., p. 284. Y CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 148 y ss.

44 Caso H.L.R. c. Turquía, de 29 de abril de 1997, y caso A. c. Reino Unido.

45 R. ALEXY construye el derecho a la protección, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pp. 435 y ss.

46 Caso X e Y c. Holanda, y caso Mahmut Kaya c. Turquía, de 28 de marzo de 2000.

47 Sobre esta inversión de la carga de la prueba, cfr. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., p. 218, que comenta al respecto el caso Labita c. Italia, de 6 de abril de 2000.

En esta línea, se ha ampliado considerablemente el alcance de protección de la integridad frente a torturas y tratos inhumanos o degradantes, al derivar de la obligación de proteger un deber de investigar⁴⁸, es decir, de acometer las acciones necesarias para esclarecer los hechos e identificar y sancionar a los culpables, de suerte que toda renuencia u obstaculización por parte de las autoridades se consideran violatorias del derecho sustantivo. Cuando se incumple esa «obligación procesal»⁴⁹, se declara la vulneración de la vertiente procedimental del derecho⁵⁰ que puede ir o no acompañada de la violación sustancial.

Así el TEDH ha conectado la vulneración del artículo 3 CEDH al incumplimiento por parte del Estado de investigar efectivamente los hechos, de suerte tal que sería la falta de diligencia en la investigación la que provocaría impunidad, lo que constituiría violación del artículo 3 CEDH (caso *Ascoy* contra Turquía, ya citado, y otros varios casos que desde entonces han consolidado esta doctrina, con especial referencia a los supuestos de detenidos presuntos terroristas), advirtiendo que ni siquiera la lucha contra el terrorismo justifica ninguna limitación.

V. UN INTENTO DE ORDENACIÓN DE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL: ÁMBITOS DE LA REALIDAD EN LOS QUE SE HA PROYECTADO EL ARTÍCULO 3

Su ya dilatada historia y el más reciente acceso directo por parte de los justiciables han permitido al TEDH pronunciarse con profusión a propósito del alcance de los derechos convencionales y de manera muy significativa acerca del artículo 3. Al hacerlo el TEDH ha descartado en ocasiones la infracción del artículo 3, pero ha considerado violentada la integridad, llevando estas lesiones al artículo 8, del que se ha inferido un específico derecho a la integridad al que nos hemos referido antes.

Al abordar el análisis de la doctrina del TEDH relativa a la prohibición del artículo 3, encontramos un sinnúmero de sentencias, así que es conveniente ante tal panorama ordenar temáticamente esa jurisprudencia y ofrecer al lector una guía que le permita aprehenderla y comprenderla mejor. En nuestro auxilio el propio Tribunal viene haciendo el esfuerzo de componer unas fichas temáticas que cualquiera puede consultar y que son sumamente útiles⁵¹. Las que más nos interesan son aquellas que analizan determinadas

También BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., pp. 128 y ss.

48 Acerca del deber de investigar, cfr. SALADO, «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», ob. cit., p. 92. GARCÍA RAMÍREZ (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 852 y ss. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., pp. 77 y ss. Asimismo, L. DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2012, pp. 222 y ss.

49 Como la denomina SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., p. 283. Cfr. también CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 230 y ss.

50 Caso *Khachiev* c. Rusia, de 24 de febrero de 2005. También el caso 97 miembros de la Congregación Testigos de Jehová de Gldani c. Georgia, 3 de mayo de 2007. Sobre los casos similares relativos a España, cfr., en este mismo número de Teoría y Realidad Constitucionales, el estudio de I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ.

51 https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347890855564_pointer

situaciones o la condición de ciertos grupos de personas cuya vulnerabilidad los hace proclives a sufrir los tratos vedados por el artículo 3.

Conforme a la pauta señalada, vamos a analizar, primero, la situación de los privados de libertad. También nos ocuparemos de otras generadas por el terrorismo y los conflictos armados, así como de la abundante doctrina del TEDH sobre expulsiones de extranjeros. Asimismo, merece la pena destacar la interesante doctrina del TEDH sobre la violencia doméstica y los casos en los que la protección de la salud ha podido enfocarse desde la perspectiva del artículo 3.

Además de analizar las situaciones señaladas, puede enfocarse el estudio de la jurisprudencia del TEDH considerando ciertos grupos de población cuya vulnerabilidad es mayor, bien por su debilidad física o por haber venido siendo objeto de una inveterada discriminación. Son los casos de las mujeres, los menores, los gitanos, los discapacitados, los emigrantes y las personas con distinta orientación sexual.

Y como es imposible citar todas las sentencias dictadas sobre el artículo 3 nos limitaremos a subrayar las más importantes y con preferencia las más recientes.

V.1. Personas privadas de libertad

En general en este apartado los poderes públicos son directos causantes de las violaciones, pero hay algunas excepciones que también analizaremos.

a) *Condiciones de los detenidos*

El TEDH ha venido haciendo un esfuerzo sostenido, sobre todo desde principios de siglo, sentando un estándar acerca de estas condiciones y utilizando además la novedosa técnica de los casos piloto. Ello a pesar de que en el CEDH falta un precepto específico que, como hace el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵² exija un trato digno a los privados de libertad. Con todo el TEDH ha acabado infringiéndolo⁵³ y particularmente se ha ocupado de las condiciones higiénicas derivadas de la masificación de las cárceles y de las *malas condiciones de las instalaciones*. En todos estos casos el TEDH se ocupa de valorar si puede apreciarse trato degradante e incluso, en determinadas circunstancias, tortura. Con frecuencia el TEDH cita las recomendaciones del Comité europeo para la prevención de la tortura.

Entre los pronunciamientos más significativos pueden subrayarse los casos *Peers c. Grecia*, de 19 abril de 2002, y *Ananyev y otros c. Rusia*, de 10 enero de 2012 (un caso piloto); en este último se juzgan las malas condiciones de detención de personas en prisión provisional, en especial en relación con la falta de espacio. También es un caso piloto *Torregiani y otros c. Italia*, de 8 enero de 2013, en relación con la falta de espacio según

52 Que establece, luego de la prohibición de torturas y otros tratos vedados, «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Al respecto de este contraste entre ambos tratados, cfr. CANOSA, FIX ZAMUDIO y CORZO, ob. cit., pp.153 y ss.

53 Al respecto, cfr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, ob. cit., pp. 292 y ss. CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., pp. 222 y ss.

las concretas recomendaciones del Comité europeo para la prevención de la tortura. Sobre lo mismo es reseñable el caso Vargas y otros c. Hungría, de 10 marzo de 2015, otro caso piloto donde se describe el problema estructural de las prisiones húngaras. Por último, es reseñable también el caso piloto Rezmives y otros c. Rumanía, de 25 abril de 2017. En todos estos casos piloto se desvela una mala situación carcelaria generalizada y estructural en los países concernidos

Respecto a los *cacbeos corporales* que el TEDH admite necesarios en ciertas condiciones, pero que estima degradantes si hubiera intención de humillar, como aprecia, entre otros, en los casos Valasinas c. Lituania, de 24 julio de 2001, y El Shennawy c. Francia, de 20 enero de 2011.

También en relación con el *aislamiento celular* el TEDH admite, por un lado, que es práctica posible, pero que cuando no se respetan ciertos estándares estaríamos incluso ante torturas⁵⁴, o ante trato degradante.⁵⁵

Respecto a los malos tratos, el TEDH se ha pronunciado tanto en casos donde proceden de los guardianes (el más reciente caso Cirino y Renne c. Italia, de 26 octubre de 2017), como en otros en los que son causados por otros detenidos; por ejemplo, el caso Yuriy Illarionovich Schokin c. Ucrania, de 3 octubre de 2013, en el que se aprecia tortura por falta de investigación.

Los *traslados* repetidos de celda o de edificio por razones de seguridad o por sanción han sido objeto de un escrutinio por parte del TEDH que los ha condenado en varios casos, el último Bamouhammad c. Bélgica, de 17 noviembre de 2015, en el que la víctima fue trasladada 43 veces en seis años.

b) *Derecho a la salud de los privados de libertad*

Siguiendo también las recomendaciones del Comité europeo para la prevención de la tortura, el TEDH ha creado una interesante jurisprudencia según la cual el derecho a la salud haya cobertura en el artículo 3 del Convenio. En efecto, mientras que, en relación con las personas en libertad, los contenidos potenciales del derecho a la salud han sido ubicados por el TEDH generalmente en el artículo 8 CEDH, cuando se trata de personas privadas de libertad, el Estado tiene obligación de proporcionarles los tratamientos médicos y las medicinas que su condición requiere. Cuando el Estado no cumple con esta obligación respecto a quienes están sometidos a él por esa relación de sujeción especial, entonces hay violación de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Hay una buena cantidad de sentencias relativas a enfermos en prisión, sobre todo en casos contra Rusia, pero no sólo. Entre otros, Kondrulin c. Rusia, de 20 septiembre de 2016, o Dorneanu c. Rumanía, de 28 noviembre de 2017. Y en un caso de un enfermo de sida, Aleksanyan c. Rusia, de 22 diciembre de 2008.

El TEDH también se ha referido en numerosas ocasiones a enfermos mentales y en particular con tendencias suicidas. Entre otros, véase el último hasta la fecha: caso Claes c. Bélgica, de 10 enero de 2013.

54 Caso Ilascus y otros c. Moldavia y Rusia, de 8 julio de 2004, Gran Sala.

55 Caso Öcalan c. Turquía (número 2) de 18 marzo de 2014.

El TEDH ha considerado también que el encarcelamiento de personas mayores con problemas de salud constituye trato inhumano o degradante. Por ejemplo, en el caso *Contrada* (número 2) c. Italia, de 11 febrero de 2014. Aunque la avanzada edad no otorga por sí misma un derecho a la excarcelación como se estableció en el caso *Papon* c. Francia, de 7 junio de 2001.

Y aunque el TEDH no ha reconocido un genérico derecho a un tratamiento de sustitución en casos de adicción a las drogas, el TEDH ha juzgado trato inhumano el recibido por toxicómanos en prisión por fallos en la actuación médica⁵⁶.

Incluso el TEDH ha considerado trato inhumano el tabaquismo pasivo sufrido en prisión por uno de los internos en el caso *Elefteriadis* c. Rumanía, de 25 enero de 2011.

El TEDH ha hecho también un riguroso escrutinio de intervenciones médicas tendentes a obtener medios de prueba en casos de tráfico de drogas, en concreto el suministro de eméticos para la expulsión de bolsas de droga ingeridas por el traficante para eludir el control policial. Aunque el TEDH considera que el tratamiento no es en sí mismo violatorio si se apoya en razones médicas y procesales, analiza la manera de llevarse a cabo por si causase al afectado dolores físicos o sufrimiento mental, lo que implicaría entonces trato inhumano o degradante, como se aprecia en el caso *Jalloh* c. Alemania, de 11 julio de 2006 (Gran Sala)⁵⁷, pero no en el caso *Bagumill* c. Portugal, de 7 octubre de 2008.

c) *Huelga de hambre de detenidos*

En el caso *Nevmerjitki* c. Ucrania, de 5 abril de 2005, el TEDH consideró que alimentar por la fuerza a un preso en huelga de hambre constituía tortura. A la misma conclusión llegó en los casos *Ciorap* c. República de Moldavia, de 19 junio de 2007, y *Karabet* y otros c. Ucrania, de 17 enero de 2013 (este último un caso de huelga de hambre masiva).

El TEDH recuerda que el artículo 3 obliga a los Estados a preservar la salud de los privados de libertad y proporcionarles los cuidados médicos cuando estén en huelga de hambre, siempre que no se recurra a la alimentación forzosa y haya garantías suficientes.

El TEDH ha llegado incluso a dictar medidas provisionales para asegurar el respeto de los derechos de los reclamantes y sobre todo a exhortarlos a deponer su huelga de hambre⁵⁸.

d) *Desaparición forzada de personas*

Una de las manifestaciones más terribles de la privación de libertad es cuando va seguida de la desaparición forzada. Sobre ella versa la gran aportación de la Corte Interamericana a la jurisdicción universal. El TEDH la ha incorporado en algunos casos contra Turquía o Rusia, pero es una incorporación algo tímida, acaso porque el TEDH, en contraste con la Corte Interamericana, carece del recurso que a ésta brinda el reconocimiento

56 Caso *Wenner* c. Alemania, de 1 de septiembre de 2016.

57 Sobre esta sentencia, cfr. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, ob. cit., pp. 251 y ss.

58 Cfr. sobre todos, el caso *Ilascu* y otros c. República de Moldavia y Rusia, de 8 julio de 2004, Gran Sala.

expreso del derecho a la integridad (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En realidad, lo que el TEDH aprecia en los casos resueltos es el trato inhumano o degradante padecido por las familiares⁵⁹ de los desaparecidos. Así en el caso Kurt c. Turquía, de 25 mayo de 1998, se ampara a la madre de un desaparecido por la angustia sufrida al no saber el paradero de su hijo y por la ansiedad al carecer de información oficial. En posteriores sentencias el TEDH ha matizado esta doctrina⁶⁰.

V.2. Uso de la fuerza en situaciones de terrorismo y conflictos armados

La gravedad del *terrorismo* y el pavor que provoca en la sociedad han motivado acciones de los Estados para combatirlo. Tales políticas pueden considerarse a priori legítimas, pero en ningún caso, como advierte el TEDH, podrían justificar la violación de derechos, especialmente de aquellos que, como el que se infiere del artículo 3, son inderogables⁶¹. Era lógico, pues, que se presentarán casos en Reino Unido, España o Turquía que enfrentaban desde antiguo fenómenos terroristas y fue también lógico que hayan surgido casos en varios países en el marco de la lucha contra el terrorismo islámico.

El caso fundacional fue Irlanda c. Reino Unido, de 18 enero de 1978, uno de los pocos casos de demanda de un país contra otro. El Tribunal consideró tratos inhumanos cinco técnicas de interrogatorio empleadas por las autoridades británicas en Irlanda del Norte. Sin embargo, para que el TEDH apreciase la existencia de tortura hubo que esperar al caso Askoy c. Turquía, ya citado, para que el TEDH apreciase tortura (en el caso la suspensión de una persona con los brazos atados por detrás) de quien se suponía que ayudaba a los terroristas del PKK kurdo. También se apreció tortura en el caso Ocalan c. Turquía, de 12 mayo de 2005, (Gran Sala).

Ya se ha hecho referencia a la violación procedimental del artículo 3 por falta de investigación suficiente, a veces en un lugar secreto, con operaciones de transporte secretas y extrajudiciales que se desencadenaron sobre todo tras las invasiones de Afganistán, como en el caso El-Masri c. «La ex república yugoslava de Macedonia», de 13 diciembre de 2012 (Gran Sala), en la que el Tribunal aprecia tortura en su vertiente sustantiva y asimismo procesal. En este y en otros varios casos similares⁶² se produjo la intervención de la CIA pues se trataba de trasladar a estas personas de los lugares de su aprehensión a centros secretos en Afganistán o en alguna otra parte. Todavía hay asuntos de esta índole pendientes de resolver.

Y si estos casos son de traslado extrajudicial, también hay riesgos en los supuestos en los que el procedimiento de expulsión se ajusta en principio a los cauces legales. Así desde el caso Chahal c. Reino Unido, de 15 noviembre de 1996 (caso de un separatista sikh) o en el caso Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia, de 12 abril de 2005 (caso de un

59 Al respecto, cfr. CASADEVAL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, ob. cit., p. 232. También DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, ob. cit., pp. 214 y ss.

60 Cicek c. Turquía, de 27 febrero de 2001, en Yaas c. Turquía, de 14 noviembre de 2000, y en Timuras c. Turquía, de 6 junio de 2001.

61 Cfr. *supra* II.

62 Al-Nashiri c. Polonia y Husayn c. Polonia, de 24 julio de 2014, y Nash y Ghali c. Italia, de 23 febrero de 2016.

checheno extraditado a Rusia) o el caso *Aswat c. Reino Unido*, de 16 de abril de 2015, donde la víctima, además, es enfermo mental. Entre otros varios casos es interesante el reciente *M.A. c. Francia*, de 1 de febrero de 2018, a propósito de una extradición a Argelia de un argelino condenado en Francia por terrorismo; además en este caso se produce la desatención de una medida provisional dictada por el TEDH.

También se ha considerado contrario al artículo 3, amén de a otros preceptos convencionales (artículos 8 y 1 del Protocolo 1) la destrucción de casas y bienes de supuestos implicados en acciones terroristas (caso *Dulas c. Turquía*, de 30 enero de 2001).

Desgraciadamente desde la entrada en vigor del Convenio, en el ámbito europeo se han producido *conflictos armados* que han supuesto violación del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) o implicado tratos vedados por el artículo 3. El TEDH incluso se ha ocupado de hechos acontecidos con anterioridad a 1950, como el de las fosas de Katyn⁶³, aunque en este asunto el TEDH, por razón de la competencia temporal, sólo pudo apreciar violación del artículo 38 del Convenio.

La invasión turca del norte de Chipre generó diversos asuntos a partir del inaugural caso *Chipre c. Turquía*, de 10 mayo de 2001 (Gran Sala), en el que, entre otras violaciones, se apreció la del artículo 3 por falta de investigación y, sustantivamente, por el tratamiento inhumano infligido a los grecochipriotas residentes en el territorio de la isla ocupado por Turquía a partir de 1974. En el caso *Varnava y otros c. Turquía*, de 18 septiembre de 2009 (Gran Sala), el Tribunal aprecia violación del artículo 3 por los sufrimientos de los familiares de los desaparecidos como consecuencia de la ocupación.

Hay otros varios casos de malos tratos infligidos a familiares de desaparecidos en asuntos relativos a la represión turca contra el terrorismo kurdo⁶⁴, así como casos de destrucción de casas y bienes⁶⁵.

Por su parte la represión rusa en Chechenia ha generado un aluvión de pronunciamientos en los que, además de violaciones del derecho a la vida, se declara la violación de la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, incluyendo desapariciones que implicaron trato inhumano de los familiares de los desaparecidos, por ejemplo, en el caso *Abdulkhonov c. Rusia*, de 3 octubre de 2013.

El Tribunal se ha ocupado de la intervención de fuerzas internacionales en diversos conflictos, entre estos casos destaca *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, de 2 marzo de 2010, en el que se condena al país europeo por extraditar a Irak a dos iraquíes sospechosos de haber asesinado a dos soldados británicos; había riesgo de que los extraditados sufrieran torturas o tratos inhumanos. En contraste, no aprecia lesión de los derechos convencionales alegados en el caso *Hassan c. Reino Unido*, 16 septiembre de 2014 (Gran Sala), en el que el TEDH entra a valorar la actuación de las fuerzas militares británicas en Irak, en un interesante supuesto de aplicación extraterritorial⁶⁶ del Convenio.

Y quedan pendientes de resolución algunos casos concernientes a los conflictos suscitados en Ucrania en los últimos años.

63 Matanza de oficiales polacos en 1940 por parte de fuerzas soviéticas: caso *Yanowwicz c. Rusia*, de 21 octubre de 2013, Gran Sala.

64 Caso *Er y otros c. Turquía*, de 16 abril de 2013.

65 Casos *Orhan c. Turquía*, de 18 junio de 2002, o *Benter y otros c. Turquía*, de 12 noviembre de 2013.

66 Como analizan VAN DIJK, VAN HOOFF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit. pp. 19 y ss.

V.3. Extradiciones y expulsiones

Aunque el CEDH no incorpora el principio de *non refoulement* que otros tratados contemplan⁶⁷ el TEDH ha acabado de una suerte u otra integrándolo, apelando a diversos artículos del CEDH, entre ellos al artículo 3⁶⁸. Es fundacional el caso Soering c. Reino Unido, ya citado, en el que el TEDH consideró que la previsible estancia del reclamante, si se produjera la extradición, en el llamado «corredor de la muerte» constituiría un trato inhumano y degradante. El TEDH valora el sistema penal y penitenciario norteamericano, lo que hará en varias ocasiones.

Igualmente, el Tribunal considera, en el caso H.I.R. c. Francia, de 27 abril de 1997, que el Estado colombiano no podría proteger al traficante de este país si fuera expulsado por Francia.

En la estela del caso Soering, pero con pronunciamientos en sentido inverso, el TEDH ha rechazado entrar en el fondo de varios casos y consideró que no había violación del artículo 3; en estos casos se planteaba que la extradición a Estados Unidos, con riesgo de ser condenado a muerte o prisión perpetua, entrañaba trato inhumano degradante⁶⁹.

Sin embargo, en el caso Trabelsi c. Bélgica, de 4 septiembre de 2014, el Tribunal parece girar de nuevo su jurisprudencia. La víctima del caso es un tunecino que, dada la magnitud de sus presuntos crímenes, podía ser condenado a perpetuidad. El Tribunal recuerda que la prisión permanente es conforme al Convenio siempre y cuando exista un mecanismo que permita, a petición del afectado, su revisión para una eventual conmutación. En el caso de los Estados Unidos, aunque cabe una improbable gracia presidencial, no existe posibilidad para el condenado de solicitar un reexamen de su situación; así que se enjuicia negativamente de nuevo, como ya ocurrió en el caso Soering, el sistema penal estadounidense por considerarlo fuera de los estándares europeos.

V.4. Violencia doméstica

Sobre este tipo de violencia que sufren las mujeres y los hijos en el seno de la familia el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse. Así en el caso Talpis c. Italia, de 2 marzo de 2016, la muerte del hijo y la tentativa de asesinato de la mujer pusieron de manifiesto la negligencia de las autoridades italianas que no protegieron debidamente a las víctimas de los actos de violencia doméstica protagonizados por el victimario. Por todo ello se considera vulnerado tanto el artículo 2 como el artículo 3. Asimismo, en el caso E.S. c. Eslovaquia, de 15 diciembre de 2009, el Tribunal entiende que el Estado no prestó la protección inmediata que la demandante y sus hijos necesitaban, lo que supuso desatender las obligaciones positivas que se derivan de la interpretación sistemática de los artículos 1 y 3 del Convenio.

67 Sobre el particular, cfr. VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., pp.427 y ss. DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, ob. cit., pp. 214 y ss. SALADO, ob. cit., pp. 105 y ss. D. BOZA MARTÍNEZ, *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Cádiz, 2007, pp. 110 y ss.

68 Acerca de esta doctrina del TEDH, cfr. SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 134 y ss. Cfr. También VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., 2006, pp. 433 y ss.

69 El último, caso Harkins c. Reino Unido, de 10 de julio de 2017.

En casos de violencia doméstica, como en el caso E.M. c. Rumanía, de 30 octubre de 2012, el TEDH apreció vulneración procedimental del artículo 3 dada la pasividad de los tribunales rumanos. Algo parecido sucedió en el caso Valieuliene c. Lituania, de 26 marzo de 2013, porque el fiscal finalizó la instrucción sin dar ocasión a la depuración de los hechos.

V.5. Protección de la salud

Ya hemos visto más atrás⁷⁰ cómo el derecho a la salud en relación con personas privadas de libertad es conectado por el TEDH con el artículo 3. Esta misma conexión es realizada también en casos en los que la potencial víctima no está privada de libertad⁷¹. Ya en el caso Herczefaluy c. Austria, de 29 septiembre de 1992, el TEDH se pronunció sobre la aplicación por la fuerza de un tratamiento médico en un hospital psiquiátrico; el Tribunal consideró que había una justificación médica para preservar la salud del enfermo y que este no estaba en pleno uso de sus facultades. A sensu contrario se desprende que un paciente capaz debe aceptar el tratamiento —el consentimiento informado—, como varias sentencias posteriores han confirmado, la última A. P., Garçon y Nicot c. Francia, de 6 abril de 2017.

En el caso Dvoracek c. República Checa, de 6 noviembre de 2004, el TEDH no aprecia vulneración del artículo 3 en la aplicación de un tratamiento médico sexológico con antiandrógenos que respondía a una necesidad terapéutica y al que el paciente, en principio, había prestado consentimiento. En contraste, el TEDH, en el caso Elberte c. Letonia, de 13 enero de 2015, encuentra trato inhumano o degradante de una mujer a cuyo marido le habían extraído los tejidos corporales tras su muerte con fines de investigación. Se aprecia falta de claridad de la legislación letona, así como de consentimiento en el caso.

Sin embargo, en otro caso⁷² el TEDH no ha llegado tan lejos como para considerar que la denegación del acceso a un tratamiento anticanceroso experimental constituyese violación ni del artículo 3 ni del artículo 8. Tampoco se aprecia vulneración del artículo 3 CEDH, aunque sí del artículo 8, en la actuación del Estado noruego en relación con los submarinistas que participaron en los pasos pioneros de la estación petrolífera en el Mar del Norte y que corrieron graves riesgos que, empero, no estaban entonces definidos⁷³.

Finalmente hay que tratar aquí determinadas expulsiones de extranjeros enfermos acerca de las cuales el TEDH ha valorado si la expulsión podía constituir una vulneración del artículo 3. Así lo consideró en el caso D.C. c. Reino Unido, de 2 mayo de 1997, en el que un enfermo de sida es puesto en libertad en Gran Bretaña tras cumplir una pena de prisión y se decreta su expulsión a Saint-Kitts. El TEDH valora las condiciones hospitalarias en este país y, dadas las circunstancias excepcionales del caso, aprecia que la expulsión vulneraría el artículo 3.

70 Cfr. supra V.2. b).

71 En general a cerca de los casos médicos, cfr. VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN y ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., 2006, pp. 440 y ss.

72 Hristozov c. Bulgaria, de 13 noviembre de 2012.

73 Vilnes y otros c. Noruega, de 5 de diciembre de 2013.

Algo parecido ocurrió en el caso Paposhvili c. Bélgica, de 13 diciembre de 2016 (Gran Sala). El TEDH aprecia trato inhumano o degradante en el hecho de prohibir la entrada y reenviar a su país a un georgiano enfermo de leucemia a cuya familia, sin embargo, se había autorizado a residir en Bélgica, con lo cual se les separaba y se privaba a la víctima de contar con el apoyo moral de los suyos.

En contraste, la Gran Sala, en el caso N. c. Reino Unido, de 27 mayo de 2008, no aprecia violación del artículo 3 en la expulsión de una enferma de sida ugandesa que, antes de que la expulsión fuera efectiva, estuvo atendida durante los nueve años que tardó su caso en resolverse judicialmente. El TEDH no halla aquí las circunstancias excepcionales que apreció en el caso D. c. Reino Unido, ya citado, y afirma que los Estados parte no tienen la obligación de paliar las disparidades con los tratamientos médicos disponibles en los Estados no parte del Convenio.

En el interesante caso Pretty c. Reino Unido, ya citado⁷⁴, el Tribunal se enfrenta al problema del suicidio desde varios artículos convencionales y también desde la óptica del artículo 3. La víctima era una enferma incurable que, imposibilitada, necesitaba la ayuda de su marido para suicidarse, pero tal ayuda estaba sancionada penalmente en Gran Bretaña. El Tribunal considera, por un lado, que del derecho a la vida no se infiere el derecho a morir ni menos el derecho a ser ayudado para morir y, por otro, que la situación en la que se encuentra la víctima, aún siendo deplorable, no constituye un trato inhumano o degradante que pueda imputarse a las autoridades británicas.

V.6. Las personas más vulnerables

En diversas ocasiones el TEDH ha destacado la vulnerabilidad de las víctimas para apreciar la lesión y, en relación con el artículo 3, lo ha hecho reiteradamente. Por eso está justificado un tratamiento de la jurisprudencia del Tribunal según los grupos de población en los que las víctimas se encuadran, siempre y cuando la jurisprudencia tenga el volumen suficiente para justificar tal tratamiento autónomo. En otras palabras, no todos los tipos de personas serán abordados aquí separadamente, sólo aquellos acerca de los cuales el Tribunal se haya pronunciado reiteradamente en relación con el artículo 3.

a) *Mujeres*

Es el grupo de población mayor y posiblemente el que más atención ha recibido del TEDH desde la óptica del artículo 3. Algunas referencias hemos hecho ya al tratar la violencia doméstica que también afectaba a los hijos⁷⁵. Aquí daremos cuenta de situaciones que implican únicamente a las mujeres. Muchas de estas vulneraciones fueron protagonizadas directamente por las autoridades, como en los casos de violencia policial, así por ejemplo el caso de una menor que sufrió un examen ginecológico humillante durante su detención como en el caso Yazgül Yılmaz c. Turquía, de 1 de enero de 2011, o en el caso Alfet Süreyya Eren c. Turquía, de 10 octubre de 2015, en el que una activista de un

⁷⁴ Cfr. supra I.2.

⁷⁵ Cfr. supra V.4.

partido ilegal es, según el TEDH, torturada, amén de que asimismo hay vulneración procedimental por falta de investigación.

En algunas situaciones enjuiciadas por el Tribunal la violencia policial alcanza cotas terribles de tortura, como en el caso *Aydin c. Turquía*, de 25 septiembre de 1997, con violación sexual y palizas a una menor. Otro caso similar es *Mslava y Nalbandov c. Rusia*, de 24 enero de 2008.

Por otro lado, son muchos los casos en los que la vulneración del artículo 3 se produce por la falta de protección ante violaciones y abusos sexuales cometidos por particulares, bien porque no fueron investigados o el procedimiento judicial no fue efectivo⁷⁶. Y también es destacable el caso *P. y S. C. c. Polonia*, de 30 octubre de 2012, en el que las víctimas, menores de edad que habían sido violadas y no recibieron consejo médico en vista de un posible aborto, y una de ellas recibió de las autoridades un trato que el Tribunal considera inhumano o degradante.

Por lo que concierne a la violencia infligida por particulares el TEDH aprecia violación procedimental de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en la falta de investigación y enjuiciamiento adecuado del asalto a una mujer que fue rociada con ácido.⁷⁷

También se consideran violación del artículo 3 los malos tratos, especialmente psicológicos, sufridos por una mujer mayor que vivía sola, por parte de una banda criminal sin que el Estado cumpliera con su obligación de protegerla⁷⁸.

El TEDH, aunque se ha pronunciado sobre las mutilaciones genitales de las mujeres, como eran en relación con casos de extradición o expulsión, han concluido en la no violación⁷⁹.

En otros casos de expulsión el TEDH consideró la violación en *R. D. c. Francia*, de 16 junio de 2016, en el que la víctima corría riesgo grave en su país de origen (Guinea Conakry) de sufrir la represalia de su familia, musulmana, por haberse casado con un cristiano. También aprecia violación en caso de expulsión por riesgo de exclusión social en su país, e incluso con riesgo de ser condenada a muerte o a prisión, de una mujer afgana a causa de haber mantenido una relación extramatrimonial en Suecia⁸⁰.

En relación con el *derecho a la procreación*, ubicado en principio dentro del artículo 8 CEDH, el TEDH se ha referido a él también desde el ángulo del artículo 3. Además de los casos de esterilización practicada sin el consentimiento informado y que afectaban a mujeres gitanas⁸¹, el Tribunal ha considerado, en el caso *R.R. c. Polonia*, de 26 mayo de 2011, violación del artículo 3 y del artículo 8 en la situación que tuvo que padecer una mujer que no pudo acceder a tiempo a las pruebas fetales que determinarse si el feto sufría malformación. La violación del artículo 3 radicó en el trato humillante que la reclamante recibió de los médicos y en el pésimo funcionamiento de los servicios médicos. Generalmente, los casos de aborto han sido considerados por el Tribunal desde el ángulo del artículo 8, aunque sin llegar nunca a deducir de él un específico derecho a abortar.

76 Hay muchos casos de los cuales el último: *B. V. c. Bélgica*, de 2 mayo de 2017.

77 *Caso Ebcin c. Turquía*, de 1 de febrero de 2011.

78 *Caso Irina Smirnova c. Rusia*, de 13 octubre de 2016.

79 Véase, por todos, el caso *Sow c. Bélgica*, de 19 enero de 2016.

80 *Caso N. c. Suecia*, de 20 julio de 2010.

81 Cfr. *infra* V.6. c).

b) *Menores*

El TEDH se ha ocupado frecuentemente de los menores. Así ha sancionado su ubicación en prisiones para adultos y también ha apreciado las malas condiciones de los lugares donde eran reclusos⁸²; y ha prestado en los últimos tiempos especial atención a las situaciones de los menores, acompañados o no, que llegan a Europa de manera irregular o en demanda de asilo procedentes de países diversos como Chechenia, Sri Lanka, Kazajistán, Afganistán, Irak u otros. El TEDH valora las condiciones a las que son expuestos estos menores⁸³. En relación con los menores no acompañados, el escrutinio del Tribunal es todavía más estricto ya que su grado de vulnerabilidad en tales ocasiones es aún mayor⁸⁴. Tanto en unos como en otros el Tribunal, con el apoyo de las recomendaciones del Comité europeo de prevención de la tortura, aprecia tratos inhumanos o degradantes debido a las pésimas condiciones (masificación, falta de higiene, compañía de adultos, entre otros) que han de soportar los menores en los lugares de internamiento donde son confinados.

Por otro lado, el TEDH abordó hace cincuenta años el entonces polémico asunto de los castigos físicos que podían infligirse a los niños para corregirlos y que con frecuencia eran consentidos por los ordenamientos jurídicos⁸⁵. Pues bien, el Tribunal abogó por la prohibición de este tipo de correctivos de índole física. En el caso *Tyrer c. Reino Unido*, ya citado, se considera contraria al artículo 3 la pena de azotes en el trasero que tenía que administrar la policía a un adolescente de 15 años como sanción por haber herido a un alumno de su escuela.

Y si en el caso anterior estaríamos ante la violencia institucionalizada que era legalmente administrada, también había que proscribir todo castigo corporal a los menores que infligieran particulares, señaladamente los padres o tutores o los profesores, como se subraya en el caso *A. c. Reino Unido*, del 23 de septiembre de 1998. En este caso se pone de manifiesto cómo en relación con las personas vulnerables, aquí menores, el Estado tiene obligación de protegerlas, también frente a ataques perpetrados por particulares. Así, en materia de violaciones u otros maltratos de índole sexual, el TEDH ha considerado frecuentemente y, sobre todo, además de la violación sustantiva, la violación procedimental ligada justamente a esa obligación positiva⁸⁶.

Y la misma obligación de proteger persiste respecto a los malos tratos en las escuelas, ya públicas ya privadas,⁸⁷ como asimismo en otras ocasiones cuando ha habido un funcionamiento deficiente de los servicios sociales que no pusieron remedio a la precaria situación de las víctimas en el seno familiar⁸⁸ o en situaciones acaso más dramáticas⁸⁹.

82 Por ejemplo, en el caso *Coselav c. Turquía*, de 9 octubre de 2012.

83 Respecto a los menores acompañados véase, entre otros, el caso *Muskhadzhieva y otros c. Bélgica*, de 19 enero de 2010, o el caso *S. F. y otros c. Bélgica*, de 7 diciembre de 2017.

84 Véanse los casos *Mahamad c. Grecia*, de 11 diciembre de 2014, y *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, de 22 noviembre de 2016.

85 Cfr. *supra*, III.

86 Cfr., entre otros varios, el caso *I.C. c. Rumanía*, del 24 de mayo de 2016.

87 Cfr. el caso *O'Keeffe c. Irlanda*, de 28 de enero de 2014, Gran Sala.

88 Caso *Z. y otros c. Reino Unido*, de 10 de mayo de 2001, Gran Sala.

89 Caso *V.C. c. Italia*, de 1 de febrero de 2018 en el que la víctima cayó en una red de prostitución infantil.

c) *Gitanos*

Otro de los grupos vulnerables a los que el Tribunal ha prestado especial atención es el de los gitanos o gentes de viaje o roms, cuya vulnerabilidad radica sobre todo en haber sufrido desde tiempos inveterados discriminación racial. La jurisprudencia del TEDH sobre ellos concierne a muchos de los preceptos convencionales, pero especialmente a su artículo 3, en relación con el cual el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ataques a la integridad de los gitanos, perpetrados tanto por agentes del Estado como por particulares. Y salvo alguna excepción, son situaciones acaecidas en países del antiguo bloque soviético o en los de la antigua Yugoslavia.

Son varios los ejemplos de brutalidad policial perpetrada en casos de detención; y con frecuencia, a la vulneración sustantiva se suma la violación procedimental, debida a la falta de adecuada investigación.⁹⁰

Una de las más humillantes manifestaciones de racismo que han sufrido los gitanos ha sido la esterilización forzada de sus mujeres. En varios casos contra Eslovaquia el Tribunal ha considerado la violación del artículo 3, a menudo combinada con la del artículo 8 por falta de consentimiento informado al tratamiento médico esterilizante⁹¹.

Merece la pena recordar un caso terrible sobre el que el TEDH no pudo resolver en plenitud debido a que, cuando sucedieron los hechos en 1993, Rumanía no era aún parte del Convenio. Se trató de un linchamiento de tres hombres gitanos por una multitud en la que participaban el comandante de la policía y algunos de sus agentes. Fueron después destruidas las casas y los bienes de los gitanos por esa multitud espoleada por la policía; y finalmente expulsados los supervivientes. Sólo algunos de ellos fueron, diez años más tarde, resarcidos por los daños sufridos. Como en otros casos resueltos por el TEDH, el principal derecho concernido era el derecho a la vida, pero por la razón señalada el Tribunal no pudo declarar su violación. Encontró, sin embargo, un resquicio para considerar que las condiciones de vida después de lo sucedido en 1993 constituían una violación de los artículos 3 y 8 del Convenio.

Por lo que concierne a los actos de violencia contra los gitanos cometidos por particulares, el TEDH suele apreciar, por un lado, falta de protección suficiente, es decir, desatención a la obligación positiva que recae sobre los Estados, y violación procedimental del artículo 3. Todo motivado por el origen étnico de las víctimas, lo que lleva al Tribunal a considerar también vulnerado el artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación)⁹².

d) *Discapacitados*

En varias ocasiones el TEDH se ha ocupado de las condiciones de detención de personas discapacitados cuya vulnerabilidad es mayor⁹³. Los estándares fijados se han

90 Entre otros véanse los casos *Cobzaru c. Rumanía*, y *Adam c. Eslovaquia*, ambos de 26 julio de 2016. En ocasiones, la violación del artículo 3 va de la mano de la del artículo 2 cuando la víctima fallece durante la detención.

91 Véanse los casos *V.C. c. Eslovaquia*, de 8 noviembre de 2011; *N.B. c. Eslovaquia*, del 12 junio de 2012; y *I.G. c. Eslovaquia*, de 13 noviembre de 2012.

92 Entre otros véanse los casos *Secia c. Croacia*, de 31 mayo de 2007, y *Skorjanec c. Croacia*, de 28 marzo de 2017.

93 Entre otros muchos véanse los casos *Price c. Reino Unido*, de 10 julio de 2001, o el caso *Topekhin c. Rusia*, de 10 mayo de 2016.

llevado también a casos de internamiento en residencias para personas con problemas mentales⁹⁴.

El caso *Dordevic c. Croacia*, de 24 julio de 2012, ofrece un interesante supuesto de eficacia entre particulares, pues la condena se debe a la inacción de las autoridades para poner fin y remediar una situación de acoso a un niño por parte de otros niños de su vecindad.

La vulnerabilidad de este tipo de personas que se exponen también a sufrir un trato inhumano en caso de expulsión es grande, como acontece en el caso *Aswat c. Reino Unido*, de 16 abril de 2015, en el que un esquizofrénico paranoico, implicado en el extremismo islámico, corría riesgo si el Reino Unido lo extraditaba a los Estados Unidos. Una vez más se descalifica el sistema penitenciario norteamericano.

También los discapacitados son más vulnerables a los ataques sexuales, sobre alguno de los cuales se ha pronunciado el Tribunal. Por ejemplo, en el caso *I.C. c. Rumanía*, de 24 mayo de 2016, en el que el TEDH encuentra graves deficiencias en la instrucción judicial del caso. También es muy llamativo el ya citado⁹⁵ caso *X. e Y. c. Holanda*, en el que se aprecia violación del artículo 3 por falta de una legislación penal que, en el momento de producirse los hechos, castigase los abusos sexuales de una menor discapacitada mental por parte de otros internos en la residencia que compartían.

e) *Emigrantes*

Los emigrantes en general y los menores emigrantes en particular conforman otro grupo vulnerable que ha merecido reiterada atención del TEDH que sobre ellos ha dictado muchas sentencias, sobre todo en relación con Grecia. El Tribunal no discute el derecho que los Estados tienen de controlar el acceso de extranjeros a su territorio, así como su facultad de expulsarlos cuando han ingresado en él irregularmente. Sin embargo, el TEDH enjuicia las condiciones en las que los extranjeros son confinados y en numerosas situaciones ha apreciado trato inhumano o degradante, acompañando a veces su decisión con la declaración de vulneración del artículo 5.1 (derecho a la libertad) o del artículo 13.1 (derecho a un recurso efectivo). Se analizan las situaciones en las zonas de tránsito de los aeropuertos⁹⁶, o en otras dependencias oficiales⁹⁷. Se aprecia la masificación, la falta de higiene o de ventilación, entre otras malas condiciones de confinamiento. Y una de las circunstancias que el TEDH considera es la vulnerabilidad de la víctima, obviamente mayor en los emigrantes menores a los que ya hemos hecho referencia⁹⁸.

En el marco de la Unión Europea sin fronteras internas, la entrada irregular de emigrantes que se desplazan de un Estado a otro motivó la creación de una legislación comunitaria (el ahora polémico reglamento de Dublín en sus sucesivas versiones) a la que, además de los Estados miembros, se adhirieron Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein. Mediante esta norma se determina que el Estado por el que entró en la Unión un

94 Caso *Staner c. Bulgaria*, Gran Sala, de 17 enero de 2012.

95 Cfr. *supra* I.2.

96 Entre otros, el caso *Z.A. y otros c. Rusia*, de 28 marzo de 2017, enviado a la Gran Sala.

97 Caso *Dougoz c. Grecia*, de 6 marzo de 2001.

98 Cfr. *supra* V.6. b).

ciudadano de un tercer Estado es el responsable de examinar su demanda de asilo. Se prevé el reenvío desde un Estado al Estado responsable de decidir sobre la petición, evitándose así la reiteración de las demandas de asilo.

El Tribunal ha juzgado el funcionamiento de este mecanismo comunitario y ha apreciado violación del artículo 3 en varios casos en los que, o bien no había garantías de un trato adecuado en el país receptor⁹⁹, o bien en el país emisor no se respetaron las exigencias derivadas del artículo 3¹⁰⁰.

f) *Diferente orientación sexual*

Otro grupo vulnerable y objeto de tradicional discriminación es el de las personas LGTBI. Por ello, cuando el TEDH aprecia lesión de algún derecho convencional suele considerar simultáneamente la violación de la prohibición de discriminación (artículo 14). Así sucede, por ejemplo, en el caso *Identuba y otros c. Georgia*, de 12 mayo de 2015, en el que las víctimas, que participaban en una manifestación contra la homofobia, fueron atacadas por contramanifestantes ante la pasividad policial. A estos hechos siguió una falta de investigación adecuada.

Es interesante también la jurisprudencia del TEDH sobre transgéneros que corona, por el momento, la sentencia en el caso *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*, ya citado. En ella el TEDH considera la violación del artículo 8 en relación con uno de los recurrentes, pero contempla en potencia la del artículo 3, al establecer que la esterilización impuesta a los transgéneros para obtener el cambio de sus documentos oficiales constituiría un trato inhumano o degradante.

VI. CONCLUSIÓN

La prohibición de la tortura nace ligada a la aparición del Estado liberal y se incorpora al Derecho internacional de los derechos humanos como derecho fuerte, inderogable en los términos del artículo 15.2 del Convenio.

Como es obvio las situaciones contra las que la prohibición fue imaginada se han ido ampliando. Así que ha sido preciso efectuar una interpretación evolutiva para enfrentar esas situaciones nuevas, al tiempo que se continuaba protegiendo frente a los clásicos abusos de los agentes estatales. En definitiva, hay que afrontar los peligros antiguos y los nuevos y hacerlo con un estándar más exigente con los malos tratos, en la medida en la que la sensibilidad social ya no tolera lo que toleraba antes, por ejemplo, la violencia doméstica.

Como ha ocurrido en relación con otros preceptos del Convenio, el TEDH ha interpretado sistemáticamente el artículo 3 junto con el 1 para proyectar la tutela del primero a supuestos en los que el victimario era un particular. Y para este tipo de casos y también

⁹⁹ Por ejemplo, en los casos *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 enero de 2011 (Gran Sala), o *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 octubre de 2014.

¹⁰⁰ Casos *Mohammed c. Austria*, de 6 junio de 2013, o *Tarakhel c. Suiza*, de 4 noviembre de 2014, ambos casos de la Gran Sala.

para aquellos en los que la directa comisión de la violación pueda imputarse a un agente del Estado, el Tribunal elaboró la noción de violación procedimental del artículo 3, consistente en la consideración de la lesión, aun cuando no haya constancia de ella, si el Estado no investigó suficientemente los hechos denunciados o los tribunales no actuaron diligentemente. Vemos aquí la diferencia entre la determinación como ilícito penal de unos hechos (lo que requiere prueba fehaciente de su comisión por algún sujeto) y su declaración como ilícito internacional a la luz del Convenio. Parece además tratarse de la manifestación de una suerte de derecho a la protección que el Estado ha de brindar frente a los tratos vedados por el artículo 3 que, cuando no ha funcionado para evitar el daño, ha de activarse para hallar un remedio que pasa por una correcta investigación y eventual sanción de los responsables.

Con todo, el TEDH ha estado vigilante para evitar que ciertas prácticas, por ejemplo, contra los gitanos o los homosexuales, entre otros, que son aún frecuentes en algunas sociedades, tuviera su visto bueno. Antes al contrario, el Tribunal no ha dudado en imponer un estándar europeo en relación con el artículo 3, pero no solo, aunque no fuera claro el consenso europeo y pudiera esgrimirse el margen de apreciación.

Por lo demás, esa tarea no sido fácil cuando se enfrentan problemas tan arduos como los planteados por el terrorismo o la emigración que las sociedades europeas ven como grandes amenazas y que, sin la vigilancia del TEDH, acaso llevarsen a algunos Estados a consolidar prácticas más que discutibles.

TITLE: The prohibition of torture and inhuman treatments in the ECHR

ABSTRACT: This is an analysis of one of the crucial articles of the ECHR that takes part of the core of non-derogable rights in the terms of Article 15.2 of the Treaty. We have to admit that this provision does not completely protect personal integrity (for protecting the rest of the integrity the ECtHR uses Article 8), but a part of it in the face of the most serious attacks, and that it does so, not through the explicit recognition of a right but by establishing a prohibition from which is inferred, by reflection, a right that holders can finally defend in the European Court of Human Rights.

RESUMEN: Se trata de un análisis de uno de los artículos cruciales del CEDH que forma parte del núcleo de los derechos inderogables en los términos del artículo 15.2 del Tratado. Es verdad que este precepto no protege la integridad personal en su totalidad (para proteger el resto de la integridad el TEDH utiliza el artículo 8), sino una parte de ella frente a los ataques más graves, y que lo hace, además, no mediante el reconocimiento expreso de un derecho sino a través de una prohibición de la que se infiere, por reflejo, un derecho que los titulares pueden defender, en último término, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

KEY WORDS: European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

PALABRAS CLAVE: Convención europea de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; penas y tratos inhumanos o degradantes.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.07.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EXAMEN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO QUE AFECTAN AL REINO DE ESPAÑA¹

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

I. Intenciones y visión de conjunto. II. Análisis de los derechos procesales. III. Análisis de los derechos materiales. IV. Otras disposiciones del convenio.

I. INTENCIONES Y VISIÓN DE CONJUNTO

El presente estudio analizará el centenar y medio largo de Sentencias que el Tribunal Europeo ha dictado en relación con el Reino de España². Se pretende examinar cuál es el balance que puede realizarse sobre el respeto de los derechos humanos en nuestro país.

Antes de entrar en detalles, conviene realizar algunas consideraciones generales. Lo primero que debemos subrayar es el escaso volumen de Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que tienen su origen en demandas interpuestas contra España. Si nos fijamos, por ejemplo, en el periodo 1959-2015 (aunque la primera resolución que nos afecta es de 1988), observaremos que nuestro país no figura entre los diez primeros Estados concernidos (que son Turquía, Italia, Federación de Rusia, Rumanía, Ucrania, Polonia, Francia, Grecia, Bulgaria y Reino Unido³).

1 Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (30/12/2016-29/12/2020).

2 Todos los textos se pueden encontrar en la base de datos jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (<https://hudoc.echr.coe.int/>). El Ministerio de Justicia ofrece versiones en castellano (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>).

3 Fuente: *CEDH: Aperçu 1959-2017*. Cour Européenne des Droits de l'Homme. Francia, 2018, p. 3. Aunque se señala, y es cierto, que hay 157 Sentencias relacionadas en este período con España, es oportuno recordar que se refieren a 148 asuntos, puesto que 5 Sentencias (Barberá, Messegué y Jabardo, 1994; Miragal Escolano y otros, 1994; Tendam, 2011 y Sociedad Anónima del Ucieza, 2016) retoman asuntos ya tratados y enjuiciados previamente y que otras tres son dictadas por la Gran Sala y no se separan de lo enjuiciado previamente por la Sección competente (Mangouras, 2010; Del Río Prada, 2013 y Fernández Martínez, 2014). Tampoco nos interesan las SSTEDH Díaz Ruano (1994), Trome (1999) y Manzanos Martín, 2013, que son de archivo.

Tampoco es excesivo el número de condenas impuestas a España⁴. Si nos fijamos en el mismo periodo, hay 103 Sentencias que nos condenan, al menos, por la vulneración de un derecho humano⁵. Y este número es muy inferior al de otros países de nuestro entorno (193 en Alemania, 728 en Francia, 1819 en Italia), y se aleja aún más de los Estados más veces condenados (Turquía, 2988; Federación Rusa, 2127). Si actualizamos estos datos a abril de 2018, debemos engrosar el listado con tres nuevas condenas (Cuenca Zarnoso, Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba y Stern Taulats y Roura Capellera).

De estos datos podemos inferir una primera conclusión, y es que, por lo general, hay una adecuada protección de los derechos humanos en nuestro país. Este es un dato que merece ser subrayado y valorado positivamente, pero no magnificado. Si algún sentido presenta el Estado constitucional es proteger la libertad, y a ese empeño deben servir todos los poderes públicos y, especialmente, los tribunales de justicia.

Ahora bien, si examinamos la intervención del Tribunal de Estrasburgo estrictamente relacionada con España podemos ahondar en nuestro examen incorporando dos criterios de análisis, como son el cronológico y el material.

Desde esta primera perspectiva, conviene subrayar que el número de Sentencias relacionadas con España es relativamente escaso hasta el año 2002 (1 en 1988, 1989, 1993, 2 en 1992, 1995, 1996, 1997 y 1999; 3 en 2000 y 2002; y 4 en 1994 y 1998). A partir de esa fecha se incrementa el número de Sentencias significativamente (excepto en 2008 y 2015 con 3 y 4 Sentencias). Contamos con 5 en 2006, 2007, 2008 y 2014, 6 en 2004, 2017 y 2018 (hasta marzo), 9 en 2003, 10 en 2012 y 2013, 11 en 2010 y 2011, 15 en 2016 y 17 en 2009⁶.

Algo más preocupante es el número de Sentencias condenatorias, que también ha sufrido una preocupante evolución. En los primeros años (1988, 1989, 1992, 1993 — también en 1996, 1999, 2001 y 2002— se dicta una única resolución en este sentido), y en otros periodos ninguna (1995, 1997). El número de Sentencias condenatorias se eleva a 2 en 2007, 2008 y 2015, 3 en 1994, 1998 y 2000, 4 en 2014 y 2018 (hasta marzo), 5 en 2004, 2006 y 2017, 6 en 2010 y 2013, 8 en 2003 y 2012, 9 en 2011, 11 en 2009 y 12 en 2016.

Y, finalmente, conviene hacer notar que algunas resoluciones condenatorias consideran que España ha lesionado, al tiempo, más de un derecho fundamental Y este fenómeno, aislado hasta el año 2009 (solamente había ocurrido una vez en 1993), se ha producido en una ocasión todos los años entre 2009 y 2012, y también en 2014, 2017 y 2018, con la única salvedad de que ha pasado en 2 en 2012⁷. Se aprecia, así, también, una evidente progresión negativa en esta variable.

4 Un análisis específico sobre las condenas impuestas a España, ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas. Madrid, 2013. Más recientemente, del autor de estas líneas, «España». En MATIA PORTILLA, F.J. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 37 ss.

5 CEDH: *Aperçu 1959-2017*, cit., pp. 8-9.

6 Ninguna Sentencia se dicta en 1990, 1991 y 2005.

7 Aludimos a las Sentencias Ruiz Mateos (1993, derecho al proceso debido por no respetar la igualdad de armas y dilaciones indebidas), Iribarren Pinillos (torturas y tratos inhumanos o degradantes —dimensión procesal— y dilaciones indebidas), Tendam (2010, presunción de inocencia y propiedad privada), Serrano Contreras (2012, intermediación y dilaciones indebidas), B.S. (2012, tratos degradantes —dimensión procesal— y discriminación racial), Del Río Prada (principio de legalidad penal y detención irregular), Varela Geis (2013, derecho ser informado

A la vista de estos datos se pueden realizar algunas consideraciones. La primera es que existe cada vez una mayor litigiosidad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El número de resoluciones y condenas dictadas en el presente siglo, especialmente a partir de 2009, es preocupante por su volumen y porque también se disparan las Sentencias que incluyen condenas por más de un derecho humano (en los años 2012, 2013, 2014, 2017 y lo que llevamos de 2018).

¿Cómo pueden explicarse racionalmente estos datos? A priori debería afirmarse que estamos en presencia de una paradoja. Si, como ya se ha indicado, la protección de los derechos presenta un alto nivel en nuestro país, y además, los operadores jurídicos españoles son sensibles en relación con la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo, lo lógico es que los temas sometidos al escrutinio de esa jurisdicción fueran escasos y, por lo general, plantearan asuntos novedosos.

Sin embargo, esta percepción pierde consistencia cuando se examina la jurisprudencia del Tribunal relacionada con España desde una perspectiva material. Vemos, entonces, que las condenas ni siempre han servido para corregir una doctrina cuestionable por parte de nuestros Tribunales ni recaen sobre temas novedosos.

Antes de abordar esta materia, que será examinada en los siguientes epígrafes, resulta conveniente realizar algunas consideraciones generales y alguna acotación a la hora de abordar nuestro estudio.

En relación con la presentación general, debemos señalar que nuestra intención no es abordar un análisis global de la doctrina vertida en relación con el Tribunal de Estrasburgo en relación con todos y cada uno de los derechos humanos recogidos en el Convenio. No solamente porque tal pretensión sería absurda por inabarcable en un trabajo de estas características, sino también porque ya existen estupendos estudios en esta dirección⁸. Sí que puede ser interesante, no obstante, dar algunas pinceladas de los derechos humanos que han debido ser más veces amparados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para ver si lo mismo ocurre en nuestro país, y poder valorar las eventuales divergencias que puedan darse entre el plano europeo y el español.

Pues bien, si centramos el análisis en el periodo 1959-2017⁹, se puede constatar que la mayor parte de condenas tienen que ver con la lesión del derecho al proceso debido (39,68%, destacando las relacionadas con las dilaciones indebidas), al que le siguen las referidas a los derechos a la libertad personal (12,95%) y a la propiedad privada (11,75%). Las siguientes condenas en importancia se refieren a la interdicción de torturas y tratos inhumanos y degradantes (en su dimensión procesal, 11,11%) y el derecho a un recurso efectivo (8,56%).

de la acusación y derecho de defensa), Sociedad Anónima del Ucieza (2014, derecho a un tribunal y propiedad privada), N.D. y N.T. (2017, prohibición de expulsiones colectivas y derecho al recurso) y Portu Juanenea y Sarasola (2018, vulneración simultánea de las dimensiones procesal y material de tratos inhumanos o degradantes), respectivamente.

8 Entre la abundante bibliografía destacan VELU, J. & ERGEC, R.: *Convention Européenne des Droits de l'Homme*. 2.ª ed. Bruylant. Bruselas, 2015; SCHABAS, W.A.: *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2015; BURGORGUE-LARSEN, L.: *La Convention européenne des droits de l'homme*. 2.ª ed. L.G.D.J. París, 2015; SUDRE, F.: *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. 8.ª ed. PUF. París, 2017; y, entre nosotros, GARCÍA ROCA, J. (dir): *Europe of rights. A compendium of European Convention of Human Rights*. Martinus Nijhoff. Leiden, Boston, 2012 y LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir): *Comentario al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3.ª ed. Civitas. Madrid, 2015.

9 Fuente: CEDH: *Aperçu 1959-2017*, cit., pp. 5-6.

Antes de comparar estos datos con los referidos a las condenas impuestas a España conviene recordar que las lesiones de algunos de estos derechos se concentran en determinados Estados. Así, por ejemplo, la Federación de Rusia acumula 932, 936 y 523 condenas relacionadas con los artículos 5, 3 y 13. Y algo parecido ocurre con otros Estados (destacadamente Turquía). Por eso, y por otras razones (por ejemplo, sería preciso dividir las condenas impuestas a un Estado entre los años en los que el Convenio le vincula para presentar parámetros homogéneos¹⁰), debemos de dar una relevancia limitada a estas estadísticas generales.

En relación con la acotaciones que se emplearán en este estudio a la hora de examinar la incidencia material de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en España es preciso señalar, antes que nada, que hemos optado por realizar un examen personal de cada una de las más de ciento cincuenta Sentencias y hacerlo desde la perspectiva propia del Derecho Constitucional. Eso supone que en las siguientes páginas abordaremos un examen que no se compadece ni con el que es general cuando se examina la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (realizado casi siempre por preceptos del Convenio) ni con las propias cifras aportadas por el Consejo de Europa¹¹. Y este último dato merece alguna justificación suplementaria.

No es inhabitual que el Tribunal de Estrasburgo atienda quejas cruzadas de diversos preceptos. Así, por ejemplo, en el asunto Gani se examina la lesión simultánea de los derechos recogidos en los artículos 3, 6.1, 6.2, 6.3.c y 13 del Convenio, que se inadmiten *ad limine* por no existir ninguna apariencia de lesión y por falta de fundamentación (ap. 51). ¿Cómo computar estas quejas? En este caso hemos decidido no tomarlas en consideración siquiera. En otras ocasiones, hemos optado por readaptar o recolocar algunas quejas formuladas a otros preceptos que nos parecían los equivalentes en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, la queja contenido en Alony Kate sobre presunción de inocencia, defensa, principio acusatorio y composición irregular de un tribunal la hemos reducido a la del debido proceso (art. 6.1). Especialmente compleja es la valoración que deba darse a la jurisprudencia referida al principio de no discriminación (art. 14) que, de acuerdo con el Convenio, solamente puede ser invocado en relación con un derecho material.

En relación con las inadmisiones, muchas se justifican en que la queja está mal fundada (art. 35.3), aunque también es muy habitual que el Tribunal de Estrasburgo inadmita o desestime un motivo del recurso si considera que, o bien reproduce otra queja ya examinada¹², o versa sobre los mismos hechos.

Y también existen, como no, las sagas de asuntos que también matizan nuestro análisis. Así, por ejemplo, tras la ilegalización de los partidos que apoyaban la violencia terrorista, se prestó un especial interés a esta cuestión que hoy ya no existe, pero que absorbe la jurisprudencia sobre elecciones libres (P7.3) e influye decisivamente en la de otros derechos (como es el de asociación, 11).

10 Desde esta perspectiva son significativas las condenas impuestas a Rumanía (1202) y Ucrania (1188).

11 En efecto, no se compadece el número de condenas ni la atribución con la que ofrece el Consejo en el mismo *Aperçu 1959-2017*, cit., p. 8.

12 Esto ocurre en muchos de los asuntos en los que se invoca el derecho a un recurso efectivo (art. 13). Por ejemplo, el Tribunal ha entendido que esta queja retomaba la referida al derecho a un tribunal (asuntos Díaz Ochoa, 2006; Barrenechea Atucha, 2008; Golf de Extremadura, SA, 2009, o Arribas Antón, 2015). En otros casos la remisión se hace a otros artículos del Convenio (2, 3.1, 8.1 y P7.2).

Por otra parte, también debemos señalar que hemos tomado algunas decisiones pragmáticas a la hora de abordar este trabajo.

En primer lugar, hemos asimilado las inadmisiones y desestimaciones realizadas en las Sentencias por no complejizar más la cuestión.

En segundo lugar, no hemos tenido en cuenta, conscientemente, que en algunos de los asuntos enjuiciados el Tribunal de Estrasburgo había dictado previamente autos de inadmisión parcial¹³. Aunque su examen matizaría, lógicamente, los datos aquí aportados, confiamos en que no se vean alterados en profundidad.

En tercer lugar, debe tomarse en consideración que las categorías dogmáticas manejadas por el Tribunal de Estrasburgo precisan de cierta adaptación a nuestro ordenamiento constitucional. Así, por ejemplo, como es sabido, entiende el Tribunal que cuando no se investiga la existencia de torturas o tratos inhumanos no se está poniendo en cuestión el derecho a la tutela judicial (en particular, el derecho a un tribunal o de acceso a la jurisdicción), sino el mismo derecho material que prohíbe tales prácticas en su dimensión procesal. Nosotros incluiremos estas quejas en las relacionadas con los derechos procesales por entender que ese es el lugar que deben ocupar entre nosotros¹⁴.

Finalmente, en cuarto lugar, tampoco vamos a computar ni examinar las Sentencias dictadas por la Gran Sala que mantiene el criterio de la Sección (porque computarlas supondría duplicar las condenas).

Una vez concretado el alcance del presente trabajo, estamos en condiciones de entrar en materia. Lo haremos separando el examen de los derechos materiales y de los derechos procesales. Y vamos a comenzar nuestro examen por estos últimos, por la simple razón de que si nuestros cálculos no son incorrectos, son estos los más invocados y los más veces amparados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, si nos fijamos en los derechos más veces alegados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre según nuestros cálculos, serían los derechos a un recurso efectivo (art. 13, 24), a la inmediatez en la segunda instancia penal (art. 6.1, 20); a un Tribunal (art. 6.1, 19), a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 6.1, 19). Solamente entonces aparece un derecho material (libertad de expresión, art. 10, 18).

13 Así, por ejemplo AATEDH Brualla Gómez (15/04/1996), Casado Coca (02/12/1991), Castells (07/11/1989), Dacosta Silva (16/11/2004), De Diego Nafria (13/03/2000 y 14/12/2000), De la Flor Cabrera (22/11/2011), De la Fuente Ariza (22/05/2006), Díaz Aparicio (12/10/2000), Díaz Ruano (09/12/1992), Drozd (12/12/1989), Edificaciones March Gallego (15/01/1996 y 24/06/1996), Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Aude-terminazio Bilgunea y Airako y otros (11/12/2007), Fuentes Bobo (01/06/1999), Gabarri Moreno (17/12/2002), García Manibardo (08/12/1998), García Ruiz (02/09/1996 y 24/02/1997), Gea Catalán (30/03/1993), Golf de Extremadura, SA (18/10/2005), Gomes Pires Coelho (04/11/2003), González Doria Durán de Quroga (04/12/2001 y 20/05/2003), Gorraiz Lizarraga y otros (11/02/2014), Herri Batasuna (11/12/2007), Herritarren Zerrrenda (11/12/2007), Iribarren Pinillos (31/05/2005), K.A.B. (27/04/2010), Lacarcel Menéndez (25/10/2005), López Ostra (08/07/1992), López Sole y Martín de Vargas (04/12/2001 y 01/04/2003), Martínez Salas y otros (02/07/2002 y 18/11/2003), Moreno Carmona (03/06/2008), Moreno Gómez (29/06/2004), N.D. y N.T. (07/07/2015), Perote Pellón (10/02/2000 y 03/05/2001), Pescador Valero (03/12/2002), Prado Bugallo (06/09/2001 y 16/04/2002), Puig Panella (04/11/2003 y 22/03/2005), Quiles González (14/01/2003 y 27/04/2004), Raf (21/11/2000 y 12/03/2002), Riera Blume y otros (09/03/1999), Rodríguez Valín (08/02/2001), Román Zurdo y otros (11/10/2011), Ruiz Mateos (06/11/1990), Sáez Maeso (19/11/2002 y 20/01/2004), Scott (22/02/1995), Sociedad Anónima del Ucieza (29/05/2012), Soto Sánchez (12/03/2002 y 20/05/2002), Tejedor García (15/05/1995 y 26/02/1996), Trome (13/01/1997), Unión Alimentaria Sanders (11/12/1987), Vaquero Hernández y otros (02/05/2007 y 09/12/2008), Varela Geis (20/09/2011), Vera Fernández-Huidobro (04/05/2004 y 02/05/2007) y Verdú Verdú (14/02/2006).

14 Como acredita la doctrina contenida en la STC 224/2007, de 22 de octubre.

Evidentemente si hubiéramos optado por aglutinar todas las quejas referidas a distintos aspectos del derecho al proceso público las cifras hubieran sido mucho más altas¹⁵.

Y a la misma conclusión se llega si nos centramos en el número de lesiones decretadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los primeros cinco puestos vienen ocupados por derechos procesales: derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 6.1, 16), derecho a un tribunal (art. 6.1, 14), derecho a la intermediación en la segunda instancia penal (art. 6.1, 14), falta de investigación efectiva cuando se denuncia la práctica de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3, 11) y derecho a un tribunal imparcial (art. 6.1, 7). Empata en esta posición con el derecho material más invocado, que no es otro que la libertad de expresión (art. 10, 7).

Estos datos explican sobradamente que comencemos nuestro estudio por el análisis de los derechos procesales.

II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS PROCESALES

II.1. Visión de conjunto

Antes de centrar nuestra mirada en algunos derechos en particular, puede ser conveniente presentar una gráfica que nos permita realizar una visión de conjunto. Puede ser útil cuantificar la importancia de las quejas presentadas en este tipo de derechos, y su tasa de éxito.

Como ya se ha adelantado, incluimos en este grupo las quejas procesales vinculadas con derechos sustantivos, por entender que en nuestro país encontrarían natural cobijo en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, si ordenamos de mayor a menor el número de condenas por este tipo de derechos y lo comparamos con el número de veces que el mismo ha sido invocado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos veremos que el derecho más veces vulnerado es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (16 condenas y 19 invocaciones), seguido por los derechos a un tribunal (14 de 19) e intermediación en la segunda instancia penal (14 de 20). La dimensión procesal del derecho a la interdicción de tratos inhumanos y degradantes ha sido alegado tantas veces como estimado (11), y a partir de este derecho se separan las condenas de las invocaciones (derechos a un tribunal imparcial, 7 de 11; a obtener una resolución motivada, 4 de 14; principio de legalidad penal, 3 de 7; derechos a un recurso efectivo 2 de 24; al proceso debido, 2 de 9; a ser informado de la acusación, 1 de 4; a la igualdad procesal de armas, 1 de 2; a la ejecución de resoluciones judiciales, 1 de 1. No ha prosperado ninguna de las 2 invocaciones realizadas de los derechos a interrogar a los testigos o en relación con la dimensión procesal del derecho a la vida.

Es muy alto el volumen global de quejas amparadas (78), que supera levemente el 50% de las quejas examinadas (148). Se acredita así, desde una perspectiva general, la importancia que presenta la tutela de las garantías procesales, puesto que en ella se

15 Hemos separado las quejas relacionadas con el derecho a un tribunal, a un tribunal imparcial, a la igualdad procesal de armas, a la motivación, a la ejecución de la resolución judicial, a la falta de intermediación en la segunda instancia penal y a un proceso público sin dilaciones indebidas, dejando un apartado al derecho al proceso público con otras cuestiones generales o específicas (defensa, derecho a la prueba, etc.).

concentra el mayor número de condenas (en términos absolutos). Lo mismo ocurre, por cierto, en nuestro propio ordenamiento constitucional. Pese a que la doctrina constitucional del artículo 24 CE ha sido diseñada por el Tribunal desde los años ochenta del pasado siglo, y pese a que la exigencia de que la demanda de amparo presente hoy una especial trascendencia constitucional dificulta mucho que pueda superar el trámite de admisión, el derecho a la tutela judicial efectiva sigue siendo, y con mucho, el más invocado en las demandas admitidas a trámite¹⁶. Desde esta perspectiva resulta conveniente que el Tribunal Constitucional sea flexible en su actuación para poder seguir ocupándose de garantizar, en toda su plenitud, el derecho a la tutela judicial efectiva. No sólo, y ya sería suficiente, por la importancia del amparo en sí mismo considerado, sino también para poder impedir futuras condenas del Tribunal de Estrasburgo a España.

También destaca, en segundo lugar, la poca efectividad de la queja relacionada con el derecho al recurso efectivo (art. 13). De las 24 invocaciones, solamente 2 han prosperado¹⁷. Es habitual que el Tribunal de Estrasburgo considere que con esta queja se está reproduciendo otra anteriormente examinada en la Sentencia¹⁸. Especial interés presentan las Sentencias que diferencian el derecho al recurso del referido a la doble instancia penal, regulado en el artículo P7.2¹⁹. Estos datos evidencian una indebida utilización y fundamentación de este derecho en las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo

16 Como se acredita en la última *Memoria del Tribunal Constitucional* disponible (2016), p. 252, cuadro 12. En esta tabla, referida a los amparos turnados a la Sala, se da cuenta de que el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido invocado en 4.957 ocasiones. Le sigue, muy de lejos, el principio de igualdad (alegado 877 veces). Y no parece que varíen significativamente estos datos en 2017, si atendemos al avance publicado en la página web del Tribunal (http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/Estad%C3%ADsticas%20con%20gr%C3%A1ficos%202017-12%20v_5%20Corr_Inadmn_No%20Comparativas%20Avance.pdf) (4689 y 795, respectivamente).

17 Son los asuntos A.C. y otros (2014), en relación con los derechos a la vida e interdicción de tratos inhumanos y degradantes, por no conferir carácter suspensivo al decreto de expulsión que ha sido impugnado en sede judicial. Y por hechos muy cercanos en el asunto N.D. y N.T. (2017), en los que se niega al recurso contra una decisión administrativa de denegar el asilo efectos suspensivos en relación con la expulsión. Incluiremos la bibliografía relacionada con este último asunto en la última nota del presente estudio. Ver, en relación con A.C. y otros (2014), San Martín Ontoria, Ana Belén: «Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH». En PASTOR PALOMAR, A.: *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016, pp. 87 ss.

18 Muy habitualmente el derecho a un tribunal (asuntos Stone Court Shipping Company, SA, 2003; Díaz Ochoa, 2006; Lacarcel Menéndez, 2006; Barrenechea Atucha, 2008; Golf de Extremadura, SA, 2009 y Arribas Antón, 2015), pero también otros derechos, como son la dimensión procesal de los derechos referidos a la vida (asunto Murillo Espinosa, 2007) y a interdicción de tratos inhumanos o degradantes (asuntos San Argimiro Isasa, 2010 y Beristain Ukar, 2011), el principio de inmediación en la segunda instancia penal (asunto García Hernández, 2010), la ejecución de resoluciones judiciales (García Mateos, 2013), el principio de legalidad penal (Gurguchiani, 2009), derecho a reunirse con su hija (asunto Tapia Gasca y D., 2009), o al respeto del domicilio, en combinación con los arts. 13 y Pl.1 CEDH (asunto Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta, 2017). En los asuntos Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Audeterminazio Bilgunea y Airako y otros, y Heritarrren Zerrenda (ambos de 2009), se duelen por el breve plazo conferido para presentar alegaciones en relación con decisiones judiciales relacionadas con la Ley de Partidos (que fue considerado suficiente por el Tribunal de Estrasburgo para defenderse) y en los dos restantes se alega falta de motivación o que no haya ningún recurso contra la denegación del amparo constitucional [asuntos Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV), 2010 y Ferre Gisbert, 2009, respectivamente].

19 Asuntos Bazo González, 2008; Igual Coll, 2009; Valbuena Redondo, 2011 y Pérez Martínez, 2016. Esta disposición solamente vincula a España desde el 1 de diciembre de 2009 (https://www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=qARm1TH6). Ver GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: «La supuesta garantía de la intermediación en la segunda instancia penal española». *Revista General de Derecho Europeo*, 27, 2012.

de Derechos Humanos. Y algo parecido podría decirse de las quejas relacionadas con el derecho a obtener una resolución judicial motivada²⁰, al proceso debido²¹ y a ser informado de la acusación²².

En todo caso, lo relevante es que el grueso de las condenas relacionadas con los derechos procesales se concentra en los primeros cinco derechos referenciados (que alcanzan, en su conjunto, el 79,48% de las totales), mientras que los restantes ocho derechos procesales acumulan el restante 20,51% de las condenas. Por eso puede tener sentido examinar, separadamente, esos derechos humanos de forma más detenida.

II.2. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Centrando nuestra mirada en el examen de las condenas impuestas en relación con este derecho humano²³, se puede realizar un estudio comparado que nos permite concluir, como elemento de análisis, con algunas afirmaciones.

20 Se amparan los casos Ruiz Torija (1994), Hiro Balani (1994), Juez Albizu (2009) e Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias (2016). No ocurre lo mismo con los asuntos García Ruiz, 1999; Pérez Arias, 2007 y Arribas Antón, 2015, sobre interpretación judicial, y Verdú Verdú (2007) y Saín Casla (2013), sobre motivación realizada por el Tribunal Constitucional. En otros casos se entiende que estas quejas reproducen otras ya examinadas (asuntos Gurguchiani, 2009; Martínez Martínez, 2011, Martínez Martínez y Pino Manzano, 2012).

21 En este apartado constatamos la lesión en los asuntos Barberá, Messegué y Jabardo (1988) y Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (2017). En el primero de ellos por las circunstancias en que se produjo el juicio oral de los encausados. En el segundo caso porque no participaron en el proceso judicial que culminó con la orden de demolición de los apartamentos en los que residían, lesionando su derecho de defensa. No se respalda la lesión del derecho al proceso público porque o bien existen defectos procesales que impiden su admisión (no se invocó el derecho a la prueba ante el Tribunal Constitucional en el asunto Gutiérrez Suárez, 2010) o bien reproducen otras quejas (detención irregular, asunto Dactosta Silva, 2006; dimensión procesal del derecho a la vida, asunto Murillo Espinosa, 2007). Finalmente, no se aprecia lesión alguna del derecho en los asuntos Tejedor García (1997), Gorraiz Lizarraga y otros (2004) y Alony Kate (2012). Finalmente, en el reciente asunto López Ribalda y otros (2018) el Tribunal no considera que la utilización de unas grabaciones que han vulnerado la intimidad de los trabajadores afectados en los procedimientos sobre sus despedidos vulnera su derecho de defensa, ya que han podido discutir su autenticidad y contenido (§ 88) y se han presentado otras pruebas testificales (§ 89). Tampoco se aprecia lesión del derecho al proceso debido porque los tribunales confirmen la regularidad de los acuerdos alcanzados entre algunos trabajadores y la empresa para poner fin a su relación contractual, ya que no se ha encontrado prueba alguna que acreditara presiones o coacciones sobre ellos (§ 94).

Sobre el asunto Barberá ver Castro-Rial Garrone, F.: «Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto «Barberá Messegué» y Jabardo c España». *Revista de Instituciones Europeas* 1989/3, pp. 789 ss.; Fairén Guillén, V.: «Sentencia del caso «Barberá, Messegué y Jabardo»: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24-1986-122-171-173) de 6 de diciembre de 1988». *Revista de Derecho Procesal* 1989/2, pp. 295 ss. y Cedeño Hernán, M.: «Las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal». En Alcácer Guirao, R. Beladiez Rojo, M. y Sánchez Tomás, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 153 ss.

22 De los cuatro asuntos en los que se invoca este derecho humano (Varela Geis, 2013; Gea Catalán, 1995; Salvador Torres, 1996 y Pérez Martínez, 2016) solamente se ampara, por esta razón, el primero de ellos. Ver, en el plano doctrinal, TOMÁS MALLÉN, B. S.: «Comentario a la sentencia de 10 de febrero de 1995 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Gea Catalán contra España): el derecho a la información del acusado como garantía de la tutela judicial efectiva en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista General de Derecho* 634-635, 1997, pp. 8813 ss.

23 Aludimos a los asuntos Unión Alimentaria Sanders, SA (1989), Ruiz Mareos (1993), Díaz Aparicio (2001), González Doria Durán de Quiroga (2003), López Sola y Martín de Vargas (2003), Soto Sánchez (2003), Quiles González (2004), Alberto Sánchez (2004), Iribarren Pinillos (2009), Bendayan Azcantor y Banal Bendayan (2009), Moreno Carmona (2009), Ortuño Ortuño (2011), Serrano Contreras (2012), Menéndez García y Álvarez González (2016), Comunidad de Propietarios Pando 20 (2016) y Ruiz-Villar Ruiz (2016). No nos ocuparemos de los asuntos LLavador Carretero (2009), Vaquero Hernández y otros (2010) y Nieto Macero (2013).

Por una parte, las condenas se han producido a lo largo de los años (desde 1989 hasta 3 en 2016, pasando por otras en los años 1993, 2001, 3 en 2003, 2 en 2004, 3 en 2009, 2 en 2011 y 2 en 2012). Es decir, que estamos ante un problema recurrente en nuestro país. Este dato se evidencia igualmente si se consulta la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional²⁴.

Por otra parte, las lesiones se han producido en todo tipo de procesos e instancias. En efecto hay casos que afectan a procesos civiles²⁵, penales -tanto en instrucción²⁶ como en el conjunto del proceso²⁷⁻, contencioso-administrativos²⁸ y laborales²⁹, así como en asuntos complejos³⁰. Se han producido dilaciones indebidas en distintas actuaciones judiciales, como son conflictos judiciales de competencia³¹ y ejecución de resoluciones civiles³² y penales³³. También han sido excesivos los tiempos empleados en procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional (tanto en relación con cuestiones de inconstitucionalidad³⁴ como en recursos de amparo³⁵).

Estamos, pues, ante un problema recurrente y generalizado, que ocasiona otras disfunciones en el modelo judicial español. Merece la pena recordar la atenuación de la condena impuesta cuando se han producido dilaciones indebidas en el proceso penal³⁶. Uno de los fines declarados de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales es, precisamente, «evitar dilaciones innecesarias».

Sin embargo, y como ya ha quedado señalado, las dilaciones indebidas se producen en todos los procesos de naturaleza jurisdiccional. Especial interés y discusión generó, entre nosotros, la eventual exigencia de responsabilidad derivada del funcionamiento anormal del funcionamiento del Tribunal Constitucional, que generó sendas resoluciones judiciales muy relevantes y una reforma legislativa³⁷.

24 SSTC 63/2016, de 11 de abril; 75/2016, de 25 de abril; 76/2016, de 25 de abril; 77/2016, de 25 de abril; 89/2016, de 9 de mayo; 103/2016, de 6 de junio y 129/2016, de 18 de junio.

25 Asunto Unión Alimentaria Sanders, SA, 1989. Ver GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989 en el asunto Unión Alimentaria Sanders, SA». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20, 1989-1992, pp. 389 ss.

26 Asunto Moreno Carmona (2009).

27 Asuntos González Doria Durán de Quiroga (2003), López Sola y Marín de Vargas (2003), Serrano Contreras (2012) y Menéndez García y Álvarez González (2016). Ver QUISPE REMÓN, F.: «España y la violación del debido proceso: el caso Serrano Contreras». *REDI*, 2012/2, pp. 288 ss.

28 Asuntos Alberto Sánchez (2004), Comunidad de Propietarios Pando 20 (2016) y Ruiz-Villar Ruiz (2016).

29 Asunto Quiles González (2004).

30 Proceso penal y contencioso-administrativo en el asunto Iribarren Pinillos (2009).

31 Asunto Alberto Sánchez (2004).

32 Asunto Ortuño Ortuño (2011).

33 Asunto Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan (2009).

34 Asunto Ruiz Mateos (1993).

35 Asuntos Díaz Aparicio (2001) y Soto Sánchez (2003). Sobre Sánchez Soto, ver ORTEGA CARBALLO, C.: «El derecho a un proceso judicial sin dilaciones». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 223 ss., MONTESINOS GARCÍA, A.: «El incumplimiento del plazo razonable según la Sentencia de 25 de noviembre de 2003 del Tribunal Europeo». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 9 (2004), pp. 93 ss. y MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Dilaciones indebidas, justicia constitucional y TEDH». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2, 2003, pp. 115 ss.

36 En el plano doctrinal MAGRO SERVET, V.: «Casuística práctica en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como atenuante simple y/o muy cualificada». *La ley penal*, 124, 2017, entre otros muchos.

37 Sentencias AN de 28 de julio de 2008 y TS de 26 de noviembre de 2009 y, en el plano normativo, el artículo 9 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva

No pretendemos en estas páginas aportar soluciones demiúrgicas para un problema como el descrito, pero sí dejar de manifiesto que estamos ante un reto de primera magnitud, dentro y fuera de nuestras fronteras, como acredita la STJUE Gascogne y Gascogne Sack Deutschland GmbH³⁸, en la que se reconoce que el propio Tribunal de Luxemburgo ha vulnerado el derecho recogido en el artículo 47 CDFUE al incurrir en dilaciones indebidas.

II.3. El derecho a un tribunal

Las condenas impuestas a España que se relacionan expresamente con el derecho a un tribunal (art. 6.1) son 14, aunque podrían sumarse a esta categoría las referidas a la dimensión procesal del derecho a la interdicción de torturas y tratos inhumanos o degradantes (art. 3), que son otras 11. Si hemos optado por examinarlas en este trabajo separadamente es por las especificidades que presentan. Hay otros 5 asuntos en los que esta queja no ha sido atendida por el Tribunal de Estrasburgo³⁹. Y conviene señalar también que el derecho a un tribunal alcanza igualmente a la jurisdicción a la que se solita la ejecución de una previa resolución judicial [asunto Flores Quiros (2016)⁴⁰]

Centrándonos, pues, en esos casos, se aprecia que 5 condenas tienen que ver con la tramitación de recursos de casación ante el Tribunal Supremo⁴¹, y 3 más se relacionan con amparos constitucionales⁴². Aunque se pueda compartir alguna de estas condenas (especialmente la referida al asunto Ferre Gisbert), lo cierto es que no debería ser cuestionable

Oficina judicial. Un buen examen doctrinal es el ofrecido por COBREROS MENDAZONA, E.: «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional». *RVAP*, 87-88, 2010.

38 Sentencia de 10 de enero de 2017 (T-577/14, EU:T:2017:1). En el plano doctrinal, Marcos Martín, Teresa: «El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Justicia Europea por sus propios incumplimientos: el primer pronunciamiento condenatorio por la concurrencia de dilaciones indebidas». *Revista General de Derecho Europeo* 44 (2018).

39 Son los asuntos Brualla Gómez (1997), Edificaciones March Gallego, SA (1998), Rodríguez Valín (2001), Cañete de Goñi (2002) y Arribas Antón (2015).

40 Sobre esta cuestión, ver también el asunto García Mateos (2013), en el que la jurisdicción ordinaria no ejecuta una Sentencia del Tribunal Constitucional español, y que hemos incluido, como referencia única, en el apartado derecho a la ejecución de una resolución judicial.

41 En todos estos casos, el Tribunal Supremo admite a trámite, primero, e inadmite, mucho tiempo después, el recurso de casación interpuesto. Dicho lapso temporal, que ya evidencia, en sí mismo, clamorosas dilaciones indebidas, se mueve entre los 3 años [asunto Golf de Extremadura, SA (2008)] y los 7 años [asunto Sáez Maeso (2004)], pasando por 4 [asuntos Salt Hiper S.A. (2007) y Llavador Carretero (2009)] y 5 [asunto Barrenechea Atucha (2008)]. Diferente es la cuestión planteada en el asunto Sociedad Anónima del Ucieza (2014), al que aludiremos en el texto. Ver, sobre el asunto Sáez Maeso, GUTIÉRREZ GIL, A. J.: «El derecho de acceso a los recursos». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 249 ss. y BOUZZA ARIÑO, O.: «Recurso de casación contencioso-administrativo común y derecho a la tutela judicial efectiva (estudio de las SSTEDH Sáez Maeso y Llavador Carretero c. España». En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial*. Civitas. Madrid, 2012. Vol. 2, pp. 2735 ss. Por otra parte, no se estima que la inadmisión del recurso de casación haya vulnerado el derecho a un tribunal del recurrente en el asunto Brualla Gómez (1997).

42 En el asunto De la Fuente Ariza (2007) se inadmite un amparo primeramente por ser prematuro, al no haber concluido el proceso penal, y posteriormente por falta de agotamiento (al poder interponer un recurso de súplica contra el auto que rechaza la práctica de determinadas pruebas cuando en el mismo se afirma que contra él no cabe recurso alguno). En el asunto Ferre Gisbert (2009) el Tribunal Constitucional considera que un recurso de amparo es extemporáneo porque el recurrente se sirvió de una vía procesal (juicio declarativo) que había sido indicada en cuatro ocasiones por la jurisdicción ordinaria. Como veremos en el texto, en el asunto Rodríguez Valín (2001) se deniega el amparo solicitado.

que si un tribunal, que ha admitido un asunto a trámite, constata posteriormente la existencia de una causa de inadmisión (incluso en una Sentencia, en la que se espera en principio un pronunciamiento sobre el fondo del asunto), deba tomarla en consideración y extraer la inevitable consecuencia jurídica de decretar su inadmisión. Es lógico que así sea si se recuerda que el cumplimiento de los requisitos procesales resulta imprescindible para que la actuación procesal pueda ser tramitada.

Esta afirmación podría cuestionarse, sin embargo, en el supuesto de que la inadmisión de un recurso (ya sea de casación, ya sea de amparo) no se motive adecuadamente. Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha optado, a partir de la reforma su Ley de 2007, por limitarse a expresar el precepto al que se anuda la inadmisión, sin explicar por qué concurre en ese concreto caso. Y conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avalado tal proceder en el asunto *Arribas Antón* (2015)⁴³. Y esta decisión resulta cuestionable porque en tales casos, en que se pone fin al proceso, debería exigirse una motivación más detallada.

Otros asuntos guardan relación con la forma de presentar los recursos. Y en este punto se han planteado dos cuestiones.

¿Es posible hacer llegar un recurso enviándose al órgano judicial competente a través del correo ordinario? Y en este punto el Tribunal ha mantenido un criterio acertado. Si la remisión se hace con una antelación razonable, que permita suponer que llegará en plazo, debe tramitarse [asunto *Pérez de Rada Cavanillas* (1998)], pero no resulta admisible tal queja si se entregó en correos el mismo día en que vencía el plazo [asunto *Rodríguez Valín* (2001)], porque el recurrente (que además era abogado) debía saber que llegaría una vez agotado éste.

¿Puede presentarse un recurso en el Juzgado de Guardia, y no a través de las vías previstas en la legislación procesal? El Tribunal de Estrasburgo considera excesivamente rigorista que en este caso el Tribunal Supremo inadmita el recurso [Asunto *Stone Court Shipping Company SA*⁴⁴ (2003)].

También ha señalado el Tribunal de Estrasburgo que el plazo para la interposición de un recurso por parte de la persona que, (a) no habiendo sido parte de un proceso [asunto *Miragall Escolano y otros*, (2000)], se ve afectada por el mismo o que, (b) no teniendo noticia de que había sido demandada, aunque su dirección constara en la documentación facilitada al órgano judicial⁴⁵, comienza a correr desde que tiene noticia de su

⁴³ En relación con la inadmisión de recursos de casación y amparo es preciso citar los Autos recaídos en los asuntos *Dosamantes* (2012) y *Bellid y Bellid* (2013) en los que se afirma que «vista la especificidad del papel que cumple el Tribunal Supremo, puede admitirse un formalismo más intenso en el procedimiento seguido ante él» en lo que atañe a la inadmisión de los recursos de casación» y que «puede ser suficiente que una jurisdicción superior [pensando en el Tribunal Constitucional] rechace un recurso refiriéndose únicamente a las disposiciones legales que prevén este procedimiento si las cuestiones planteadas en el recurso no revisten una importancia particular o no presentan una posibilidad suficiente para prosperar», respectivamente. Ver, sobre *Arribas Antón*, GONZÁLEZ ALONSO, A. y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F.: «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos». *REDE*, 54, (2015) pp. 155 ss. y HERNÁNDEZ RAMOS, M.: «Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo». *REDC*, 108, 2016, pp. 307 ss.

⁴⁴ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S.A. c. España* y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos». En *RAP*, 163, 2004, pp. 169 ss.

⁴⁵ Asunto *Díaz Ochoa* (2006). Esta regla no opera, lógicamente, cuando hay constancia de que el afectado ha tenido un conocimiento extraprocesal de la causa [asunto *Cañete de Goñi* (2002)]. Ver, sobre este

existencia. O que no puede exigirse una consignación previa para recurrir a quién ha solicitado el beneficio de justicia gratuita [asunto García Manibardo⁴⁶ (2000)]. O que resulte errado que se afirme, cuando se está discutiendo sobre la propiedad una iglesia medieval, que no queda acreditado que se supera la cuantía exigida para recurrir en casación [asunto Sociedad Anónima del Ucieza (2014)]. O que no se confiera efectos retroactivos a una declaración de incapacidad cuando ésta es palmaria a la vista de las declaraciones judiciales de una persona y de la actuación de otros órganos que ordenaron su ingreso en un hospital psiquiátrico [asunto Lacarcel Menéndez (2006)].

En todos estos casos que se acaban de señalar se considera que la interpretación realizada por los tribunales españoles resulta muy rigorista o desproporcionada. Si estos asuntos se clasifican en este derecho fundamental y no en el apartado del derecho a obtener una resolución judicial motivada⁴⁷ es por el efecto que se anuda a la misma, que es poner fin al recurso y vulnerar así, también, el derecho de acceso a la justicia o, en su caso, al recurso. Pero es oportuno hacer notar que esta jurisprudencia referida a la motivación también se ha referido a la actuación del Tribunal Constitucional, y que, por lo general, ha sido deferente con su actuación⁴⁸.

Finalmente, en otras ocasiones, el Tribunal de Estrasburgo considera que la inadmisión del recurso ha sido motivada por parte del órgano judicial español lo que excluye la lesión aducida por parte del recurrente [asunto Edificaciones March Gallego (1998)].

II.4. Derecho a la intermediación en la segunda instancia penal

El Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que «el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción». Y es que «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como

último, PULIDO QUECEDO, M.: «La doctrina constitucional sobre los emplazamientos en el proceso contencioso-administrativo ante el TEDH». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002/3, pp. 2067 ss.

⁴⁶ Ver MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Consignación para apelar en el juicio verbal del automóvil y justicia gratuita: España es condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 444, 2000, pp. 1 ss.

⁴⁷ Hemos incluido en este apartado los asuntos Ruiz Torija (1994), Hiro Balami (1994), Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias (2016) y García Ruiz (1999). Mientras que el Tribunal de Estrasburgo considera en los tres primeros casos que el tribunal incurre en una incongruencia omisiva, estima que no lo hace en el cuarto. Tampoco se aprecia la incongruencia *extra petita* invocada por el recurrente en la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el asunto Arribas Antón (2015). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también considera irrazonable que el órgano judicial afirmara que el recurrente no ha aportado un contrato de compraventa, cuando la pretensión de éste es que lo es el contrato de arras en el caso Juez Albizu (2009). Por otra parte, no vulnera este derecho humano que se realicen distintas interpretaciones judiciales de una misma norma jurídica [asunto Pérez Arias (2007)]. Finalmente, el Tribunal considera en otros asuntos [Gurguchiani (2009), Martínez Martínez (2011), Martínez Martínez y Pino Manzano (2012)] que se retoman las quejas referidas con otros derechos (principio de legalidad penal en el primer caso y protección medioambiental en los dos últimos). Completa esta jurisprudencia la recogida en la nota siguiente.

⁴⁸ Asuntos Verdú Verdú (2007), Saínz Casla (2013) y Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) (2015).

consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria» (STC 37/2018/6, de 23 de abril). Esta jurisprudencia tiene su origen en la STC 167/2002 y se ha reiterado en docenas de resoluciones posteriores.

Pese a ello, hay un buen número de quejas ante el Tribunal de Estrasburgo relacionadas con el principio de inmediación en segunda instancia penal (20), que se traducen en numerosas condenas (14).

Las condenas afectan a diversas Audiencias Provinciales⁴⁹ y, en cuatro ocasiones, al Tribunal Supremo⁵⁰. En otros casos, se desestima la queja⁵¹.

Pues bien, desde esta perspectiva conviene subrayar, en primer lugar, que los datos referidos al Tribunal Supremo son bastante razonables. Debemos recordar que, aunque el recurso de casación tiene carácter extraordinario y se vincula con determinados fines tasados (art. 847 LECrim), en la práctica se ha convertido en un recurso de apelación frente a resoluciones dictadas por tribunales penales inferiores. Esta evidente disfunción pretende ser atajada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que atribuye a los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por las audiencias provinciales y a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional las dictadas por la Sala de lo Penal del mismo órgano judicial, que ya ha entrado en funcionamiento. De esta forma, el recurso de casación vuelve a su dimensión natural.

Por otra parte, la diversidad de Audiencias Provinciales afectadas por esta jurisprudencia impide hablar de que exista un problema sistemático en esta materia, aunque haya obligado a la jurisdicción penal de apelación a modificar seriamente sus tradicionales hábitos. Desde esta perspectiva conviene poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional ha contribuido decisivamente con su jurisprudencia y su control en esta materia. Y sigue haciéndolo, como acredita su reciente actuación⁵².

En relación con el análisis cronológico, estamos ante una queja que se ha comenzado a plantear en los últimos diez años, salvo 2014 y 2015. En efecto, este alegato ha sido

49 Barcelona, asuntos Almenara Álvarez (2011) y Saínz Casla (2013); Cáceres, asunto Gómez Olmeda (2016); Granada, asunto Porcel Terribas y otros (2016); León, asunto Marcos Barrios (2010); Málaga, asunto Román Zurdo y otros (2013); Murcia, asunto García Hernández (2010); Sevilla, asunto Nieto Macero (2013); Valencia, asunto Igual Coll (2009), Valladolid, asunto Valbuena Redondo (2011). Sobre el asunto Igual Coll, ver Alcácer Guirao, Rafael: «Las garantías del proceso en la segunda instancia penal». En ALCÁCER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 285 ss.

50 Asuntos Lacadena Calero (2011), Serrano Contreras (2012), Vilanova Goterris y Llop García (2012) y Atutxa Mendiola y otros (2017). Sobre el penúltimo asunto citada, ver OTAZUA ZABALA, G.: «Desencuentro en la interpretación del derecho a la defensa entre tribunales españoles y TEDH». *RVAP*, 97, 2013, pp. 259 ss.

51 Casos que afectan a la AP Vizcaya, asunto Bazo González (2008); Valencia, asunto Vilches Coronado y otros (2018) y Zaragoza, asunto Hernández Royo (2016) y, en tres ocasiones, al Tribunal Supremo, asuntos Sardón Alvira (2013), Naranjo Acevedo (2013) y Pérez Martínez (2016).

52 En el año 2017 ha dictado sendas resoluciones en las que recuerda la exigencia de inmediación en el recurso de casación (SSTC 125/2017, de 13 de noviembre y 146/2017, de 14 de diciembre).

invocado en una ocasión en 2008, 2009, 2017 y 2018 —hasta marzo—; 2 en 2010 y 2012, 3 en 2011, 4 en 2016 y 5 en 2013. Y el número de condenas se ha concentrado en 2011 y 2013 con 3 condenas, 2010, 2012 y 2016 con 2 y 2009 y 2017 con una. Debe destacarse, pues, el creciente número de ocasiones en que las quejas son desestimadas (en 2013, 2016 y 2018, especialmente). Parece que en este caso los tribunales sí que están tomando nota de las obligaciones que el respeto del Convenio les impone en su actuación.

Lo relevante es que los tribunales no precisan celebrar una audiencia cuando el fallo condenatorio se justifica en cuestiones jurídicas y no fácticas⁵³. Y, claro, obviamente, no hay lesión cuando los encausados deciden no asistir o intervenir en la audiencia⁵⁴.

II.5. Investigación de malos tratos

Ya señalamos que incluiríamos dentro del análisis de los derechos procesales lo que el Tribunal de Estrasburgo denomina dimensión procesal del derecho referido a la interdicción de tratos inhumanos o degradantes y de la tortura. Consiste en que las denuncias de las presuntas víctimas no han sido investigadas con una mínima diligencia. A nuestro juicio, se está menoscabando, cabalmente, en estos casos, el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha confirmado nuestro Tribunal Constitucional⁵⁵.

La mera posibilidad de que se estén cometiendo en nuestro país actos tan execrables debería activar todas las alarmas. Es verdad que de la jurisprudencia del Tribunal no se puede derivar, con naturalidad, que así sea (lo que se condena es la falta de investigación, no su existencia efectiva), pero la mera sospecha debería ser eficazmente despejada (o, en su caso, confirmada) por los tribunales de justicia.

Pues bien, todas las quejas admitidas a trámite por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que son 11, han sido estimadas. Primer dato preocupante. También lo es que las condenas sean permanentes desde 2009⁵⁶, porque revela que tenemos un serio problema que merecería la adopción de medidas inmediatas.

Es cierto que muchas de las quejas se han producido en el contexto de la lucha contra el terrorismo⁵⁷ que, afortunadamente, ha sido vencido por el Estado de Derecho. Pero si alguna de estas quejas tuviera fundamento, debería ser ventilada y estimada, y sus responsables castigados con todo el peso de la Ley.

53 Como son la interpretación de preceptos penales [asuntos Sardón Alvira (2013) y Naranjo Acevedo (2013)], o la resolución de problemas jurídicos [¿la comercialización del tabaco en España está sometida a un régimen de monopolio?, asunto Bazo González (2008)].

54 Asuntos Hernández Royo (2016) y Vilches Coronado y otros (2018).

55 STC 224/2007, de 22 de octubre.

56 Previamente, el asunto Martínez Sala y otros (2004). Y a partir de 2009 de forma reiterada en los asuntos Iribarren Pinillos (2009), San Argimiro Isasa (2010), Beristain Ukar (2011), B.S. (2012), Oramendi Egiguren (2012), Etxebarria Caballero (2014), Ataun Rojo (2014), Arratibel Garcíaandia (2015), Beortegui Martínez (2016) y Portu Juanenea y Sarasola (2018). Ver, en el plano doctrinal, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: «De nuevo sobre la prohibición de tortura y el deber de investigación efectiva de las denuncias». *REDE* 48 (2013), pp. 77 ss. y ROIG TORRES, M.: «Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014. El debate sobre la *tortura de rescate*». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, 2014, pp. 295 ss.

57 Con ETA (asuntos San Argimiro Isasa, Oramendi Egiguren, Etxebarria Caballero y Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba) y sus brazos, Segi (asunto Ataun Rojo) y Ekin (asuntos Arratibel Garcíaandia y Beortegui Martínez), en abundantes casos. También con la kale borroka (asunto Beristain Ukar) y con el independentismo catalán (asunto Martínez Sala y otros).

Algunas quejas merecen un comentario específico, como es la planteada por B.S.⁵⁸ (2012), en la que una prostituta nigeriana fue maltratada en dos ocasiones, o la de Iribarren Pinillos (2009), que versa sobre una persona que recibió el impacto de un bote de humo lanzado por la policía en una concentración que estuvo a punto de hacerle perder la vida. Y la más reciente, también vinculada a personas presuntamente vinculadas con ETA, en la que uno de los recurrentes sufrió «contusiones y erosiones múltiples, y destacadamente una fractura costal y una contusión pulmonar, confirmándose así una pronóstico muy grave» (asunto Portu Juanenea y Sarasola, 2018). Que esto haya ocurrido estando detenido y nuestra justicia haya sido incapaz de esclarecer la autoría del delito e impartir justicia supone una manifiesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero este caso ha implicado también la primera condena por la vulneración material del derecho que prohíbe los malos tratos (art. 3). Los jueces Keller, Pastor Vilanova y Serghides consideran que la condena debería haber sido aún más grave, por la comisión de una tortura.

Resulta evidente, en todo caso, que debemos tomarnos, como país, el asunto en serio. Y que deben extremarse las cautelas que impidan (o, cuando menos, traten de hacerlo) los tratos inhumanos o degradantes, así como las torturas. No solamente por estas resoluciones que hemos comentando, sino también porque así lo viene exigiendo, de forma reiterada y motivada, el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes⁵⁹.

Aunque no somos expertos en estas lides, hay soluciones fáciles de adoptar que podrían mitigar este problema, como es la utilización de videocámaras en comisarías y centros de detención (incluso, el anuncio de la mera posibilidad de que hayan sido instaladas). Como es sabido, la decisión judicial de supervisar la actuación de algunos agentes ha permitido acreditar (en contadas ocasiones, es de justicia decirlo) la existencia de malos tratos. Y en esos casos la actuación del Estado de Derecho debería ser inexorable, ventilando la responsabilidad criminal de su autor, e impidiendo que esa persona siga formando parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

No ocurrió esto en los polémicos indultos que beneficiaron a unos *mosso de esquadra* condenados, por Sentencia firme, por la comisión de un delito de detención ilegal y otro contra la integridad moral (por golpearlo e insultarlo posteriormente) para evitar, en primer lugar, el cumplimiento de las condenas, y asegurar, después, su reingreso efectivo en el cuerpo policial⁶⁰. Lo más grave es que esta actuación del Gobierno no puede considerarse aislada⁶¹.

Sin embargo, hay también motivos para la esperanza. El Tribunal Constitucional ha afirmado que «del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos» denunciados (STC 36/2017/3, de 27 de febrero, y las allí citadas). «Resulta así posible no proseguir

58 Ver GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «Actividad de policía y tratamientos inhumanos o degradantes». En SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.: *El Derecho internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI*. Iprolex. Madrid, 2013, pp. 825 ss. y ABRIL STOFFELS, R.M.: «TEDH. Sentencia de 25.07.2012». *RDCE*, 44, 2013, pp. 309 ss.

59 Pueden consultarse las referencias a los informes de 13 de marzo de 2003, de 10 de julio de 2007, de 25 de marzo de 2011 y de 30 de abril de 2013 en <http://www.cpt.coe.int/fr/etats/esp.htm>.

60 PERANDONES ALARCÓN, M.: «El indulto y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». En *La ley penal*, 103, 2013, pp. 2 ss.

61 Ver <http://www.publico.es/politica/pp-psoe-indultaron-39-policias.html>.

con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación» (STC 153/2013/4, de 9 de septiembre). Y la investigación debe realizarse «con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de aislamiento y de total ausencia de comunicación con el exterior» (STC 130/2016/2, de 18 de julio).

Con esta jurisprudencia, nuestro Alto Tribunal acoge y tutela la dimensión procesal del derecho a la interdicción de tratos inhumanos y degradantes y torturas. Es cierto que tal asunción no asegura que las (presuntas) víctimas vean reparados sus derechos⁶², pero sí se impone un alto estándar en la investigación de conductas que no tienen encaje en un Estado constitucional de Derecho que merezca tal nombre.

II.6. Derecho a un tribunal imparcial

El derecho a un tribunal imparcial ha sido examinado, en relación con España, en 11 Sentencias, y en dos terceras partes de los casos, aproximadamente, el Tribunal de Estrasburgo ha concluido en que tal derecho había sido lesionado (7).

Desde una perspectiva cronológica, se han resuelto estas quejas de forma dispersa en el tiempo⁶³, y afectan a diversos órganos judiciales⁶⁴. Eso sí, la mayor parte de las impugnaciones se refieren al orden jurisdiccional penal⁶⁵.

62 Buena prueba de esta afirmación la encontramos en el ATC 36/2017, de 27 de febrero, en el que se inadmite un nuevo recurso de amparo de quién había sido amparado en la STC 153/2013, de 9 de septiembre. Y es que la actuación del órgano judicial resulta irreprochable en esta ocasión, y este hecho no se ve desvirtuado porque rechace la práctica de sendas pruebas propuestas por el denunciante, que no son pertinentes para el fin buscado.

63 Las condenas por la vulneración de este derecho han sido impuestas en los años 1998 (asunto Castillo Algar), 2002 (asunto Perote Pellón), 2003 (asunto Pescador Valero), 2008 (asunto Gómez de Liaño y Botella), 2010 (asunto Cardona Serrat), 2012 (asunto Alony Kate) y 2015 (asunto Blesa Rodríguez). 2010 es el año que destaca en esta materia, puesto que a la condena impuesta se suma la desestimación de la queja en los asuntos Vera Fernández-Huidobro y Polanco Torres y Movilla Polanco. Se inadmite el motivo en 2012 (asunto Fernández Martínez) y se desestima en 2013 (asunto Román Zurdo y otros).

Sobre el asunto Castillo Algar ver PEITEADO MARISCAL, P.: «El derecho a un juez imparcial». En ALCÁCER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 187 ss.; Jiménez Villarejo, José: «Análisis de la sentencia del TEDH de 28/10/98 dictada en el caso Castillo Algar». *Revista del Poder Judicial*, 55, 1999, pp. 489 ss.; RODRÍGUEZ SOL, L.: «La imparcialidad objetiva de los tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre 1998 (caso Castillo Algar vs. España)». *Revista del Ministerio Fiscal* 7 (2000), pp. 95 ss; MUÑOZ VEGA, G.: «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Castillo Algar y la jurisdicción militar». *La Ley* 1999/2, pp. 1677 ss.; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Comentario breve a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Castillo Algar, de 28 de octubre de 1998». *Anuario de la Facultad de Derecho*, 17, 1999, pp. 233 ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: *La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial: (causas de abstención y recusación)*. Comares, Granada, 1999 y RODRÍGUEZ RAMOS L.: «Imparcialidad judicial objetiva, La. Comentario a la STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Castillo Algar contra España». *Actualidad Jurídica Avanzada* 376, 1999, p. 1. y sobre el referido a Perote y otros casos, MAGRO SERVET, V.: «La imparcialidad judicial». *La Ley Penal*, 7, 2004, pp. 93 ss.

64 Siguiendo el orden de la nota anterior, al Tribunal Militar Central en los dos primeros casos, al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, al Tribunal Supremo, a la Audiencia Provincial de Valencia, a la Audiencia Nacional y a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en lo que atañe a las condenas. Las restantes causas afectan al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional (en dos ocasiones) y a la Audiencia Provincial de Málaga.

65 Salvo las referidas a un procedimiento contencioso-administrativo (asunto Pescador Valero, 2003) y a dos recursos de amparo (asuntos Polanco Torres y Movilla Polanco, 2010 y Fernández Martínez, 2012).

Por otra parte, todas las estimaciones se fundamentan en el quebranto de la imparcialidad objetiva, que «consiste en determinar si, con independencia del comportamiento personal del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad»⁶⁶. Esto ya es una buena noticia que habla bien de los integrantes del poder judicial de nuestro Estado.

Centrada así la cuestión, interesa saber en qué casos el recurrente puede tener cierto temor a que la actuación de determinados Magistrados no sea imparcial. Esto ocurre, por ejemplo, cuando miembros del tribunal sancionador han formado parte de la Sala que confirma el procesamiento del recurrente⁶⁷, o cuando han acordado su prisión provisional⁶⁸. También se compromete la imparcialidad objetiva del Tribunal cuando forma parte del mismo una persona profesionalmente vinculada con una Universidad que está personada en el proceso⁶⁹. Ninguna de estas afirmaciones admite reproche alguno.

Tampoco suscitan dudas la inadmisión y desestimación de la queja en los asuntos Fernández Martínez (2012) y Polanco Torres y Movilla Polanco, (2010). En el primero de ellos el recurrente no recusó a los Magistrados del Tribunal Constitucional afectados por sus creencias religiosas, por lo que hay falta de agotamiento de la vía judicial previa. En el segundo asunto citado, el Tribunal de Estrasburgo entiende que no se ve comprometida la imparcialidad objetiva del Presidente del Tribunal Constitucional porque, meses después de haber resuelto sobre un amparo, publique un artículo de opinión en un diario que había sido inicialmente demandado por el recurrente en un proceso civil que terminaría dando lugar al citado recurso de amparo.

Presentan cierto interés añadido los asuntos Vera Fernández-Huidobro (2010) y Román Zurdo y otros (2013). En el primero de ellos, tras señalar que la instrucción practicada por el Juzgado Central 5 de Instrucción compromete seriamente la imparcialidad objetiva (dado que su titular había formado parte del Gobierno como el acusado y estaba en contacto con personas implicadas en la investigación), entiende que el nuevo instructor delegado del Tribunal Supremo ha corregido los defectos de esa primera instrucción. En efecto, ha realizado una nueva instrucción, autónoma de la anterior, que no se ve comprometido por los errores cometidos en la primera. En el caso Román Zurdo y otros (2013), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que no se ve comprometida la imparcialidad objetiva porque los acusados hubieran emprendido acciones legales contra algunos magistrados en el contexto de otra investigación previa por presuntas irregularidades urbanísticas adoptadas desde el ayuntamiento de Marbella, que resultaron infructuosas. Interesa subrayar la aseveración de que «que la decisión de una de las partes de emprender acciones legales contra un magistrado para dictar una decisión no implica necesariamente la obligación de este último de abstenerse del caso» (§ 52).

66 STEDH Castillo Algar (1998), § 45.

67 Asuntos Castillo Algar (1998), Perote Pellón (2002) y Gómez de Liaño y Botella (2008). En el asunto Perote Pellón también habían prorrogado la prisión provisional del recurrente, y en el último asunto referenciado habían intervenido en más resoluciones dictadas durante la instrucción de la causa.

68 Asuntos Cardona Serrat (2010) y Alony Kate (2012).

69 Asuntos Pescador Valero (2003) y Blesa Rodríguez (2015), aunque entre ambos hay diferencias relevantes. Mientras que en la primera, el gerente del Campus de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha cuestiona su despido en vía administrativa, en la segunda la Universidad de La Laguna se querrela contra un profesor por un presunto delito de falsificación.

Con el examen de este derecho cerramos el apartado de los derechos procesales contemplados en las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo relacionadas con España. Las restantes lesiones de este tipo de derechos son testimoniales.

Así, de las 13 Sentencias en las se cuestiona el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales⁷⁰, solamente se ha condenado a España en los asuntos Ruiz Torija (1994), Hiro Balani⁷¹ (1994), Iglesias Casarrubios y Cantalapedra Iglesias⁷² (2016) y Juez Albizu (2009). En los tres primeros el amparo se produce porque los tribunales españoles han incurrido en una incongruencia omisiva. En Juez Albizu (2009) se cuestiona la motivación de la inadmisión de un recurso de apelación (que sería para nosotros derecho de acceso al recurso —*Cfr.*, entre otras muchas, STC 129/2017, de 27 de noviembre—).

El principio de legalidad penal ha sido debatido en 7 Sentencias⁷³ del Tribunal de Estrasburgo y amparado en tres ocasiones. En la Sentencia Gabarri Moreno se indica que la exigencia de la seguridad jurídica inherente al principio de legalidad penal exige, cuando menos, una rectificación del quantum de la pena impuesta que no ha tenido lugar» (§ 33) (dado que la concurrencia de la atenuante de perturbación mental debería haber supuesto la rebaja en un grado la condena vinculada con el delito, que es prisión mayor), lo que debería traducirse en una condena entre seis años y un día y ocho años, y no en la impuesta (ocho años y un día).

En el asunto Gurguchiani (2009) se cuestiona si la aplicación del polémico artículo 89 CP (precepto que permite la sustitución, total o parcial, de la condena impuesta a un extranjero irregular por su inmediata expulsión), puede ser aplicada a unos hechos acaecidos antes de su entrada en vigor (cuando en la nueva versión se aplica de forma automática y más severa que antes —antes entre 3 y 10 años, y ahora por diez años—). Es de justicia hacer notar que los Tribunales Supremo y Constitucional han modulado el alcance de este precepto para hacerlo compatible con los derechos fundamentales⁷⁴.

70 Además de las citadas en el texto, son las referidas a los asuntos García Ruiz (1999); Verdú Verdú (2007, en relación con la motivación empleada por el Tribunal Constitucional); Pérez Arias (2007, en la que se explica que dos órganos judiciales puedan realizar distintas lecturas del mismo precepto normativo), Saínz Casla (2013) y Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) (2015), sobre la motivación de un amparo constitucional) y Arribas Antón (2015), sobre la eventual concurrencia de una incongruencia *extra petita* que no se aprecia. En algunos casos se reorienta la queja a otros derechos. Así, en Gurguchiani (2009), hacia la falta de intermediación en la segunda instancia penal, en Martínez Martínez (2011), hacia la protección de la vida privada y en Martínez Martínez y Pino Manzano (2012), hacia la protección medioambiental en la vivienda. En el asunto López Ribalda y otros (2018) se inadmite por estar mal formulada.

71 Ver JIMENA QUESADA, L.: «Comentario a las sentencias de 9 de diciembre de 1994 del TEDH (caso Ruiz Torija y caso Hiro Balani)». *Revista General de Derecho*, 631, 1997, pp. 3707 ss.

72 Ver GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I.: «En caso de divorcio hay que escuchar al menor». *Revista Avanzada Doctrinal*, 2017².

73 Además de las tratadas en el texto, deben incluirse en este apartado los asuntos Bazo González (2008), Lacadena Calero (2011), Vilanova Goterris y Llop García (2012) y Pérez Martínez (2016). En todos ellos el Tribunal considera que la queja está mal fundada porque no se considera competente para corregir, por esta vía, errores de hecho o de Derecho.

74 Ver, por todos, CANO-PALOMARES, G.: «La expulsión de extranjeros como sustitución de la pena de prisión ante el Tribunal de Estrasburgo». *REDF*, 15, 2010, pp. 259 ss. (especialmente, pp. 273 ss.) y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: «La irretróactividad desfavorable del sustitutivo penal de expulsión del territorio». En ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 385 ss.

Finalmente, en el asunto *Del Río Prada*⁷⁵ (2012) se considera que también vulnera el principio de legalidad penal que una nueva forma de computar el cumplimiento efectivo de prisión se aplique de forma retroactiva. La aplicación de esta doctrina implica, como consecuencia, que también se esté produciendo una detención ilegal (artículo 5.1) hasta que se produzca la liberación de la recurrente. Como es sabido, este fallo fue confirmado por la Gran Sala un año más tarde.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado en dos ocasiones a España por la lesión de los derechos al recurso (artículo 13) y por el derecho al proceso debido (artículo 6.1). De estos derechos ya nos hemos ocupado en detalle⁷⁶.

Nos resta hacer una sumaria referencia a los derechos a la igualdad de armas procesales (1 condena de 2 quejas examinadas⁷⁷), derecho a la ejecución de una resolución judicial (en que se estima el único alegato realizado⁷⁸) y el derecho a ser informado de la acusación (1 vez tutelado y 4 veces invocado⁷⁹). Estamos en presencia de condenas singulares, de las que no deben extraerse lecciones generales más allá del concreto caso que enjuician.

Finalmente, ninguna condena trae causa de la vulneración del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos en el proceso (artículo 6.3.d), invocado en sendas ocasiones. En el asunto *Marcos Barrio* (2010), porque con este alegato se vuelve a plantear la falta de inmediación en la segunda instancia penal (que ha sido previamente estimada). Y en el asunto *Gani* (2013), en el que se formaliza un alegato complejo (falta de audiencia pública combinado con el interrogatorio a una víctima de un delito sexual), se desestima la queja porque su abogado no asistió a la entrevista celebrada durante la instrucción

75 Ver, en relación con esta resolución y la dictada por la Gran Sala, CUERDA ARNAU, M. L.: «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable». *Revista Penal* 31 (2013), RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: «Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2013/1, pp. 252 ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. «La doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad». *REDE* 50 (2014), pp. 151 ss.; y, destacadamente, HUERTA TOCILDO, S.: «La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013». En MÍNGUEZ ROSIQUE, M.; PÉREZ MANZANO, M. y LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*. Marcial Pons. Madrid, 2016, pp. 265 ss. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.: «Acerca del papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la tentación de desacreditar al mensajero». *TRC*, 33, 2014, pp. 199 ss.

76 Los 24 asuntos y las dos condenas relacionadas con el derecho al recurso han sido glosados supra, en las notas 17-19; y los casos vinculados con el derecho al proceso público en la nota 21.

77 Se ha amparado a Ruiz Mateos (1993) porque no pudo comparecer, en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional. Esta doctrina ha sido posteriormente matizada en el asunto *Gorraiz Lizarraga* y otros (2004), entendiéndose que es suficiente que las actuaciones permitan conocer su posición, como garantiza la remisión del expediente judicial completo. Sobre la primera sentencia, ver VIDAL FUEYO, C.: «las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 131 ss., y sobre la segunda, desde una perspectiva diferente, FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «La presa de Itoiz o el comienzo de una historia interminable de validaciones legislativas (Sentencia del Tribunal Constitucional STC 73/2000, de 14 de marzo y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH de 27 de abril de 2004)». En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración...*, cit. Vol. 2, pp. 2863 ss.

78 En el asunto *García Mateos* (2013), en el que la recurrente había visto su derecho a la reducción de horario de trabajo, reconocido a través de una Sentencia del Tribunal Constitucional, impracticable, por lo que inició otra acción rescarictoria que tampoco tuvo éxito.

79 Queja planteada en los asuntos *Gea Catalán* (1995), *Salvador Torres* (1996), *Pérez Martínez* (2016) y *Varela Geis* (2013). Solamente este último caso, en el que se condena a una persona por justificación del holocausto, cuando había sido acusado por negacionismo (y este delito había sido declarado inconstitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre), prospera en Estrasburgo.

de la causa, y porque fue considerada más creíble la versión de la víctima (lógica y suficientemente detallada), a la que se suman otras pruebas indirectas.

Y España tampoco ha sido responsable de no investigar debidamente denuncias que comprometen la vida de personas (dimensión procesal del derecho a la vida, artículo 2). Se desestima este alegato en el asunto Murillo Espinosa (2007), porque el Tribunal entiende que la investigación sobre las circunstancias en las que encontró la muerte el hijo de la recurrente fue satisfactoria.

Concluimos así con el análisis de los derechos procesales que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en sus Sentencias hasta el momento. Ahora toca hacer lo propio con los derechos sustantivos.

III. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS MATERIALES

III.1. Visión de conjunto

Ya se ha indicado que los derechos procesales son los más invocados ante el Tribunal de Estrasburgo y los que han propiciado un mayor número de condenas a España. Y esta afirmación se puede justificar fácilmente, si aportamos ahora algunos datos en relación con los derechos fundamentales materiales más amparados e invocados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho más amparado (y alegado) es la libertad de expresión (7 amparos de 18 invocaciones). Le siguen, con 4 estimaciones los derechos a la presunción de inocencia (de 12 veces alegado), propiedad privada (de 9), intimidad (de 7), paz medioambiental (de 6), y derecho de padres e hijos a no verse separados (de 5). En 3 ocasiones, de las 8 ocasiones en que ha sido alegado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado vulnerado el derecho no sufrir una detención ilegal. En 2 ocasiones ha estimado desconocido los derechos a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y el derecho al secreto de las comunicaciones de las 15 y 4 ocasiones en que fueron alegados ante él. Una sola vez ha amparado los derechos a la duración razonable de la detención y el derecho de ser informado de la acusación, de las cuatro ocasiones en que cada una de ellos fue invocada. Contrasta este dato con que la única vez que se ha sometido a su enjuiciamiento la prohibición de las expulsiones colectivas haya condenado a España. Y, finalmente, no se ha producido ningún amparo sobre otros derechos humanos invocados en diversas ocasiones (libertad de asociación, 7; protección del domicilio y derecho a elecciones libres, 3; libertad ideológica, 2; honor, integridad moral, interdicción de trabajos forzados, libertad condicional y matrimonio, 1).

De estos datos destaca, en primer lugar, que España no ha sido condenada con ninguna lesión de una buena parte de estos derechos (asociación⁸⁰, inviolabilidad del

80 Una parte de los asuntos planteados ante el Tribunal de Estrasburgo tiene que ver con la ilegalización de formaciones políticas que apoyan la violencia terrorista [Son los casos Herri Batasuna y Batasuna (2009), Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) 1 (2010) y 2 (2013)], que no solamente avala la actuación de los tribunales españoles sino que introduce la posibilidad de incorporar la democracia militante en nuestro país. Ver Pérez Sola, Nicolás: «La necesidad social imperiosa de la disolución de los partidos políticos. A propósito de las Sentencias del TEDH en el asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España, Etxebarria y otros c. España y Herrerren Zerrende c. España de 30 de junio de 2009». *Revista de Estudios Jurídicos* 2009/9, pp. 165 ss. y Rodríguez, Ángel: «Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *RDCE*, 35, 2010, pp. 195 ss.

domicilio⁸¹, derecho a unas elecciones libres⁸², libertad ideológica⁸³, derecho al honor⁸⁴, a la integridad moral⁸⁵, a no realizar trabajos forzados⁸⁶ a que no se imponga una fianza desproporcionada que impida la libertad condicional del preso⁸⁷ y al matrimonio⁸⁸).

Las condenas se vinculan, pues, solamente, con algunos de los derechos recogidos en el gráfico, y no puede entenderse que sean muy numerosas ni en su conjunto ni si se examina, con más detalle, cada uno de ellos. Esto es lo que haremos a continuación.

III.2. *La libertad de expresión*

El artículo 10 ha sido invocado en 18 ocasiones, de las cuales solamente se han derivado 7 condenas. Encontramos quejas dispersas en los años 1992, 1994, 2000,

Otros casos versan sobre la libertad sindical y sus límites [asuntos Aguilera Jiménez y otros (2009) y Palomo Sánchez y otros (2011)]. En el caso Varela Geis (2013), el Tribunal entiende que el alegato, vinculado con la libertad ideológica, debe ser examinada desde la perspectiva del derecho de defensa. Y finalmente, en el asunto Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) (2015) el Tribunal de Estrasburgo considera que la restricción del derecho de huelga a sindicatos de fuerzas y cuerpos de seguridad prevista en el Derecho español es razonable y que los Estados disponen de un margen de apreciación en esta materia. Ver, SALAS PORRAS, M.: «La libertad de asociación sindical y el derecho de huelga». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 399, 2016, pp. 205 ss.

81 Dejamos fuera de este apartado la invasión de agentes contaminantes en la morada, que ha sido examinado en una categoría autónoma. En los casos Gorraiz Lizarraga y otros (2004) y Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (2017) —donde se invocan al tiempo los artículos 8, 13 y P.1.1— se entiende que estas quejas deben ser examinadas desde la perspectiva del artículo 6.1. Finalmente, en el asunto Tendam (2010) no se aprecia indicio de la lesión invocada.

82 Este derecho ha sido invocado en relación con la ilegalización de los partidos políticos, en los casos Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Audeterminazio Bilgunea y Airako y otros (2009), Heritarrren Zerrenda (2009) y Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) 1 (2010). Nos remitimos a lo indicado en la nota 80.

83 La libertad ideológica fue invocada en los casos Riera Blume y otros (1999) y Manzanas Martín (2012). En el primer caso, «el Tribunal no estima necesario entrar a examinar de forma separada el caso desde la perspectiva del artículo 9» vinculada a su eventual desprogramación sobre su pertenencia a un determinado grupo (considerado presuntamente una secta), ya que se ha centrado en su detención ilegal, pese a que ambas quejas presentan una clara autonomía. Y algo parecido ocurre en el caso Manzanas Martín, en el que el Alto Tribunal no considera oportuno ocuparse de esta queja por haber amparado otra previamente (14 + P.1.1, en este caso).

84 En el asunto Polanco Torres y Movilla Polanco (2010) se recuerda la protección preferente que merece la libertad de información cuando con ella se pretende ofrecer noticias que presentan un interés general (§ 53).

85 Es evidente que la invocación del artículo 8 con ocasión «del carácter desproporcionado de la reacción de los agentes de policía que provocó en él graves lesiones» (§ 35) debe ser examinada desde la perspectiva del artículo 3 y que la misma no aporta nada nuevo (§ 60).

86 No puede considerarse bien fundamentada la queja de que tener que trabajar mucho para poder pagar la pensión de alimentos judicialmente decretada constituye un trabajo forzado planteada en el asunto Igual Coll (2009), ya que «no hace ninguna referencia, directa o indirecta, sobre la forma en la que el recurrente debe obtener los fondos para pagar la pensión de alimentos» (§ 47).

87 Es el asunto Mangouras (2009), confirmado un año más tarde por la Gran Sala (aunque con un voto discrepante suscrito por 7 Jueces) se cuestiona si la fianza impuesta al capitán del Prestige (tres millones de euros) resulta desproporcionada al. La Gran Sala considera que «los tribunales internados han tomado suficientemente en consideración la situación personal del recurrente, especialmente de su estatuto de empleado del armador, de sus vínculos profesionales con las personas llamadas a prestar las fianzas, de su nacionalidad y de su domicilio así que de la ausencia de arraigo en España y de su edad cuando han fijado el montante de la fianza impugnada» (§ 92). Ver VERDÚ BAEZA, J.: «Las Sentencias ambientalistas del TEDH». *RDCE*, 39, 2011, pp. 503 ss.

88 Y es que no resulta preciso conferir a las uniones realizadas por el rito gitano los efectos pretendidos en la demanda interpuesta en el asunto Muñoz Díaz (2009).

2002 y 2018 (hasta marzo). En otros años se presentan 2 alegatos en esta materia (2010, 2011 y 2013), que llegan a ser 3 en 2016 y 4 en 2009. Y las condenas son también dispersas en el tiempo (1 en 1992, 2000, 2010, 2011 y 2018, y 2 en 2016). Puede concluirse, en relación con las quejas, que ha habido una importante bolsa en 2009 y 2010 (vinculada, como enseguida se indicará, con la ilegalización de partidos políticos). Y también que 3 de las 7 condenas se han impuesto en los últimos 3 años, lo que resulta preocupante.

Una de ellas, la recaída en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera (2018) era prácticamente inevitable. En efecto, como se recordará, los recurrentes habían sido condenados por quemar retratos del Rey boca abajo en una concentración. Con independencia de la consideración moral y psicológica que tal actuación, en su caso, merezca, resulta evidente que la misma no debe ser sancionada penalmente. Especialmente cuando el Tribunal de Estrasburgo ha amparado previamente a un político que ha llamado al Rey Juan Carlos I «jefe de los torturadores» [asunto Otegi Mondragón⁸⁹ (2011)]. Si esta aseveración, manifiestamente injuriosa, había sido protegida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, era previsible que lo mismo ocurriera con la ahora enjuiciada, sin que pudiera sostenerse, de forma convincente, en contra de lo indicado en la STC 177/2015, de 22 de julio, que estábamos en presencia de discurso del odio (§ 40).

Otra serie de asuntos transcurren en el ámbito laboral. En el asunto Fuentes Bobo⁹⁰ (2000) el Tribunal de Estrasburgo ampara a las declaraciones realizadas por el recurrente sobre los directivos de la TVE en la que prestaba sus servicios. Hay dos factores que pueden explicar el amparo:

- a) la referencia a una televisión pública, cuya gestión es un asunto de interés general, y
- b) la aplicación de una sanción desproporcionada (en este caso la máxima) (§§ 48 y 50). No corre la misma suerte De Diego Nafría⁹¹ (2002), trabajador del Banco de España que realizó ataques personales gratuitos, y por escrito.

En varios casos impugnan este derecho, sin éxito, representantes sindicales que han vertido en sus boletines escritos contenidos que pueden ser considerados ofensivos hacia concretos cargos de la empresa, como son el jefe de personal por haber depuesto éste previamente en un proceso judicial previo [en Aguilera Jiménez y otros (2009) y en Palomo Sánchez y otros (2009)].

89 Ver GÓMEZ CORONA, E.: «El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos». *REDA* 151 (2011), pp. 727 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: «El derecho a la libertad de expresión en el ámbito de discurso político extremo». En ALCÁZER GUIRAO, R. y otros (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 613 ss. y SOTO GARCÍA, M.: «TEDH, Sentencia de 15.03.2011». *RDCE*, 42, 2012, pp. 575 ss.

90 Ver PULIDO QUECEDO, M.: «Libertad de expresión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000/1, pp. 1745 ss.; TORRES PÉREZ, A.: «Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España». *REDE* 21 (2007), pp. 145 ss. y DURÁN ALBA, J.F.: «Alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral». En ALCÁZER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 587 ss.

91 Ver ÁLVAREZ ALONSO, D.: «Libertad de expresión y despido disciplinario». *Aranzadi Social*, 2002/1, pp. 3147 ss.

En el asunto Castells⁹² (1992) se ampara a un senador separatista que había escrito un artículo en el que afirmaba que el Gobierno español estaba detrás de grupos fascistas que cometían atentados en el País Vasco. El Tribunal de Estrasburgo subraya el interés social de la denuncia realizada y cuestiona que se denegara la prueba solicitada por el acusado que pretendía acreditar la veracidad de lo publicado.

En el plano de la prensa, se ha amparado a diversos periodistas como Gutiérrez Suárez (2010) y Jiménez Losantos⁹³ (2016). El Tribunal considera que la condena civil impuesta al primero de ellos por la publicación de la noticia «Una empresa familiar de Hassan II implicada en el narcotráfico» no resulta necesaria en una sociedad democrática. Y estima que la condena penal impuesta al segundo periodista por un delito continuado de injurias graves y públicas en relación con un ex alcalde de Madrid sobre un asunto de interés general produce un efecto disuasorio sobre los profesionales de la comunicación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha amparado finalmente a un Letrado, Rodríguez Ravelo (2016), que en un escrito de demanda cuestionaba duramente la actuación de un órgano judicial (que ha decidido «falsear la realidad, teniendo por único objetivo dar una apariencia de legalidad a lo que no es más que una tentativa ilegítima de»..., «no ha dudado en mentir», «lejos de contentarse con la interminable sucesión de infracciones cometidas en el procedimiento, el juez [...] Ha decidido cometer una más»). El demandante fue condenado como responsable de un delito de calumnias contra el juez a una multa diaria de 30 euros durante nueve meses (y en caso de 2 días de impago, un día de privación de libertad). Pues bien, una eventual pena de prisión para un abogado presenta un efecto disuasorio para él y para la profesión en su conjunto. Además, las expresiones vertidas se han utilizado en defensa de su cliente, y con un conocimiento limitado al Juzgado al que se dirigen y a las partes procesales. Concluye el Tribunal que una condena de naturaleza penal que conlleva una eventual privación de libertad resulta desproporcionada en este caso. No lo es, sin embargo, que la publicidad de los letrados se vea sometida a ciertas restricciones [asunto Casado Coca⁹⁴ (1994)].

El Tribunal ha desestimado las quejas referidas a la libertad de expresión de aquellas formaciones políticas (en sentido amplio) que habían sido ilegalizadas por apoyar la violencia terrorista⁹⁵.

Finalmente, no examina el alegato en profundidad en los asuntos Varela Geis (2013) y Cano Moya (2016). En el primero de ellos, referido al librero acusado de negacionismo y condenado por justificar el holocausto, entiende el tribunal que los alegatos de los

92 Ver TESO GAMELLA, P.: «La sentencia del TC de 16 de diciembre de 1991 —caso Bultó—, y su proyección sobre la tercera condena al estado español por el TEDH, sentencia de 23 de Abril de 1992, caso Castells». *Actualidad Administrativa* 1992/39, pp. 467 ss. y URÍAS MARTÍNEZ, J.: «La libertad de crítica política veraz». ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 557 ss.

93 Ver CLIMENT GALLART, J.A.: «Advocacy journalism y el derecho al honor». *Revista Boliviana de Derecho*, 23, 2017, pp. 408 ss.

94 Ver JIMENA QUESADA, L.: «La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista General de Derecho*, 600, 1994, pp. 9469 ss.

95 En casi todos estos casos se entiende que esta queja retoma otra desestimada previamente. En los asuntos Herri Batasuna y Batasuna (2009) y Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) 2 (2013) se vincula con el derecho de asociación y en los asuntos Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Audeterminazio Bilgunea y Airako y otros (2009) y Heritarren Zerrrenda (2009) con el derecho a unas elecciones libres (P1.3). En el asunto Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) 1 (2010) se invoca junto al artículo 11 y el Tribunal descarta la queja atendiendo al margen de apreciación nacional existente en esta materia.

artículos 9 y 10 reproducen la queja del principio acusatorio, por lo que no procede entrar en este análisis. Y en el segundo caso, el Tribunal no aprecia ninguna apariencia de lesión en la libertad de expresión (ni de la presunción de inocencia) de un recluso porque se le haya incoado un expediente disciplinario, considerando que la queja está mal formulada.

III.3. La presunción de inocencia

De las 12 veces que se alega el derecho a la presunción de inocencia en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se han producido 4 estimaciones. Tres de ellas por parecidas razones. En los asuntos Puig Panella⁹⁶ (2006), Tendam (2010) y Vlieeland Boody y Marcelo Lanni (2016) se cuestiona la vía prevista en el artículo 294.1 LOPJ para conseguir una indemnización ante privaciones de libertad sufridas⁹⁷.

En Puig Panella el recurrente fue condenado penalmente, y posteriormente amparado por el Tribunal Constitucional por haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. El Ministerio de Justicia y los tribunales denegaron la reclamación cursada por el recurrente en aplicación del citado precepto legal. El Tribunal de Estrasburgo recuerda que «ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio confiere al acusado un derecho al reembolso de sus gastos o un derecho de reparación por una detención provisional regular en caso de que se abandonen las actuaciones procesales dirigidas contra él (§ 52). Ahora bien, observa también que la decisión del Ministerio de Justicia de denegar la indemnización, al amparo del artículo 294 LOPJ, «en razón de la culpabilidad supuesta (o de la ausencia total en cuanto a su inocencia)» deja planear una duda sobre la inocencia del recurrente (§ 55). Considera el Tribunal que resulta excesivamente severo aplicar un precepto previsto para un caso distinto (prisión provisional) (§ 56) y que el razonamiento seguido en las resoluciones cuestionadas cuestiona su inocencia (que puede ser determinada tanto por el sobreseimiento de las actuaciones como por una resolución de fondo) (§ 57).

En Temdan (2010) el recurrente es absuelto en apelación y reclama por la prisión sufrida, que le es denegada porque su absolución trae causa de la «falta de pruebas de cargo suficientes y no por la inexistencia objetiva u subjetiva del delito» (§ 39). El Tribunal considera que este razonamiento del Ministerio de Justicia, confirmado judicialmente (§ 40), desconoce la previa absolución del acusado, «cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial, con independencia de los motivos utilizados por el juez penal» (§ 39).

Finalmente, en Vlieeland Boody y Marcelo Lanni (2016), «el primer recurrente ha sido absuelto en primera instancia y el segundo se ha beneficiado de un sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción previo a la apertura del juicio oral» (§ 41). El Ministerio de Justicia deniega las indemnizaciones solicitadas por la prisión provisional

96 Ver ARROYO JIMÉNEZ, L.: «La presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional». En ALCÁZER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 313 ss. y, con carácter general, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Sobre la indemnización por prisión preventiva injustificada». *La Ley*, 8990, 2017.

97 Que dispone que «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

sufrida por ambos recurrentes porque la absolución del primero de ellos se produce por falta de pruebas (no porque haya quedado acreditada su inocencia) (§ 42) y porque el sobreseimiento que afecta al segundo es provisional y no libre (§ 43) —aunque la propia Audiencia Nacional recuerda que el sobreseimiento acordado por inexistencia de indicios racionales en cuanto a la responsabilidad del investigado puede asimilarse a un sobreseimiento libre- (§ 43). Pues bien, dado que el Ministerio de Justicia no deniega esta segunda solicitud por estar ante una resolución provisional, sino porque en él se indica que las pruebas obtenidas son insuficientes para demostrar la implicación del (segundo) recurrente en los hechos delictivos, el Tribunal concluye que no puede exigírsele a él que acredite su inocencia y que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa determinar una eventual declaración de culpabilidad a la que no ha llegado al juez penal, falto de pruebas (§ 46). Se ha lesionado así su derecho a la presunción de inocencia (§ 47). Este razonamiento se ha utilizado para ambos recurrentes y ha sido confirmado en sede judicial, por lo que se confirma la lesión del derecho en ambos casos (§ 48).

A la vista de estas resoluciones resulta aconsejable revisar la doctrina jurisprudencial relacionada con el artículo 294 LOPJ (recogida, entre otras muchas, en la STS de 21 de julio de 2015, que resuelve el recurso de casación 1273/2013⁹⁸).

La última condena es la recaída en el asunto Lizaso Azconobieta (2011), en la que el Gobernador Civil de Guipúzcoa anunció la detención del recurrente afirmando que era miembro de un comando de ETA responsable de tres atentados mortales cometidos en la provincia⁹⁹ (§ 41).

El Tribunal recuerda que la protección del derecho a la presunción de inocencia es más extensa que la penal y exige que ningún representante del Estado o una autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal (§ 37). Las autoridades pueden informar sobre los procedimientos en curso pero sin incurrir en apreciaciones o prejuicios sobre la culpabilidad de los afectados (§ 39), siendo importante determinar el sentido real de las declaraciones, antes que su formulación literal. Dado que las declaraciones del responsable político fueron previas a que el detenido fuera presentado ante el juez (antes mismo de la apertura de acciones penales contra él) (§ 42), y la vista de sus contenidos, resultan inconciliables con la presunción de inocencia (§ 43).

En cuanto a las desestimaciones, en la mitad de los casos el Tribunal entiende que el alegato relacionado con la presunción es el mismo que el planteado sobre la falta de intermediación en la segunda instancia penal [asuntos Igual Coll (2009), Lacadena Calero (2011), Serrano Contreras (2012) y Vilanova Goterris y Llop García (2012)], y en Gómez de Liaño y Botella (2008) que no resulta preciso pronunciarse sobre el mismo apreciada la lesión del derecho a un tribunal imparcial.

En el asunto Vera Fernández-Huidobro (2010) el Tribunal considera que la condena impuesta al recurrente por parte del Tribunal Supremo se fundamenta en pruebas de cargo durante la instrucción y en el juicio oral (§ 146) y que ha sido ampliamente motivada (§ 147), por lo que desestima la queja. Y la queja se considera mal fundada (y por ello se inadmite) en los asuntos Alony Kate (2012) (§ 79) y Cano Moya (2016) (§ 54).

98 Id Cendoj 28079130062015100436.

99 Ver GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 351 ss.

III.4. La propiedad privada

En nueve ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha debido pronunciarse, mediante Sentencia, sobre la eventual lesión del derecho a la propiedad privada (en 2 de ellas en conexión con el principio de no discriminación).

Especial trascendencia ha alcanzado el asunto Muñoz Díaz¹⁰⁰ (2009), en el que el Tribunal de Estrasburgo censuró que se denegara la pensión de viudedad a la recurrente, que se casó mediante el rito gitano con su pareja. El Tribunal entiende que, habiéndosele facilitado un libro de familia, se la discrimina si no se le confiere dicha pensión. El Tribunal también entiende discriminatorio, en el asunto Manzanas Martín (2012), que el régimen de pensiones sea distinto y más perjudicial para los pastores evangélicos que para los padres católicos.

El asunto Muñoz Díaz guarda ciertas similitudes con el caso Aldeguer Tomás (2016) en el que se plantea la pretensión de que el recurrente cobre pensión de viudedad por la muerte de su compañero, con el que no ha podido casarse por no existir esta posibilidad hasta la reforma del código civil, producida en 2005. Apoya tal pretensión en la Ley que permite disfrutar de este beneficio a las parejas que no pudieron casarse porque uno de sus miembros, o ambos, tenía un vínculo matrimonial previo que no pudo romper por no estar prevista la figura del divorcio hasta 1981. El Tribunal acepta que la convivencia con una persona del mismo sexo forma parte de la vida privada y de la vida familiar (§ 75). Pero no comparte que la situación de esta pareja (que no ha podido casarse por no estar en aquél momento permitido) sea equiparable a la de las parejas heterosexuales que no pudieron hacerlo por no haberse regulado el divorcio (§ 87). Por esta razón (que no se ve alterada por las posteriores reformas adoptadas por el Derecho español, § 89), y que se ve reafirmada por el margen de apreciación del que disponen los Estados en esta materia (§ 90), concluye que el recurrente no ha sido discriminado por su orientación sexual. No deja de ser paradójico que el Tribunal ampare a una persona que, pudiendo haberse casado, opta por no hacerlo y no haga lo propio con quienes no tenían tal posibilidad.

Por otra parte, en el asunto Tendam¹⁰¹ (2010) se afirma que debe indemnizarse al recurrente por los bienes robados o dañados que habían sido secuestrados por la autoridad judicial. Nos queda por examinar el interesante asunto Sociedad Anónima del Ucieza¹⁰² (2014), en el que se cuestiona si la inscripción por parte de la Iglesia de una antigua iglesia cisterciense que se encuentra en el terreno (igualmente inscrito en el registro de la propiedad) de la sociedad recurrente vulnera su derecho a la propiedad privada. Señala el Tribunal que «el registro a nombre de la Diócesis de Palencia en 1994 implicó la pérdida

100 Ver, entre otros, MATIA PORTILLA, F.J.: «Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)». *REDC*, 92, 2011, pp. 355 ss; Rey Martínez, Fernando: «La Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?». *La Ley*, 7455, 2010; MARTÍNEZ RUBIO, A.: «El matrimonio gitano en España y sus efectos». En GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (dirs.): *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*. Thomson. Cizur Menor, 2014, pp. 573 ss. y, en relación con este asunto y Manzanas Martín, GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Abrir la puerta al reconocimiento de derechos sociales a través de la cláusula de igualdad». En ALCÁCER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 641 ss.

101 Ver MARTÍN REBOLLO, L.: «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica». En GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración...*, cit. Vol. 2, pp. 2943 ss.

102 Ver AGUDO ZAMORA, M.J.: «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 751, 2015, pp. 2631 ss.

de los derechos que se derivaron para el solicitante del registro de 1979» (§ 90), «sin dar a este último la posibilidad de formular objeciones derivadas de la inscripción registral previa de la iglesia, que habrían hecho inaplicables los artículos 199 y 206 de la Ley hipotecaria» (§ 92) (en los que se justificaba la actuación de la iglesia). Y es que «el artículo 206 de la Ley de Hipotecas no cumple suficientemente los requisitos de precisión y previsibilidad implícitos en el concepto de Ley del Convenio» (§ 95). En efecto, su aplicación priva de todo efecto útil un derecho real inscrito en el registro de la propiedad y la nueva inscripción no podría producirse sin un debate contradictorio y respetando la igualdad de armas de las dos partes, lo que no ha ocurrido (§ 96). A esto se suma que las jurisdicciones han interpretado la Ley permitiendo a la iglesia justificar su propiedad en razones históricas de carácter general (§ 97). También le sorprende al Tribunal que «un certificado elaborado por el secretario general del obispado puede tener el mismo valor que los certificados emitidos por funcionarios públicos investidos de prerrogativas de autoridad pública, y también se pregunta por qué el artículo 206 de la Ley Hipotecaria se refiere únicamente a los obispos diocesanos de la Iglesia católica, excluyendo representantes de otras confesiones» (§ 99). Subraya también que «no hay limitación en el tiempo para el registro así previsto y, por lo tanto, puede hacerse, como ha sido el caso aquí, de manera inoportuna, sin condición previa de publicidad e ignorando el principio de seguridad jurídica» (§ 99). Y subraya, finalmente, que el recurrente no ha recibido una indemnización por lo acaecido.

El Tribunal concluye que «las circunstancias del caso, incluida la naturaleza excepcional de la medida en cuestión, junto con la falta de titularidad de la otra parte, la falta de debate contradictorio y la desigualdad de armas, combinado con la obstrucción al pleno disfrute del derecho a la propiedad y la ausencia de compensación, llevan al Tribunal a considerar que el solicitante tuvo que soportar una carga especial y exorbitante que rompió el equilibrio apropiado entre por un lado, los requisitos de interés general y, por otro, la salvaguardia del derecho al respeto de los bienes» (§ 101). Pocos meses más tarde de esta Sentencia se aprueba la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, que acaba con el muy anacrónico y discutible privilegio de la Iglesia Católica.

También presenta interés el asunto *Aizpurua Ortiz y otros* (2010), en el que los recurrentes se duelen de haber sido privados de sus derechos a una pensión complementaria sobre la base de un nuevo convenio colectivo concluido entre la sociedad y los representantes actuales de los trabajadores, sin haber contado con representación propia y haber podido defender sus intereses (§ 25). El Tribunal de Estrasburgo constata, sin embargo, que los recurrentes han podido defender sus posiciones en el proceso judicial (§ 52) y que el nuevo convenio colectivo no ha suprimido los derechos de los recurrentes, sino que han sido reemplazados por el pago de una única indemnización, y ha considerado igualmente la mala situación financiera de la sociedad (§ 53). Así pues, la medida se inscribe en la defensa del interés general (§ 53) y no es discriminatoria (también han renunciado los trabajadores activos de la empresa a su futura pensión complementaria, § 54). El Tribunal de Estrasburgo rechaza el alegato referido a una directiva de la UE puesto que no es competente en tal campo (§ 56), y entiende que el Estado español goza de margen de actuación para haber actuado así. El Juez Myjer discrepa de esta conclusión en su voto particular.

En el asunto *Ruspoli Morenés* (2011) se cuestiona si el Estado está obligado a pagar intereses legales si ejerce su derecho preferente de compra sobre obras de arte (en este caso

la condesa de Chinchón, de Goya) y lo paga en sendas anualidades, como reclaman los vendedores. El Tribunal de Estrasburgo considera que el Estado dispone de un margen de apreciación muy extenso cuando regula el uso de un bien (§ 39), especialmente si ha sido declarado como de interés cultural o clasificado como patrimonio histórico (§ 40). La Ley impone en estos casos el pago en dos anualidades (en realidad los dos ingresos se han realizado en año y medio) y no prevé ninguna actualización del precio (§ 45). El Tribunal concluye que los recurrentes no han sufrido una carga desproporcionada y excesiva (§ 46), por lo que desestima la queja.

No es inhabitual que el Tribunal entienda que con el alegato a la propiedad privada se está retomando una queja previamente examinada en el mismo asunto. En el asunto Gorraiz Lizarraga (2004) —con invocación también del derecho a la vida privada y al respeto del domicilio— el derecho al proceso debido por no poder participar ante el Tribunal Constitucional con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad y por una intervención del legislador autonómico y en el caso del asunto Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (2017) el derecho de defensa, por no haber sido partes de un proceso en el que se acuerda demoler sus apartamentos. Finalmente, en el asunto Lacarcel Menéndez (2006) entiende el Tribunal de Estrasburgo que este alegato no precisa ser examinado separadamente de otro que ha sido previamente analizado y estimado.

III.5. La intimidad y la vida privada (vertiente medioambiental)

Agrupamos en este apartado las quejas relativas con el derecho a la intimidad y a la vida privada, en su vertiente medioambiental, aunque todas ellas se inscriben, en el marco del Convenio, en el artículo 8.1 del Convenio.

Comenzando por la intimidad, conviene subrayar que dos recientes Sentencias [asuntos Trabajo Rueda¹⁰³ (2017) y López Ribalda y otros (2018)] hacen referencia a la intimidad en relación con la informática. En la primera de ellas se cuestiona, en síntesis, si la policía puede proceder, por su propia autoridad, a acceder al contenido de un ordenador portátil personal. El Tribunal Constitucional, con una construcción en cierta medida contradictoria, entendía que si bien el ordenador es un contenedor de intimidad personal y que para acceder a su contenido se precisa previa autorización judicial, existían circunstancias particulares en este caso que avalaban el comportamiento policial por razones de urgencia (STC 173/2011, de 7 de noviembre). Aunque el Tribunal considera que tal posibilidad puede considerarse prevista en la Ley (en sentido amplio) (§ 38) y perseguir fines legítimos (especialmente, en delitos sexuales y referidos a menores, § 39). Ahora bien, el problema es que «es difícil de apreciar» la urgencia invocada. No existe, pese a lo afirmado por nuestro Tribunal Constitucional, «ningún riesgo de desaparición

103 Ver TORRES BENITO, E: «El asunto Trabajo Rueda contra España ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, o más bien Fiat justitia et pereat mundus». *El Notario del siglo XXI* 74 (2017), pp. 50 ss.; LARRÁYOZ SOLA, I.: «Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en intervención de ordenador personal: STEDH, de 30 mayo (TEDH 2017, 45). Caso Trabajo Rueda contra España». *Revista Aranzadi Doctrinal* 2017/8, pp. 191 ss. y HEREDERO CAMPO, M.T.: «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, de 30 de mayo de 2017. Caso Trabajo Rueda c. España (demanda n.º 32600/12)». *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017/2, pp. 245 ss.

de ficheros puesto que se trata de un ordenador secuestrado y retenido por la policía y no conectado a internet» (§ 46). La diligencia policial no resulta proporcionada al fin legítimo perseguido ni necesaria en una sociedad democrática (§ 47), por lo que se concluye en la lesión del derecho a la intimidad (§ 48).

El asunto López Ribalda y otros¹⁰⁴ (2018) tiene su origen en la decisión de un empresario de colocar cámaras visibles y ocultas, informando a los trabajadores de la existencia de las primeras, que controlan los accesos al negocio, y no sobre las segundas, que vigilan las cajas registradoras (§ 58). El Tribunal recuerda que la decisión del empresario trae causa del temor de que se estén produciendo robos (§ 62), que se produjeron grabaciones de los trabajadores que fueron visualizadas por diversas personas (§ 63), sin que se les advirtiera a ellos ni de la existencia de ficheros de datos que les afectaban ni de que su área de trabajo estaba siendo grabada, como exige la legislación española (§ 64). Los Tribunales entienden, pese a todo, que tal comportamiento está justificado y es necesario y proporcionado (§ 66). No comparte este parecer el Tribunal de Estrasburgo, que recuerda que hay unas exigencias legales que deben respetarse (§ 67), que la medida afectaba a todos los trabajadores y todos los turnos durante un largo periodo de tiempo, lo que hace que sea desproporcionada (§ 69), por lo que considera vulnerado el derecho a la intimidad (§ 70).

En el asunto C.C. (2009)¹⁰⁵ el Tribunal de Estrasburgo condena a España por no ocultar la identidad de una persona seropositiva que mantiene una disputa judicial con una compañía de seguros. Entiende que la divulgación de tal hecho puede tener consecuencias devastadoras en el plano familiar, social y profesional de la persona afectada (§ 33) y, como no encuentra un motivo que justifique la publicación de este dato (§ 40), concluye que se ha lesionado su derecho a la vida privada (§ 41) (concebida, en este caso, como intimidad).

Finalmente, en el asunto Rubio Dosamantes¹⁰⁶ (2017), se cuestiona si determinados comentarios sobre una persona famosa (sus presuntas tendencias homosexuales o bisexuales; su interrupción de un embarazo por motivos profesionales; su eventual influencia en que su novio en aquél momento se introdujera en el mundo de las drogas o en que le hubiera infringido malos tratos y humillaciones) realizados en varios programas del corazón pueden comprometer su intimidad y su honor. El Tribunal examina la cuestión desde la intimidad, recordando que si la notoriedad de la recurrente condiciona su vida

104 Ver GARCÍA SALAS, A.I.: «El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores». *Revista de Información Laboral*, 2, 2018, pp. 117 ss.; PRECIADO DOMÈNECH, C.H. «Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018». En *Revista de Información Laboral* 1 (2018), pp. 41 ss.; ROJO TORRECILLA, E.: «Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 2018, pp. 135 ss. y PÉREZ CANET, A.: «De nuevo, sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral». *Revista de Información Laboral* 1 (2018), pp. 55 ss. Es preciso aludir, también, a la STEDH Gran Sala recaída en el asunto Barbulescu c. Rumanía (Sentencia de 5 de septiembre de 2017, demanda 61496/08), que ha generado un alto interés doctrinal. Ver MOLINA NAVARRETE, C.: «De Barbulescu II a López Ribalda: ¿Qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, 419, 2018, pp. 125 ss.

105 Ver LÓPEZ ORTEGA, J.J.: «A propósito de la protección de la confidencialidad de las informaciones médicas en la doctrina del Tribunal Constitucional». En ALCÁCER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 501 ss.

106 Ver MATEO SANZ, J.B.: «La esperanza legítima de protección y de respeto de la vida privada de las personas con proyección pública». En *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 105, 2017, pp. 235 ss.

privada, su protección es más larga que si mantuviera ocupaciones públicas (§ 34). En esos programas los periodistas «se hacían eco con tono irónico y burlesco», recuerda el Tribunal que adujo la demandante, «de rumores sobre su presunta homosexualidad o bisexualidad». También sobre «una interrupción voluntaria de su embarazo por motivos profesionales», «el papel que habría jugado en el consumo de drogas por parte de su pareja en aquel momento» y «los malos tratos y humillaciones a los que ella le habría sometido». El Tribunal señala que no se trata de que sea deshonoroso que se habla de una presunta homosexualidad, como señaló la jurisdicción española, sino de que este aspecto forma parte de la intimidad de una persona, sin que pueda ser revelada sin su consentimiento (§ 43). Lo mismo ocurre con el tipo de relación —tormentosa o no— que tuviera con su novio. Las jurisdicciones nacionales no han ponderado si la restricción impuesta sobre la intimidad de la recurrente era necesaria (§ 46), por lo que considera que se ha vulnerado este derecho (§ 48).

En los asuntos P.V. (2010), Fernández Martínez (2012) y De la Flor Cabrera (2014) se desestima la queja relacionada con el derecho a la intimidad. En el primer caso, en el que se invoca este derecho en combinación con el artículo 14, el Tribunal de Estrasburgo comparte el razonamiento realizado por los tribunales españoles (§ 36), entendiendo que la decisión de modificar el régimen de visitas al hijo del recurrente no trae causa de que sea transexual, sino de su inestabilidad emocional, y que tal medida pretende proteger el interés superior del menor.

El asunto Fernández Martínez¹⁰⁷ (2012) tiene su origen en la decisión del obispo de negar la *venia docendi* al recurrente, lo que le impide seguir siendo profesor de religión. El Tribunal maneja una noción amplia de vida privada, que incluye la social (§ 56) y alcanza a las relaciones profesionales (§ 57). Se recuerda también que las comunidades religiosas son titulares de los derechos reconocidos en los artículos 9 y 11 y que gozan de autonomía (§ 80), aunque deban respetar, en su actuación los derechos fundamentales (de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional). Pues bien, dado que la decisión eclesiástica trae causa de unas declaraciones del recurrente críticas con la Iglesia y que atañen a cuestiones diversas (celibato, aborto, divorcio, sexualidad, control de la natalidad...) (§ 84) estamos, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, ante una motivación estrictamente religiosa, por lo que resulta justificada la actuación de la Iglesia. Además existe en esta relación un específico especial deber de lealtad por parte de los profesores de religión (§ 85). Se concluye así que las jurisdicciones competentes han realizado un justo equilibrio entre diversos intereses privados», por lo que no se ha producido lesión del artículo 8 CEDH (§ 89). Discrepa de esta posición el Magistrado Saíz Arnaiz, por entender que sí se ha vulnerado la vida privada del recurrente, pudiendo añadirse que esta Sentencia es contraria a la doctrina fijada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 38/2007 (que la Sala Segunda desconoce en la 128/2007, referida al recurrente¹⁰⁸).

107 Ver GIL Y GIL, J.L.: «La no renovación del contrato de trabajo de un sacerdote secularizado y casado, profesor de religión y moral católica». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 30, 2014, pp. 227 ss. y VALERO ESTARELLA, M.J.: «Autonomía institucional de las confesiones religiosas y derecho al respeto de la vida privada y familiar en Estrasburgo». *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 2014.

108 Ver MATIA PORTILLA, F.J.: «De declaraciones de idoneidad eclesiástica, obispos, profesores de religión y derechos fundamentales». *Corts*, 19, 2008, pp. 67 ss.

Finalmente, el Tribunal de Estrasburgo entiende en el asunto De la Flor Cabrera¹⁰⁹ (2014) que la grabación del recurrente conduciendo en una moto con la que se pretende descartar que sufra una neurosis post traumática que le provoca un miedo intenso para conducir vehículos, como sostiene en un proceso judicial contra una compañía de seguros, no vulnera ni su intimidad ni su propia imagen. Ha sido realizada por una agencia de detectives que respeta las exigencias legales (§ 39), se ha utilizado en un ámbito concreto y no público (§ 41) y con una finalidad prevista por el Derecho (§ 40).

Con el examen de este último asunto terminamos con las quejas referidas con el derecho a la intimidad personal y familiar. Y nos ocupamos de inmediato de las referidas a la contaminación medioambiental, que supone que los poderes públicos deben impedir que suframos en nuestro domicilio contaminación medioambiental (ruido, olores, humos...) que afecte al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho guarda mayor relación con la vida privada que con la intimidad a la que se ha aludido con los casos anteriores.

Pues bien, la primera y más conocida resolución sobre esta línea jurisprudencial es la recaída en el asunto López Ostra¹¹⁰ (1994). En esta Sentencia se concluye que ni el Ayuntamiento de Lorca ni otros órganos del Estado (Ministerio Fiscal) (§ 56) «han sabido mantener un justo equilibrio» entre los intereses económicos locales (que se concretan en mantener la depuradora) y el disfrute del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar (§ 58) y que el deber del Estado es hacer cesar la lesión en la vida privada de los recurrentes en su vivienda. Otros asuntos posteriores confirman esta doctrina en relación con ruidosos locales valencianos [asuntos Moreno Gómez¹¹¹ (2014) y Cuenca Zarnoso¹¹² (2018)]. Esta última condena era previsible, dado que, aunque el Tribunal Constitucional había decidido acoger la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, entendiéndose que tal injerencia no impedida por las autoridades públicas lesiona, simultáneamente, los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (STC 119/2001), deniega el amparo solicitado por Cuenca Zarnoso porque no existen mediciones fiables del nivel de ruido dentro de su vivienda. El problema es que desconoce la razonable afirmación que el Tribunal de Estrasburgo realizara en el asunto Moreno Gómez, de que no resulta preciso demostrar el alto nivel de ruido en una vivienda situada en una Zona Acústicamente Saturada, como era el caso (§ 49).

109 Ver PASCUAL MEDRANO, A.: «Due process y derecho fundamental a la propia imagen». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2014, pp. 129 ss.

110 Ver LOZANO CUTANDA, B.: «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC». *REDE*, 2002/1, pp. 175 ss. y CASINO RUBIO, M.: «La contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 419 ss.

111 Ver Vives Antón, Tomás Salvador: «Comentarios a propósito de la STEDH de 16 de noviembre de 2004». En QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F. (coords.): *Estudios de Derecho ambiental*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 411 ss. y GÓMEZ RIENO Y CARNOTA, E.: «El ruido, derechos fundamentales y medio ambiente». GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración...*, cit. Vol. 2, pp. 2915 ss.

112 Ver, sobre la STC 49/1999, MATIA PORTILLA, F.J.: «Legislador, derechos fundamentales y proceso». *REDC* 58 (2000), pp. 245 ss., y sobre la resolución del Tribunal de Estrasburgo, MARTÍNEZ PÉREZ, E.J.: «Sentencia del TEDH de 16 de enero de 2018, demanda núm. 23383/12, Cuenca Zarnoso c. España». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 78, 2018, pp. 114 ss.

Y lo mismo ocurre en el asunto Martínez Martínez¹¹³ (2011), en el que recuerda el derecho de la persona a disfrutar, con tranquilidad, del domicilio, protegiéndolo de ataques inmatrimoniales como son los provocados por los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias (§ 39). Dado que el recurrente ha sufrido intensos niveles de ruido en su vivienda (§ 48), y que esto haya tenido secuelas en la salud propia, en la de su mujer y en la de su hija (§ 49), sin que ninguna autoridad (ni la municipal, ni la autonómica, ni la judicial) haya puesto fin a esta injerencia (§ 51), considera vulnerado el derecho a la vida privada (§ 53).

No ocurre lo mismo en el caso Martínez Martínez y Pino Manzano (2012), en el que los recurrentes se quejan de una cantera cercana. El Tribunal desestima el motivo porque no ha quedado acreditado que la lesión medioambiental fuera significativa (ni en la intensidad del ruido ni en los niveles de polvo en suspensión, § 46). Además, los recurrentes se han instalado en una zona no residencial (primero rústica, luego industrial), por lo que se han situado voluntariamente en una situación irregular (§ 48).

En el asunto Martínez Martínez (2011), examinado en este mismo epígrafe, se inadmite la queja de que a la ruidosa discoteca se le había conferido un régimen de ruidos más permisivo que a otros locales, que se vincula con los artículos 14 y 8, por no apreciarse apariencia de violación.

Finalmente, en el asunto Ortuño Ortuño (2011) se invoca la vida privada con una motivación discutible, cuando se afirma que las dificultades existentes para poder educar a sus hijos vulnera este derecho, argumento que el Tribunal de Estrasburgo considera inconsistente (§ 67).

III.6. (re)Unión familiar

Aludimos con esta denominación al derecho a que el Estado haga todo lo posible para evitar que se produzca la separación entre los padres y sus hijos. La primera condena en esta materia es la recaída en el asunto Iglesias Gil y A.U.I.¹¹⁴ (2003), en la que se afirma «que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al regreso de su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre» (§ 62), aunque no se pueda reprochar al juez penal interno una total inactividad, como pretende la demandante (§ 60). Esta resolución contrasta con la dictada en el asunto Tapia Gasca y D. (2009), en la que se desestima la queja porque, en este caso, las autoridades nacionales han adoptado numerosas actuaciones tendientes a asegurar la pronta devolución del menor.

En el asunto Saleck Bardi¹¹⁵ (2011) el Tribunal estima que en el debate procesal sobre el futuro de la hija de la recurrente ha sido correcto (no se vislumbra que el órgano judicial haya vulnerado el principio de imparcialidad, ni admite reproche la denegación

113 Ver MONESTIER MORALES, J.L.: «Asunto Martínez Martínez contra el Reino de España». *Práctica Derecho Daños* 118 (2014), pp. 8 ss. y GARCÍA URETA, A.M.: «El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2011/7, pp. 15 ss.

114 Ver CUARTERO RUBIO, M.V.: «Sustracción internacional de menores y derecho al respeto de la vida familiar». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 471 ss.

115 Ver GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «La dimensión objetiva del derecho a la vida familiar». En ALCÁZER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 537 ss. y ACUÑA SAN MARTÍN,

de algunas pruebas, ni la decisión adoptada al amparo de un abundante material probatorio (§ 56), pero aprecia una «falta de diligencia en el procedimiento desarrollado por las autoridades responsables de la duración de la residencia de la menor en España» (§ 58). Y es que «Saltana ha permanecido *de facto* con la familia de acogida después de la expiración de su estancia de dos meses en España», y dos años más tarde se ha decretado su situación de abandono. Se ha producido, pues, «una inactividad total de las autoridades administrativas de septiembre de 2002 a mayo de 2004 y observa [el Tribunal] que ninguna explicación satisfactoria ha sido dada para justificar este plazo de cerca de dos años para que la administración decida tutelar a la menor que no tenía entonces ningún título legal de residencia en España» (§ 61). Y ninguna sanción se ha impuesto a la familia de acogida a pesar de su actitud obstruccionista y su reiterada negativa a entregar a la menor a los servicios competentes para facilitar su retorno con su madre biológica» (§ 61), pese a carecer de cualquier título jurídico para tutelarla. Hay que esperar al 30 de abril de 2007 para que una nueva resolución judicial confiera la tutela de la menor a la familia de acogida, subrayando la inacción de la Administración (§ 63). Ha faltado, pues, «la obligación de celeridad particularmente exigible en este tipo de asuntos» (§ 65).

Esta última carencia se aprecia igualmente en el asunto K.A.B. (2012), en la que el padre biológico de un menor, cuya madre había sido previamente expulsada, trata de impedir que sea trasladada a un concreto centro de acogida. Se cuestiona la urgente expulsión de la madre (§ 108), o que no se le informara al recurrente de que podía solicitar el beneficio de justicia gratuita (lo que le podía haber permitido realizar el test de paternidad que estableciera la filiación, y que no pudo realizar por falta de medios, §§ 110-111). El Tribunal de Estrasburgo concluye que «el paso del tiempo, consecuencia de la inercia de la administración, la expulsión de C. sin que se hubieran tomado precauciones necesarias, la falta de apoyo y de asistencia al recurrente en un primer momento cuando su situación social y financiera era más frágil, así como la ausencia de ponderación de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas en cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión de falta de interés del recurrente por su hijo, han contribuido de forma decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el recurrente y su hijo» (§ 114).

Queda por examinar el asunto R.M.S. (2013), en el que se ampara a una madre que fue separada de su hija a pesar de haber impugnado en sede judicial tanto la declaración de situación de abandono de la menor como el acuerdo administrativo de situar a su hija en situación de acogida preadoptiva. Estamos en un supuesto peculiar, en el que tanto una asistente social como un órgano judicial afirman que la madre no muestra ningún interés por el estado de la menor cuando ha quedado acreditado que ha acudido 17 veces al centro de acogida en el que pensaba que se encontraba. Por otra parte, se cuestiona también que la declaración de la situación de abandono de la menor traiga causa, exclusivamente, de la carencia de medios materiales (§ 84), siendo más procedente la adopción de otras medidas sociales (vivienda social, ayudas, etc.). Además, los jueces han ignorado el hecho de que la situación económica de la recurrente mejorara posteriormente, y la adopción se justifica en la falta de contactos entre madre e hija cuando es la Administración quién los ha impedido... «Así, el tiempo transcurrido, consecuencia de la inercia de la administración y la

M.: «Un caso de violación del art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por pasividad de la Administración». *Estudios Constitucionales*, 2012/2, pp. 685 ss.

propia inercia de las jurisdicciones internas, que no han estimado irrazonables los motivos aportados por la administración para privar a una madre de su hija sobre la única base de motivos económicos —la salud mental de la recurrente, inicialmente invocada, no ha sido objeto de ninguna pericial— han contribuido de forma decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre la recurrente y su hija» (§ 92). Se evidencia, pues, que el Estado no ha respetado el artículo 8.

Aunque no hay más Sentencias sobre esta materia, debemos citar también el asunto G.V.A. (2015), en el que se ha producido un acuerdo entre España y la víctima, que nos ha evitado una segura condena. En el caso en especie, se había expulsado a la madre de una menor cuyo padre estaba en la cárcel, contraviniendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

III.7. Los restantes derechos materiales

Vamos a hacer una breve referencia a los restantes derechos materiales, en las que se han producido 10 condenas (de las 36 alegaciones examinadas).

Se han producido 3 condenas en relación con el derecho a que no se produzcan detenciones ilegales (artículo 5.1), en los asuntos Riera Blume y otros¹¹⁶ (1999), Dacosta Silva¹¹⁷ (2006) y Del Río Prada (2012). En el primer asunto por la retención a la que fueron sometidos los miembros de una asociación (presunta secta) en contra de su voluntad. En el segundo asunto por el arresto domiciliario y no judicial de un Guardia Civil por un superior, cuando este cuerpo ya no forma parte de las fuerzas armadas, que ha llevado a suprimir esta modalidad de sanción en 2007. En el tercero porque, determinado que el nuevo cómputo del tiempo de condena vulnera el principio de legalidad penal, cada día de prisión adicional resulta, lógicamente, ilegal.

En cuanto a los asuntos en los que esta queja se desestima debemos comenzar por Drozd y Janousek (1992), en el que el Tribunal concluye que no puede imputarse a España y Francia resoluciones judiciales adoptadas en Andorra (excepciones *ratione loci* y *ratione personae*), aunque diversos Magistrados (Pettiti, Valticos y Lopes Rocha, a la que se suman sus colegas Walsh y Spielmann) discrepan de tal parecer. En el asunto Scott (1996) se avala, con el voto discrepante de Repik, la detención del recurrente sobre el que pesa una solicitud de extradición. Y también se considera legal la privación de libertad sufrida por Raf (2003)

En Tendam (2010) el Tribunal de Estrasburgo no aprecia tampoco lesión alguna porque el recurrente haya sufrido prisión provisional y considera este motivo (que

116 Ver PULIDO QUECEDO, M.: «Sectas, delito de detención ilegal y jurisdicción constitucional». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 1999/3, pp. 2481 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A.: «Derecho a la libertad y a la seguridad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999». *Actualidad Penal* 2001/25, p. 557; MOTILLA, A.: «Desprogramación y libertad religiosa». *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica* 2002/3, pp. 817 ss. y Flores Giménez, F.: «Sectas, libertad religiosa y detención ilegal». En ALCÁ-CER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 63 ss.

117 Ver, entre otros, PÉREZ SOLA, N.: «El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos». *RDP*, 71-72, 2008, pp. 675 ss.; Manero Salvador, A.: «El alcance restrictivo de las reservas al CEDH». *REDI* 2007/1, pp. 386 ss.; y DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A.: «STEDH de 02.11.2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2008/30, pp. 527 ss. y Ripoll Carulla, S.: «Arresto domiciliario y derecho a la libertad». En ALCÁ-CER GUIRAO, R. BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 113 ss.

también alude al artículo 3) mal fundado. Finalmente, en A.C. y otros (2014), el Tribunal considera que la queja referida a este derecho y a los derechos a la vida y a la interdicción de torturas y malos tratos (artículos 2 y 3) son prematuras, dado que no se ha producido el traslado de los demandantes de asilo, a Marruecos (en donde, a su decir, peligran estos derechos).

Así, pues, Temdam (2010) y A.C. y otros (2010) son dos de los asuntos en los que se desestima la lesión del derecho a la interdicción de tortura y malos tratos. También se hace en todos los asuntos de detenidos (casi siempre en relación con terrorismo) que denuncian haber sufrido malos tratos o torturas [asuntos Martínez Sala y otros (2004)¹¹⁸, San Argimiro Isasa (2010), Beristain Ukar (2011), Etxebarría Caballero (2014), Ataun Rojo (2014) y Beortegui Martínez (2016)], hasta el asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba (2018), en el que, a la vista de las lesiones sufridas por uno de los recurrentes, se condena a España por haber infringido malos tratos¹¹⁹. Previamente, en el asunto B.S. (2012) se había también establecido que no había quedado acreditado (ni había sido debidamente investigado) si la policía había infringido malos tratos o no a una prostituta nigeriana.

Las restantes desestimaciones en relación con este derecho se producen en los asuntos López Ostra (1994) (las molestias sufridas por la contaminación medioambiental no constituyen un trato degradante, § 60), Olaechea Cahuas (2006) (no hay elementos suficientes que permitan concluir que la extradición del recurrente a Perú haya provocado la lesión de este derecho, debiendo examinarse el eventual incumplimiento por parte de España de la medida cautelar decretada por el Tribunal de Estrasburgo, § 44), Murillo Espinosa (2007) (queja referida a la denegación de pruebas solicitadas y que debe ser inadmitida por no haber sido incluida en la demanda, § 40), y López Elorza (2017) (en el que se indica que el riesgo de que el demandante pueda ser condenado a cadena perpetua en Estados Unidos es tan pequeño e hipotético que no se aprecia riesgo de lesión, § 119). En todo caso, se suspende la medida hasta que la Sentencia sea firme (hecho ya acaecido).

Cuatro motivos recogidos en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aluden al derecho al secreto de las comunicaciones. En la relevante Sentencia Valenzuela Contreras¹²⁰ (1998) el Tribunal entiende que la calidad de la normativa española que regula las interceptaciones de las comunicaciones lesiona el artículo 8. Si posteriormente cambia de opinión, es porque integra en el Derecho la relevante doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia, aunque se produzca otra condena en Prado Bugallo¹²¹ (2003), por aludir a hechos previos a

118 Ver QUERALT JIMÉNEZ, A.: «La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes». En ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 37 ss. y RUILOBA ALVARIÑO, J.: «La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España». *REDI*, 2005/1, pp. 209 ss.

119 Un análisis más detallado, *supra*, en el epígrafe 2.5.

120 Ver RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales». *REDC* 56 (1999), pp. 223 ss. y SÁNCHEZ YLLERA, I.: «La deficiente calidad de las normas que habilitan la intervención de las comunicaciones telefónicas». En ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 443 ss.

121 Ver GARCÍA LÓPEZ, E.: «Las intervenciones telefónicas, una crisis anunciada: comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España». *Actualidad jurídica Avanzada* 594 (2003), pp. 1 ss.; YLLANES SUÁREZ, J.P.: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003

la misma. Por este mismo motivo se desestima el motivo en el asunto *Alony Kate* (2012) y, finalmente, en el asunto *Marcos Barrios* (2010) se inadmite el motivo porque las grabaciones no fueran utilizadas en el proceso (§ 52).

Solamente hemos sido condenados una vez porque una privación de libertad haya sido excesiva en su duración. Es la sufrida por *Scott* (1996)¹²², que duró más de 4 años, para su extradición. La queja no prospera en *Raf* (2003) porque en este caso una buena parte de la privación de libertad se anuda a una condena penal impuesta en nuestro país (§ 64). En *Van der Tang*¹²³ (1995) el Tribunal entiende que la prisión provisional del encausado era razonable por el alto riesgo de fuga que concurría en la causa (§ 76). Y, finalmente, en *Sanz Casla* (2013) se hace una vaga invocación del artículo 5 en el que se indica que la pena de prisión debería haber sido suspendida, motivo que es inadmitido por falta de agotamiento (§ 41), al no haberse incluido esta queja en la demanda de amparo.

El Tribunal ha amparado en una única ocasión el derecho a ser informado de la acusación (artículo 6.3.a) en el caso *Varela Geis* (2013), en relación con los derechos a disponer de tiempo para la defensa y el mismo derecho de defensa (artículos 6.3.b y 6.1), a la persona que fue acusada de negacionismo y condenada, en apelación, por un delito de justificación del holocausto. No se ampara este derecho en los casos *Gea Catalán* (1995) (por la claridad de la calificación jurídica realizadas por el Juzgado de Instrucción, sin que pueda derivarse la lesión de un mero error material en las conclusiones del Ministerio Fiscal, §§ 29 y 28), *Salvador Torres* (1996) (dado que el desempeño de funciones públicas era un elemento intrínseco de la acusación de la desviación de fondos públicos, por lo que no resulta sorprendente la imposición de una agravante vinculada a este dato, § 33) y *Pérez Martínez* (2016) (dado que el Tribunal Supremo abrió un plazo de alegaciones para determinar si la comisión delictiva podría haberse producido por omisión, § 27). En este último caso se inadmite la queja conjunta de la falta de tiempo para preparar la defensa.

De esta forma, hemos realizado un detenido examen de todos los derechos que hemos definido como procesales y materiales, pero aún debemos examinar otras disposiciones del Convenio. Lo haremos, brevemente, a continuación.

IV. OTRAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO

En Este último epígrafe nos detendremos en tres preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos que también han sido tratados en las Sentencias del Tribunal de

(Asunto *Prado Bugallo c. España*). *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 2003/1, pp. 1949 ss.; CACHO SÁNCHEZ, Y.: «Las intervenciones telefónicas y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: sentencia del TEDH, *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003». *Revista General de Derecho Europeo* 2003/1 y CATALÀ I BAS, A.: «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Prados Bugallo c. España* de 18 de febrero de 2003». *REDF*, 2003/1, pp. 127 ss.

122 Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: «El derecho del sujeto en prisión provisional a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento». En ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords.): *Conflicto...*, cit., pp. 87 ss.

123 PICATOSTE BOBILLO, J.: «El caso *Van der Tang* contra España: el plazo razonable de prisión preventiva». *Revista Xurídica Galega*, 12, 1996, pp. 13 ss.

Estrasburgo referidas a España y que no tienen un fácil encaje en los apartados anteriores. Hacemos alusión a la cláusula antidiscriminatoria, al mismo derecho de presentar un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo y la prohibición de expulsiones colectivas (artículos 14, 34 y P4.4).

Comenzando nuestro examen por el artículo 14, conviene recordar que éste precepto ha sido invocado en 17 ocasiones y amparado solamente en 3 de ellas.

Como es sabido, este precepto solamente puede ser invocado en combinación con otro precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Hemos examinado las quejas amparadas en los apartados correspondientes a esos derechos sustantivos. Al hablar de la propiedad privada hicimos expresa alusión a los asuntos Muñoz Díaz (2009), Manzanas Martín (2012) y Aldeguer Tomás (2016), y al hablar de la dimensión material de los tratos degradantes al caso B.S. (2012) (apartados 3.4 y 3.7, respectivamente). Hemos situado además los asuntos P.V. (2010) y Fernández Martínez (2012), en los que se desestima el alegato, en el epígrafe dedicado a la intimidad (apartado 3.5).

Quedaría, pues, hacer referencia a los restantes casos desestimados o inadmitidos, que son muchos. De entrada, el motivo no puede ser examinado si se invoca el artículo 14 de forma aislada¹²⁴. En otros supuestos se rechaza el motivo porque no se aprecia la lesión aducida¹²⁵. También es habitual que el Tribunal de Estrasburgo acuerde no examinar esta queja separadamente de otra ya resuelta¹²⁶. Finalmente, en otros casos no se pueda examinar por falta de agotamiento [en el asunto Gutiérrez Suárez (2010) no fue invocada en amparo] o por estar mal fundada¹²⁷.

En dos ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por perjudicar el derecho al recurso previsto en el artículo 34 del Convenio. Esto ocurre cuando no respeta las medidas cautelares (artículo 39) que ha adoptado previamente. Como ha señalado en el asunto Olaechea Cahuas (2006), «la simple inobservancia de una medida cautelar acordada por el Tribunal [de Estrasburgo] en función de la existencia de un riesgo es, en sí mismo considerada, una grave traba, en ese momento preciso, al ejercicio efectivo del derecho de recurso individual» (§ 81). Se cuestiona, en este caso, la extradición realizada a un presunto miembro de la red peruana del Sendero Luminoso, que desconoció la medida cautelar previamente adoptada desde Estrasburgo. Desde esta perspectiva, conviene insistir ahora en la imperiosa necesidad de conferir a los recursos judiciales que impugnan resoluciones administrativas que deniegan al asilo interesado un efecto suspensivo sobre la expulsión de los afectados [asunto N.D. y N.T. (2017)]. Aunque este dato ya ha sido subrayado al examinar las lesiones del derecho a un recurso efectivo, nos parece tan relevante en el marco del presente estudio que debemos reiterarlo aquí, porque tal modificación evitaría la creciente demanda de medidas cautelares que en esta materia se plantean ante el Tribunal de Estrasburgo.

También se vulnera el artículo 34 cuando el Estado se niega a facilitar al afectado, que se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad y dependencia, como es

124 Asuntos Gómez de Liaño y Botella (2008) y Fernández Martínez (2012).

125 Asuntos Gómez de Liaño y Botella (2008), en combinación con el artículo 6.1; Polanco Torres y Movilla Polanco (2010), en combinación con el artículo 8; y Vlieeland Boody y Marcelo Lanni (2016), en relación con el artículo 6.2.

126 Asuntos Fuentes Bobo (2000), Otegi Mondragón (2011), B.S. (2012), R.M.S. (2013), Sociedad Anónima del Ucieza (2014) y Fernández Martínez (2012).

127 Asuntos Martínez Martínez (2011) y Del Río Prada (2012).

un preso, las copias de los documentos que precisan y que no puede obtener sin su respaldo (§ 50).

Finalmente, en la muy relevante Sentencia N.D. y N.T.¹²⁸ (2017), que acabamos de citar, también se condena a España por realizar expulsiones colectivas (artículo P4.4), que son las realizadas a los irregulares que logran atravesar la valla de Melilla. Resulta evidente que, una vez que entran en suelo español, los extranjeros en situación irregular disponen de derechos humanos (como es solicitar asilo) y que su expulsión debe ajustarse a la legislación prevista a tal fin.

TITLE: Exam of the ECHR Judgments about Spanish Kingdom

ABSTRACT: The study is a joint exam of the more than a hundred ECHR Judgments condemning the Spanish Kingdom. We make a global analysis comparing them within our nearest neighbours, while following a chronological path. Also we aim to make a statistical survey about the main rights claimed in Strasbourg, closely related to both substantive and procedural rights. We find necessary, also, to fit better the Strasbourg Case-Law terms into our national legal and fundamental rights terms. Finally, we give a basic synthesis on the main lines given in that Case-Law of every single right, maybe useful to set the light and shadow of our fundamental rights system.

RESUMEN: El presente estudio realiza una valoración conjunta del centenar y media de Sentencias del Tribunal de Estrasburgo en las que el Estado demandado es el Reino de España. Se realiza tanto un análisis global comparado en relación con países de nuestro entorno, como un examen cronológico de los asuntos que nos afectan. Se realiza también un estudio estadístico de los derechos más invocados y de las condenas reiteradas en relación con los derechos procesales y materiales. Resulta necesario, para acometer esta tarea, acomodar previamente la terminología empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a nuestra dogmática de los derechos fundamentales. Se ofrece, finalmente, una síntesis básica de la doctrina jurisprudencial sobre cada uno de los derechos examinados, que es útil para determinar las luces y las sombras que la protección de los derechos presenta en nuestro país.

KEY WORDS: European Court of Human Rights, human rights, constitutional rights.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos humanos, derechos constitucionales.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

128 Ver VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Derecho de las Relaciones Laborales* 4 (2018), pp. 357 ss. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: «Las devoluciones en caliente en el TEDH». *REDE*, n.º 65, 2018, pp. 101 ss.

LOS PRINCIPALES HITOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

ENCARNA CARMONA CUENCA
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá

SUMARIO

I. Introducción. II. La igualdad de género en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. III. La perspectiva de género como instrumento para la igualdad. IV. Jurisprudencia del TEDH sobre igualdad de género y prohibición de discriminación. V. Jurisprudencia del TEDH sobre derechos humanos con perspectiva de género. VI. Algunas conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizaré algunas de las principales sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la igualdad entre mujeres y hombres o igualdad de género. En los documentos del Consejo de Europa podemos apreciar una evolución desde el reconocimiento de una igualdad meramente formal hasta la consagración de la igualdad material o *de facto*, como principios esenciales que deben presidir la actuación de los Estados miembros. Además, a partir de los años noventa del pasado siglo, se ha impuesto en el Derecho Internacional de los derechos humanos y en el ámbito europeo el concepto de perspectiva de género o *gender mainstreaming*, como una técnica o instrumento para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres.

Después de una reflexión sobre la igualdad de género en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), incluidos los Protocolos adicionales, y sobre la aplicación de la perspectiva de género a los derechos humanos, en el trabajo analizo los hitos más importantes de la jurisprudencia del TEDH sobre igualdad de género (formal y material). A pesar de que el sexo es uno de los motivos de discriminación proscritos por el art. 14 CEDH, hubo que esperar a 1985 para encontrar una sentencia que estableciera claramente que sólo los motivos más fuertes podían justificar una diferencia de trato por razón de sexo o género. Sin embargo, a partir del año 2000 el Tribunal ha dictado un buen número de sentencias que condenan a los Estados por haber aprobado normas o medidas

que suponen una discriminación directa contra uno de los géneros (no siempre el femenino). El Tribunal no ha sido tan activo en la apreciación de discriminaciones indirectas, discriminaciones de hecho o en la argumentación en términos de medidas de acción positiva.

A continuación, realizo un análisis de varias sentencias que tratan sobre los derechos de las mujeres desde una perspectiva de género. En algunas de ellas se aplica esta técnica argumentativa, con mayor o menor éxito, y en otras no se tiene en cuenta esta perspectiva en la fundamentación del fallo. Trato de poner de manifiesto ese déficit, pues juzgar con perspectiva de género es fundamental para la superación de la tradicional desigualdad entre hombres y mujeres, para la corrección de la situación de subordinación histórica de las mujeres y para la consecución de la igualdad.

II. LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En contraste con las avanzadas construcciones del Consejo de Europa en materia de igualdad de género¹, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en el ámbito de aquella organización internacional en 1950, ofrece una protección más clásica y limitada de la igualdad entre mujeres y hombres.

De esta forma, consagra la prohibición de discriminación por razón de sexo —junto con otros motivos de discriminación— en el art. 14 del CEDH, cuyo tenor literal es el siguiente: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

El Convenio no habla de igualdad de género sino de «distinción por razón de sexo» (entre otros motivos). Lo mismo sucede en la mayor parte de los tratados internacionales de derechos humanos; se sigue hablando del *sexo* como motivo de discriminación, aunque el término *género* se ha consolidado en las ciencias sociales como más explicativo de la realidad que *sexo*². También se ha consolidado el término *género* en el ámbito de Naciones Unidas, a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, celebrada en 1995.

El término *sexo* se refiere a la diferenciación biológica y orgánica entre hombres y mujeres, mientras que la expresión *género* se refiere a una realidad más amplia, a una construcción simbólica que incluye el conjunto de roles y atributos socioculturales asignados a una persona a partir del sexo al que pertenece, convirtiendo la diferencia sexual en diferencia cultural. Esto es, el concepto *género* hace alusión a las diferencias sociales entre

1 Vid. S. DE TOMÁS MORALES, «La labor del Consejo de Europa en materia de igualdad de género» en R.M. GILES CARNERO; M. MORA RUIZ y M.N. SALDAÑA DÍAZ (Coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona 2010, pp. 17-32 y E. CARMONA CUENCA, «El desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos de las mujeres en los sistemas regionales de derechos humanos. A. Sistema Europeo» en E. CARMONA CUENCA (Ed.), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 43-84.

2 El TEDH también sigue hablando de «discriminación por razón de sexo» y, por ello, en este trabajo utilizo ambas expresiones.

hombres y mujeres, que han sido aprendidas y asumidas generación tras generación, que cambian con el paso del tiempo y que presentan muchas variaciones interculturales³.

Por otra parte, el CEDH no consagra el principio general de igualdad, sino que establece la prohibición de discriminación únicamente en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo.

Posteriormente, el 1 de noviembre de 1988, entró en vigor el Protocolo Adicional n.º 7 (ratificado por España el 16 de noviembre de 2009), cuyo artículo 5 consagra la igualdad jurídica de los esposos en los siguientes términos: «Los cónyuges gozarán de igualdad jurídica de derechos y obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos.»

Este artículo no ha tenido una gran virtualidad práctica en la jurisprudencia del TEDH. En las escasas ocasiones en que ha sido alegado, el Tribunal ha considerado que, aunque el precepto consagra la igualdad de derechos de los cónyuges con relación a sus hijos, también es cierto que en su último inciso precisa que el interés de los hijos debe prevalecer sobre aquellos derechos⁴. Y es, precisamente, este último inciso el que impide que tenga una utilidad mayor a la hora de fundamentar por sí mismo una decisión del Tribunal⁵.

Otro hito importante fue la entrada en vigor del Protocolo Adicional n.º 12, que contiene una prohibición general de discriminación, ahora no limitada a los derechos enunciados en el Convenio, sino extensiva a cualesquiera derechos fundamentales o legales. Este Protocolo fue abierto a la firma en Roma el 4 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 1 de abril de 2005. España lo ratificó el 13 de febrero de 2008.

La gestación de este Protocolo partió de los intentos, a partir de los años sesenta, de incluir en el Convenio garantías suplementarias en el campo de la igualdad y de la no discriminación en general. Pero, como pone de manifiesto el Informe Explicativo del Protocolo n.º 12, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000⁶, fueron los trabajos realizados en los años noventa en el campo de la igualdad entre mujeres y hombres y de la lucha contra el racismo y la intolerancia los que impulsaron este objetivo, que cristalizó en la aprobación del Protocolo n.º 12.

En el curso de esos trabajos, el Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (CDEG) subrayó la ausencia, en el marco del Consejo de Europa, de instrumentos específicos de protección jurídica de la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental independiente. El CDEG consideraba que una norma jurídica dictada

3 Vid., K. MILLET, *Política sexual*, Cátedra, Madrid, 2017 (1.ª edición en inglés de 1970) y J. W. SCOTT, «El género: una categoría útil para el análisis histórico», en AMELANG/NASH (Comp.), *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Alfons, El Magnanim, Valencia, 1990

4 Vid., por ejemplo, los casos Hoffmann contra Austria, de 23 de junio de 1993 y Chepelev contra Rusia, de 26 de julio de 2007.

5 E. CARMONA CUENCA, «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)» en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPD, Madrid, 2014 (3.ª ed.), pp. 608-609.

6 <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/2000-Protocolo12-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm> (última fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

al efecto constituía una de las condiciones esenciales para lograr la igualdad *de iure* y *de facto* y concentró sus esfuerzos en la inclusión en el Convenio de un derecho fundamental de la mujer y del hombre a la igualdad.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos se mostró partidario de un texto basado en el principio de universalidad y expresó sus reservas a un proyecto de Protocolo basado en una aproximación sectorial a la discriminación por motivos de sexo o de raza. Finalmente, la lista de motivos de discriminación del Protocolo n.º 12 fue idéntica a la del art. 14 CEDH. Su art. 1 dispone lo siguiente: «Prohibición general de discriminación: 1. El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación».

Por lo que se refiere a la discriminación por razón de género, el Informe Explicativo del Protocolo n.º 12 reconoce que en otros Convenios internacionales se han enunciado reglas específicas y más detalladas, exclusivamente dedicadas a esta materia, como en el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979. Pero afirma que el Protocolo n.º 12 no debe ser interpretado como una restricción o una derogación de las disposiciones del Derecho interno o de los tratados que prevean una protección suplementaria contra la discriminación.

Por otra parte, puede considerarse que el Protocolo n.º 12 del CEDH consagra el principio general de igualdad en toda su amplitud, pues su Preámbulo afirma expresamente en su párrafo tercero que «el principio de no discriminación no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable.»

El párrafo transcrito supone una concepción de los principios de igualdad y no discriminación más avanzada que la consagrada en el art. 14 CEDH y que acerca este Protocolo n.º 12 a otras Declaraciones Internacionales como el mencionado CEDAW o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y también a algunos textos constitucionales estatales como la Constitución española o italiana. En concreto, el art. 23 CDFUE establece el principio de igualdad entre mujeres y hombres y, en su segundo párrafo, dispone que: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado»⁷.

Se puede considerar, así, que el Protocolo n.º 12 legitima la adopción de las denominadas medidas de acción positiva⁸ para promover la llamada igualdad material. Y ello tiene un evidente interés de cara a la igualdad entre mujeres y hombres, ya que en esta materia los Estados han ido adoptando numerosas medidas de acción positiva con el objetivo de elevar la posición social real de las mujeres en diferentes ámbitos, como el empleo, la educación, la participación social y política, etc.

7 Sobre este precepto, puede verse: E. CARMONA CUENCA, «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H. (Coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

8 Sobre las medidas de acción positiva, vid., por ejemplo: M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997 y M.A. MARTÍN VIDA, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002.

III. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO INSTRUMENTO PARA LA IGUALDAD

Desde la fecha de aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950, el concepto de igualdad de género ha ido enriqueciéndose con nuevos contenidos y el Consejo de Europa ha jugado un importante papel, pionero a escala mundial.

A este respecto, puede distinguirse claramente una evolución desde una posición inicial, que se centró en la eliminación de las discriminaciones legales existentes contra las mujeres y que puede observarse en las primeras recomendaciones y resoluciones (igualdad formal o *de iure*), hasta una actitud más dinámica, que tiene en cuenta la situación real de las mujeres en las sociedades actuales y que pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas de acción positiva y políticas específicas para conseguir la igualdad material o *de facto*.

El siguiente paso en la lucha por la igualdad de género viene representado por la adopción de la estrategia del *gender mainstreaming*, que se ha traducido al español como «transversalización de la perspectiva de género» o «perspectiva de género»⁹. El concepto de *gender mainstreaming* apareció por primera vez en el ámbito internacional en los años setenta del pasado siglo, a raíz de la declaración de la Década de las Mujeres, realizada por Naciones Unidas en 1975 y tuvo gran difusión en las Conferencias sobre las Mujeres de Naciones Unidas celebradas en Nairobi en 1985 y en Beijing en 1995¹⁰.

La adopción de la estrategia de la perspectiva de género supone un paso más en la consecución de la igualdad de género. No es un fin en sí misma, sino un medio para conseguir la igualdad. Si antes se trataba de establecer políticas públicas sectoriales para conseguir la igualdad material o de hecho de mujeres y hombres (medidas de acción positiva), ahora se trata de una estrategia global, que tiene que implicar a todas y cada una de las políticas públicas para comprobar cuál es su incidencia real en las relaciones entre hombres y mujeres y si tienden realmente a la consecución de la igualdad de hecho y en qué grado.

En numerosas ocasiones se ha puesto de manifiesto que el concepto de perspectiva de género es muy difícil de definir y se presta a gran confusión. La Plataforma de Acción de Beijing¹¹ se refirió a él como la necesidad de «tener en cuenta el impacto de género antes de que las decisiones sean adoptadas»¹². Se trata de que los procesos políticos de toma de decisiones no sean rutinas «ciegas de género»¹³ o «sesgadas de género»¹⁴, es

9 Para una definición del concepto de *gender mainstreaming* en el Consejo de Europa puede verse el Informe del Grupo de Especialistas sobre incorporación de la perspectiva de género, creado en 1998 en el Consejo de Europa: *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, methodology and presentation of good practices. Final Report of Activities of Mainstreaming*. Doc EG-S-MS (1998-2 rev. 2004), en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG_S_MS_98_2_rev_en.pdf (última fecha de consulta: 28 de mayo de 2018). Vid., también: H. CHARLESWORTH, «Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations», en *Harvard Human Rights Journal* vol. 18. Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 2005 y E. CARMONA CUENCA (Ed.), *La perspectiva de género...*, ob. cit., pp. 27-42.

10 H. CHARLESWORTH, *cit.*, p. 3.

11 Adoptada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), de Naciones Unidas.

12 M. VERLOO, *Gender Mainstreaming: Practice and Prospects, Council of Europe, Strasbourg*, 1999, p. 2. En internet: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG\(1999\)13_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG(1999)13_en.pdf) (última fecha de consulta: 29 de mayo de 2018).

13 Traducción del término inglés *gender-blind*. M. VERLOO, *cit.*, p. 2.

14 Traducción del término inglés *gender-biased*. M. VERLOO, *cit.*, p. 2.

decir, que tengan en cuenta las diferentes consecuencias que esas decisiones públicas tienen en los hombres y en las mujeres. Estas diferencias son debidas a las relaciones desiguales de poder establecidas entre los géneros desde hace miles de años —desde el Neolítico— y la situación subordinada de las mujeres en la mayor parte de las sociedades, caracterizadas como patriarcales¹⁵.

La estrategia de la perspectiva de género ha de ser aplicada a todas las facetas de la actividad pública y también a las que tienen que ver con los derechos humanos. A mediados de los años noventa se puso de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos sectoriales sobre los derechos de las mujeres, como el CEDAW, y la necesidad de integrar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación y aplicación de todos los tratados generales sobre derechos humanos¹⁶. El primer paso hacia la integración de la perspectiva de género en este ámbito se dio en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993, donde se proclamó que: «la igualdad en la situación de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas»¹⁷.

En el ámbito de los derechos humanos, un análisis con perspectiva de género supone tener en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres en el disfrute de los derechos¹⁸. Se trata de poner de manifiesto que los derechos de las mujeres pueden ser violados de forma diferente a los de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra las mujeres por el hecho de serlo. Analizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos con perspectiva de género requeriría un estudio sobre las relaciones reales entre hombres y mujeres y sobre la situación real de las mujeres en las distintas sociedades. También requeriría una reflexión sobre los estereotipos vigentes de lo masculino y lo femenino que posibilitan específicas vulneraciones de los derechos de las mujeres, como el infanticidio femenino, los matrimonios forzados, la violencia de género por parte de actores públicos y privados, la prohibición de realizar determinadas actividades a las mujeres, la imposición de ciertas conductas e indumentarias o las diferentes violaciones de sus derechos sexuales y reproductivos¹⁹.

En este trabajo analizaré la jurisprudencia del TEDH sobre igualdad y prohibición de discriminación por razón de género (fundamentalmente, a partir del art. 14 CEDH) y también haré referencia a varias sentencias que han comenzado a aplicar la perspectiva de género en diversas materias como la violencia de género, la trata de mujeres con fines de explotación sexual y los derechos sexuales y reproductivos. La limitación de espacio de este trabajo aconseja no extenderse a otras materias que han sido objeto de diversos pronunciamientos del TEDH y que sería también muy interesante tratar, como el velo islámico, el derecho de asilo o los derechos de visita de los hijos de padres separados, entre otras.

15 Sobre el patriarcado, puede verse, por ejemplo: C. AMORÓS, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1991 y R. M. COBO BEDLA, *Fundamentos del patriarcado moderno*. Jean Jacques Rousseau, Cátedra/Instituto de la Mujer/Universidad de Valencia, Madrid-Valencia, 1995.

16 E. TRAMONTANA, «Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* n.º 53, 2011, p. 144.

17 *Idem.*, p. 145.

18 Sobre los derechos de las mujeres, vid., por ejemplo, M. MACÍAS JARA, «Mujeres», en G. ESCOBAR ROCA (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1725-1907.

19 H. CHARLESWORTH; C. CHINKIN y S. WRIGHT, «Feminist Approaches to International Law», en: *American Journal of International Law*, vol. 85, Washington DC, 1991, pp. 628 y ss. y E. TRAMONTANA, cit., p. 145.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La jurisprudencia del TEDH sobre igualdad entre mujeres y hombres gira en torno a la aplicación del art. 14 CEDH. El art. 1 del Protocolo n.º 12 no ha sido aplicado en esta materia, aunque una Sentencia reciente lo aplica en un caso de discriminación por razón de etnia o raza²⁰. El Tribunal parece ser reacio a aplicar este Protocolo, ya que no ha sido ratificado por todos los Estados parte del Convenio.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el art. 14 CEDH tiene un carácter dependiente, esto es, sólo puede ser alegado en combinación con algún otro de los derechos reconocidos en el Convenio. Hasta los años noventa del pasado siglo la jurisprudencia sobre este precepto era escasa y también compleja y poco coherente²¹. Y en mayor medida pueden aplicarse estos calificativos a las decisiones del Tribunal Europeo sobre el principio de no discriminación por razón de género.

Sin embargo, esta tendencia está cambiando en los últimos años, sobre todo a partir del cambio de milenio. Podemos encontrar ahora un mayor número de Sentencias que aplican el principio de no discriminación del art. 14 CEDH en general y también referido a la discriminación por razón de género²². Para su estudio, agruparé estas sentencias en cuatro apartados: las que argumentan en base a la prohibición de discriminaciones directas; las que se refieren a la prohibición de discriminaciones indirectas, las que aluden a la prohibición de discriminaciones de hecho y las que tratan sobre medidas de acción positiva.

Prohibición de discriminaciones directas

En la mayor parte de las Sentencias que aplican el principio de no discriminación por razón de género del art. 14 CEDH, el Tribunal argumenta en base a la prohibición de discriminaciones legales directas, esto es, de aquellas normas que establecen expresamente un trato diferente y desfavorable para uno de los géneros (normalmente las mujeres) sin una justificación objetiva y razonable.

La primera vez que el TEDH se pronunció, expresa y detalladamente, sobre la discriminación basada en el sexo fue en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985. En esta Sentencia, el Tribunal apreció la vulneración del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH en combinación con la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CEDH. La legislación en vigor en el Reino Unido autorizaba a los inmigrantes varones que estaban trabajando legalmente en el país a traer a sus esposas, pero no a las mujeres traer a sus maridos o parejas.

20 Caso *Sejdic y Finci* contra Bosnia-Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009.

21 CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación...», cit., p. 588.

22 I. RADACIC, «Gender equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en: *The European Journal of International Law* Vol. 19, no. 4, 2008 y A. VIVIANI, «La tutela della donna di fronte alla Corte europea dei diritti umani: il discorso di genere arriva a Strasburgo?», en *Diritti umani e diritto internazionale*, n.º 4, vol. 1, 2010.

El Tribunal analizó la conformidad con el Convenio de una diferenciación normativa por razón de sexo, entendiendo que, aunque dicha norma tuviese un fin legítimo (en este caso lo era la protección del mercado de trabajo), esta finalidad debería ser suficiente para justificar la diferenciación normativa. Afirmó asimismo que, una vez establecida la importancia de la igualdad de los sexos, serían precisas razones muy fuertes para estimar compatibles con el Convenio tales distinciones, fijando así un estándar que utilizaría en muchos casos posteriores.

A partir de esta Sentencia, podemos encontrar otras que han apreciado vulneración del art. 14 CEDH (en combinación con otro derecho del Convenio) y han constatado la existencia de discriminaciones directas que afectaban a las mujeres, aunque, en un significativo número de casos, los perjudicados por la norma eran los varones. En algunos casos, se trataba de normas que posibilitaban el acceso a ciertos beneficios (como empleo, pensiones, permisos de paternidad o condición de refugiado) o a ciertos derechos (prioridad en el orden de los apellidos). En otros casos, se trataba de la imposición de obligaciones o de la aplicación de condenas penales. Veremos los ejemplos más significativos de cada uno de estos escenarios.

Acceso al empleo. En el caso *Emel Boyraz contra Turquía*, de 2 de diciembre de 2014, la demandante había aprobado un examen para un puesto de agente de seguridad en una empresa pública. Pero había sido considerada no apta por no cumplir los requisitos de «ser un hombre» y «haber cumplido el servicio militar». El Tribunal apreció aquí vulneración del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH. Afirmó que los motivos que alegaba el Estado demandado sobre la necesidad de usar la fuerza física y de asumir riesgos por trabajar de noche no eran suficientes para justificar esta diferencia de trato, sobre todo, teniendo en cuenta que la demandante ya había trabajado en ese puesto durante cuatro años.

Pensiones. En el caso *Wessels-Bergervoet contra Holanda*, de 4 de junio de 2002, la demandante consideraba que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en materia de pensiones constituía una discriminación por razón de sexo (los hombres casados cobraban una pensión de jubilación equivalente al cien por cien del salario, mientras que las mujeres casadas sufrían una reducción, igual que los hombres solteros). El Gobierno holandés justificaba este trato diferente en el hecho de que normalmente eran los maridos los que proveían a las necesidades del hogar. El Tribunal reiteró que sólo las razones más fuertes podían justificar un trato diferente por razón de sexo y de estatus marital y que, en este caso, no existía una justificación objetiva y razonable. Así pues, estimó que se había producido una vulneración del art. 14 combinado con el art. 1 del Protocolo n.º 1 CEDH (derecho de propiedad).

En el caso *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002, la argumentación era similar, aunque en este caso el perjudicado era el varón. El demandante era un viudo con dos hijas a quien se había denegado la pensión de viudedad al fallecer su esposa, que era la principal sostenedora económica del hogar, a la edad de treinta y nueve años. Consideraba que la imposibilidad para los varones de beneficiarse de esta prestación, que sí recibían las mujeres, constituía una discriminación por razón de sexo. El Tribunal apreció aquí vulneración del art. 14 en combinación con el art. 1 del Protocolo n.º 1 CEDH.

Permisos de paternidad. En esta materia es posible observar una interesante evolución en la jurisprudencia del TEDH, desde una posición más tradicional sobre el papel de los padres y las madres en el cuidado de los hijos e hijas hasta una postura más progresiva, que reconoce los avances sociales hacia un reparto equitativo de responsabilidades familiares.

En el caso *Petrovic contra Austria*, de 28 de febrero de 1998, el demandante, varón, había solicitado un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En la fecha de los hechos, este tipo de permisos estaba previsto en la legislación austríaca para las mujeres trabajadoras, pero no para los hombres en la misma situación, por lo que el demandante consideraba que tales normas eran discriminatorias. El Tribunal no apreció vulneración del art. 14 CEDH y se basó en la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados parte con relación a la concesión de permiso de paternidad a los padres en las mismas condiciones que a las madres.

Sin embargo, en el caso *Konstantin Markin contra Rusia*, de 7 de octubre de 2010, la solución fue diferente. El Tribunal apreció vulneración del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH. El demandante era un militar varón que, después de su divorcio, se había quedado a cargo de los tres hijos del matrimonio. Había solicitado un permiso de paternidad de tres años de duración para atender a sus hijos, que le fue denegado, pues un permiso de tal duración sólo se concedía a las mujeres. El Tribunal Constitucional ruso había avalado la decisión con el argumento de que el permiso de maternidad estaba pensado para permitir a la madre recuperarse del parto y amamantar a sus hijos si lo deseaba. Sin embargo, el Tribunal Europeo consideró que el permiso de paternidad en un momento posterior al nacimiento de los hijos tenía la finalidad de cuidar de éstos y esta labor puede ser realizada tanto por la madre como por el padre. El Tribunal pone de manifiesto que se ha producido una evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia y que en la actualidad existe un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad. A juicio del Tribunal, ello supone que la sociedad europea ha evolucionado hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos e hijas, habiendo ganado reconocimiento el papel de los padres (varones) en esta labor.

Acceso a la condición de refugiado/a. En el caso *Vrountou contra Chipre*, de 13 de octubre de 2015, el Tribunal analiza la compatibilidad de la normativa chipriota que extendía todas las prestaciones sociales reconocidas a los refugiados a los desplazados internos por razón del conflicto con Turquía. Pero esta norma contenía una discriminación por razón de género: Los hijos de un padre desplazado tenían los mismos derechos que su progenitor varón, pero los hijos de madre desplazada no tenían acceso a tales beneficios. El Estado demandado justificaba la norma en motivos presupuestarios y en razón del modelo patriarcal de familia prevaleciente en Chipre en el momento en que se adoptó la norma (1974). El TEDH subrayó que las tradiciones o actitudes sociales prevalentes en relación con el papel de la mujer no podían considerarse justificación suficiente de una diferencia de trato por razón de sexo (ni tampoco las razones presupuestarias por sí solas). Apreció vulneración del art. 14 en combinación con el art. 1 del Protocolo 1.

Orden de los apellidos. En el caso *Cusan y Fazzo contra Italia*, de 7 de enero de 2014, el TEDH analiza la adecuación al Convenio de la legislación italiana que imponía el apellido del padre a los hijos matrimoniales, aún en contra del criterio de sus progenitores. Los demandantes eran unos padres que solicitaron que su hija fuera registrada con el apellido materno. El Tribunal declara la vulneración del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH, al considerar que la medida supone una discriminación por razón de sexo e impone al Estado la obligación de modificar la legislación o prácticas internas a fin de cumplir las exigencias derivadas del Convenio.

Prestación de servicios. En el caso *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, de 18 de julio de 1994, los perjudicados eran los hombres, pues una norma municipal exigía sólo a los varones la prestación de un servicio en el cuerpo de bomberos o, en su defecto, el pago de una cantidad anual, cargas de las que se eximía a las mujeres. El Tribunal apreció vulneración del art. 14 en combinación con el art. 4.3.d) CEDH (obligaciones cívicas).

Condenas penales. En varias sentencias, el TEDH se ha enfrentado a normas que perjudicaban también a los varones, esta vez en materia penal. En el caso *L. y V. c. Austria*, de 9 de enero de 2003, el Tribunal apreció una discriminación directa desfavorable a los varones. El demandante había sido condenado por mantener relaciones homosexuales con un adolescente mayor de catorce años con el consentimiento de éste. Alegaba que se había producido una discriminación por razón de sexo, pues el Código Penal no castigaba las relaciones sexuales de mujeres lesbianas con adolescentes que consentían ni tampoco las relaciones heterosexuales consentidas con menores de la mencionada edad. El Tribunal apreció vulneración del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH.

En el caso de *Gran Sala Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia*, de 24 de enero de 2017, el TEDH analiza si la norma penal rusa que regula la cadena perpetua es discriminatoria. Esta medida se aplica a los delitos especialmente graves, pero sólo si los sujetos condenados no son mujeres, menores de 18 años o mayores de 65. En esta ocasión, el Tribunal consideró que tanto las normas internacionales como las europeas establecían que las mujeres debían ser especialmente protegidas frente a los abusos que las mismas sufrían en las cárceles y que también debían ser protegidas las mujeres embarazadas y las madres. En ese contexto de mayor protección, consideró proporcionada la exclusión de las mujeres de la cadena perpetua y, por tanto, estimó que no se había producido discriminación por razón de sexo. Es interesante destacar que esta Sentencia tiene varios Votos Particulares, algunos concordantes y otros disidentes. En concreto, el Juez Pinto de Albuquerque cree que el Tribunal debió plantearse la legitimidad de la cadena perpetua, tanto para mujeres como para hombres.

En la Sentencia *Alexandru Enache contra Rumanía*, de 3 de octubre de 2017, se dilucidaba una cuestión relacionada con la anterior. En este caso, el demandante alegaba que la norma que permite a las madres suspender la condena de ingreso en prisión por tener un hijo recién nacido, pero no así a los padres, era discriminatoria. Aunque el Tribunal considera que tanto los padres como las madres pueden y deben atender a sus hijos e hijas pequeños/as, como había afirmado en el caso *Konstantin Markin contra Rusia* ya citado, aprecia diferencias entre las normas laborales y las normas penales. Aplica el principio de proporcionalidad a la diferencia de trato y concluye que ésta estaba objetiva y razonablemente justificada en atención a varias consideraciones: En primer lugar, la legislación estatal permitía al demandante solicitar la suspensión de la condena por otros motivos de salud personal o familiar y, en segundo lugar, el argumento de la especial relación madre-hijo en los primeros meses de vida no puede considerarse irrazonable ni infundado, en especial, teniendo en cuenta que la CEDAW establece que las medidas para proteger la maternidad no deben considerarse discriminatorias. Existen también dos Votos Particulares, uno concordante y otro —de dos jueces— parcialmente disidente de la mayoría.

Reflexionando sobre estas Sentencias, podemos observar que en algunos casos son las mujeres las que recurren contra normas que las discriminan frente a los varones (en el acceso a ciertos derechos o beneficios) pero en otros casos son los varones quienes recurren

normas que pretendían proteger a las mujeres, en especial, en relación con la maternidad. El Tribunal ha sido sensible a los cambios sociales acaecidos en Europa en los últimos años, que propugnan un cambio de los roles tradicionales del patriarcado, que situaba a los hombres en el ámbito público y del trabajo remunerado y a las mujeres en el ámbito privado doméstico y del cuidado de los hijos e hijas. Pero, como reconoce el Tribunal en el reciente caso *Alexandru Enache*, aún está pendiente el desarrollo de una doctrina propia sobre el carácter discriminatorio o no de las normas de protección de la maternidad.

Prohibición de discriminaciones indirectas

El TEDH no ha utilizado en gran medida el concepto de discriminación indirecta por razón de género, a diferencia de otros tribunales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²³. Se produce una discriminación indirecta por razón de género cuando una norma o medida utiliza un criterio aparentemente neutro que, sin embargo, en su aplicación, perjudica de modo desproporcionado a uno de los géneros, habitualmente a las mujeres²⁴. Recientemente ha comenzado el TEDH a utilizar este concepto en sus argumentaciones, pero sólo ha estimado expresamente producida una discriminación indirecta por razón de género en una Sentencia.

Sí había reconocido claramente el TEDH la existencia de una discriminación indirecta en el caso *D.H.* y otros contra la República Checa, de 13 de noviembre de 2007 (Gran Sala), pero se trataba de una discriminación por razón de origen étnico.

En la decisión de admisibilidad *Hoogendijk* contra Países Bajos, de 6 de enero de 2005, el Tribunal incluía una completa definición de la discriminación indirecta por razón de género en los siguientes términos: «Allí donde el demandante pueda establecer, sobre la base de estadísticas oficiales que no admiten polémica, la existencia de un indicio de prueba que indique que una medida —aunque formulada de forma neutral— afecta de hecho a un porcentaje claramente más elevado de mujeres que de hombres, corresponde al gobierno demandado demostrar que dicha medida es el resultado de factores objetivos que no están relacionados con una discriminación por razón de sexo».

En este caso, la demandante alegaba que la aplicación de una norma sobre pensiones de discapacidad perjudicaba en mucha mayor medida a las mujeres que a los varones y aportaba datos estadísticos para apoyar su demanda, considerando que se había producido una discriminación indirecta por razón de género. El Tribunal admitió que habían podido producirse esos efectos discriminatorios respecto de las mujeres casadas o divorciadas que habían sufrido una discapacidad para el trabajo en una fecha determinada (antes del 1 de enero de 1979), pero estimó que esta diferencia de trato tenía una justificación objetiva y razonable. La razón que alegó el Tribunal fue que, en la fecha en que existía la diferencia de

23 Vid., por ejemplo, R. M. GILES CARNERO, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres» en: R. M. GILES CARNERO; M. MORA RUIZ y M.N. SALDAÑA DÍAZ (Coords.), ob. cit., pp. 59-60 y E. CARMONA CUENCA, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 104, 2015, pp. 312-319.

24 Sobre el concepto de discriminación indirecta, vid. O.M. ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, pp. 78 y ss. y S. FREDMAN, (2011), *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011 (2.ª ed.), pp. 177 y ss.

trato, la realidad mostraba que los varones casados eran mayoritariamente el sostén de la familia y que este hecho justificaba tal diferencia de trato. Consideró la demanda manifiestamente infundada y la inadmitió, perdiendo así una buena oportunidad de aplicar el concepto de discriminación indirecta por razón de género.

En el caso *Serife Yigit contra Turquía*, de 2 de noviembre de 2010 (Gran Sala), una viuda había planteado una acción de reconocimiento de un matrimonio religioso a fin de obtener determinadas prestaciones sociales. La pretensión fue rechazada en vía administrativa y judicial aduciendo que su matrimonio no estaba reconocido legalmente. La demandante alegaba la existencia de una discriminación indirecta, pues en la medida adoptada sólo resultaban víctimas las mujeres y no los hombres. Ni en la Sentencia de Sección ni en la de Gran Sala, el TEDH se pronunció sobre tal alegación, a pesar de que un Voto Particular había llamado la atención sobre ese déficit en la Sentencia de la Sección, de 20 de enero de 2009. El Tribunal no apreció discriminación y razonó que la diferencia de trato entre matrimonios civiles y religiosos tenía una justificación objetiva y razonable en Turquía, Estado definido como laico donde se intenta proteger y fomentar el matrimonio civil, dado que el matrimonio religioso coloca a las mujeres turcas en una posición de subordinación al varón y produce una acusada limitación de sus derechos fundamentales.

La única ocasión, hasta la fecha, en que el TEDH ha apreciado la existencia de una discriminación indirecta por razón de género fue en el caso *Di Trizio contra Suiza*, de 2 de febrero de 2016. El Tribunal analizaba la negativa de la Oficina suiza de Seguros de Incapacidad de continuar el pago de una pensión de discapacidad del 50 por ciento a la Sra. Di Trizio después del nacimiento de sus hijos gemelos. Utilizó en su argumentación datos estadísticos y constató que el «método mixto» de cálculo de pensiones de discapacidad a los trabajadores a tiempo parcial, que producía unos resultados perjudiciales para los beneficiarios, se aplicaba en un 98 por ciento de los casos a las mujeres que habían reducido su tasa de actividad después de haber sido madres. Como no se daba una justificación razonable para esta diferencia de trato, el TEDH consideró que se había producido una discriminación indirecta y que había existido violación del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH.

Una vez sentado este precedente, debemos esperar que, cuando el caso lo requiera, en futuras sentencias el Tribunal aprecie la existencia de discriminaciones indirectas por razón de género. El concepto es importante porque da respuesta a discriminaciones que no son fáciles de detectar, pues no aparecen expresamente en las normas, sino que, en buena medida, permanecen ocultas y es preciso realizar estudios estadísticos para hacerlas valer.

Prohibición de discriminaciones de hecho

El caso *Zarb Adami c. Malta*, de 20 de junio de 2006, se refería a una discriminación por razón de género. La demandante alegaba que se había producido una discriminación en la aplicación de la ley sobre jurados. Aunque en la ley sobre jurados no se establecía ninguna disposición en este sentido, durante los cinco años anteriores a los hechos sólo el 3,05 por ciento de los jurados habían sido mujeres frente al 96,95 por ciento de hombres. A la demandante, que había participado en varias ocasiones, se le había multado por no participar en uno de esos jurados.

Aunque en este caso parece que el TEDH argumenta en términos de discriminación indirecta (sin decirlo expresamente) pues habla de una «medida neutral» que, en su

aplicación, tiene efectos perjudiciales para un grupo, en realidad se trata de una discriminación de hecho, pues en la norma sobre composición de jurados no se contenía ninguna previsión que afectara en mayor medida a las mujeres. Fue la aplicación práctica de la norma la que produjo la discriminación y así lo reconoció el propio Tribunal en un caso posterior²⁵.

Medidas de acción positiva

Según una comprensión avanzada del principio de igualdad, la prohibición de discriminación no impide la adopción de medidas que, aunque sean aparentemente desiguales, en realidad tienden a la consecución de la igualdad material. Así pues, las medidas de acción positiva serían aquellas normas que favorecen a colectivos que se encuentran en situación de desventaja en una sociedad y precisamente para compensar esa desventaja. Una finalidad típica de aplicación de estas medidas, ya desde su origen en el Derecho antidiscriminatorio estadounidense de los años sesenta, fue facilitar la incorporación al trabajo remunerado de colectivos que tenían dificultades para acceder a él, como los afrodescendientes y las mujeres²⁶.

El art. 14 CEDH no afirma expresamente esta dimensión del principio de igualdad, como sí hace el Preámbulo del Protocolo n.º 12, según hemos visto²⁷. Pero ya antes de la aprobación de este Protocolo, el Tribunal Europeo había aplicado la doctrina conocida como «discriminación por indiferenciación» en el caso *Thlimmenos* contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En este caso se amplía el campo de la prohibición de discriminación enunciada en el art. 14 CEDH, al establecer que dicho precepto «es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato distinto a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes».

El Tribunal de Estrasburgo ha hecho un escaso uso del concepto de acción positiva, a diferencia, una vez más, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸, de quien parece haber tomado esta construcción. Aunque sin emplear la expresión «medidas de acción positiva», en el caso *Stec* y otros contra Reino Unido, de 12 de abril de 2006, se argumenta en base al art. 14 CEDH, complementado con la doctrina *Thlimmenos*, para justificar la adopción de medidas que favorecerían a las mujeres trabajadoras con relación a los varones. Dichas medidas consistían en la fijación, desde 1940, de una edad de jubilación inferior para las mujeres que para los hombres. En opinión del Tribunal, estas medidas estaban encaminadas, en su origen, a corregir la desventaja que sufrían las mujeres en el plano económico. Aunque en la fecha de la Sentencia la situación de mujeres y hombres era distinta y más igualitaria, consideró que la diferencia seguía siendo razonable y otorgó un amplio margen de apreciación al Estado para fijar un calendario de reformas.

Posteriormente en el caso *Andrle* contra República Checa, de 17 de febrero de 2011, se reiteran estos razonamientos en un supuesto similar. En este caso sí se menciona

25 En el caso *D.H.* contra la República Checa, de 13 de noviembre de 2007, ya citado.

26 Vid. E. CARMONA CUENCA, «Igualdad de género y Derecho antidiscriminatorio. La Constitución española de 1978», en E. CARMONA CUENCA e I. GARRIDO GÓMEZ (Coords.), *Diversidad de Género e Igualdad de Derechos. Manual para una asignatura interdisciplinaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 (2.ª ed.), pp. 79-81.

27 Vid., *supra*, epígrafe II.

28 Vid. R.M. GILES CARNERO, cit., pp. 61-72 y E. CARMONA CUENCA, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo...», cit., pp. 319-323.

expresamente el concepto de «acción afirmativa». También aquí la legislación checa fijaba una edad mínima inferior a las mujeres para poder recibir una pensión. El demandante alegaba que él había tenido la custodia de los hijos y se había dedicado a su cuidado. Pero el Tribunal estimó que la diferencia entre varones y mujeres había tenido una justificación histórica en la Checoslovaquia socialista y que el Estado checo gozaba de un amplio margen de apreciación para ir adaptando la normativa a la realidad actual. No apreció tampoco vulneración del art. 14 CEDH.

De esta escasa jurisprudencia del TEDH sobre las medidas de acción positiva podemos concluir que las normas cuestionadas y finalmente legitimadas por el Tribunal no pueden considerarse propiamente medidas de acción positiva, pues no fomentan la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, sino que más bien parecen perpetuar el modelo tradicional de reparto de trabajo entre hombres y mujeres²⁹.

V. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE DERECHOS HUMANOS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La incorporación de la perspectiva de género a la jurisprudencia del TEDH se ha producido recientemente y, en general, sin aludir a este término. Esto último no deja de resultar curioso, teniendo en cuenta que la técnica de la perspectiva de género se ha consolidado ya hace tiempo en los distintos documentos internacionales sobre derechos humanos, en especial, en los documentos del Consejo de Europa, como hemos visto³⁰.

En muchos casos, el Tribunal ha tenido que decidir sobre vulneraciones de derechos humanos sufridas por mujeres. Pero sólo en algunos de estos asuntos ha analizado dichas vulneraciones teniendo en cuenta los estereotipos sociales vigentes en todas las sociedades actuales, que atribuyen un papel dominante a los varones y un rol subordinado a las mujeres, es decir, han aplicado una perspectiva de género. En una valoración general, este análisis ha sido insuficiente, los problemas reales desbordan con mucho la aproximación realizada por el Tribunal de Estrasburgo. Pero no dejan de ser los primeros pasos de un camino que habrá que recorrer en el futuro inmediato.

Las materias que vamos a estudiar aquí y en las que el Tribunal ha aplicado la perspectiva de género o debería haberlo hecho son: La violencia contra las mujeres, incluida la trata con fines de explotación sexual y los derechos sexuales y reproductivos.

La violencia contra las mujeres

La «violencia contra las mujeres» o «violencia de género» se caracteriza porque las víctimas son mujeres y los agresores son varones y, además, porque la violencia se ejerce

29 En este sentido, I. RADACIC, cit., p. 851. El Tribunal Constitucional español sí ha realizado esta distinción entre normas aparentemente protectoras de las mujeres en el ámbito laboral y medidas de acción positiva, que favorecen la incorporación de las mujeres al trabajo. Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español» en R.M. GILES CARNERO, M. MORA RUIZ y M.N. SALDAÑA DÍAZ, ob. cit., pp. 95-109 y E. CARMONA CUENCA, «Igualdad de género y Derecho antidiscriminatorio», cit. pp. 77-78.

30 Vid., *supra*, apartado III.

contra la mujer por el hecho de ser mujer y está relacionada con los estereotipos establecidos históricamente para cada uno de los géneros³¹. Como se ha visto, en las sociedades patriarcales estos estereotipos asignan un papel dominante a los varones y un papel subordinado a las mujeres. La violencia sería una forma extrema de asegurar esta relación de dominación-subordinación, por eso la tendencia actual en los organismos internacionales es considerar esta forma de violencia como una manifestación extrema de discriminación por razón de género³².

Existen, básicamente, dos modalidades de violencia contra las mujeres, una es aquella que se produce en el ámbito familiar o afectivo cuando entre el agresor y la víctima existe o ha existido algún vínculo sentimental y otra es aquella producida por agentes externos a la pareja o familia, bien sean agentes estatales o bien agentes privados, con la posible aquiescencia del Estado.

En la jurisprudencia del TEDH son destacables los asuntos que se han producido en el ámbito del matrimonio o de la pareja sentimental, aunque también han llegado casos de violencia contra las mujeres producida por otros agentes externos públicos o privados. En algunos de los asuntos analizados se ha hecho —con mayor o menor fortuna— un análisis cercano a la perspectiva de género.

Hace tiempo que el Tribunal de Estrasburgo conoce asuntos relativos a la violencia de género ejercida por los hombres contra las mujeres que son o han sido sus parejas. Hasta 2009 trató estos casos como violencia individualizada y no como un problema social global, es decir, no aplicaba la perspectiva de género.

En el caso *Kontrová* contra Eslovaquia, de 31 de mayo 2007, el origen de la demanda era una situación de violencia machista en el ámbito familiar. Las pretensiones de la demandante estaban relacionadas con los malos tratos sufridos por ella, con la muerte de sus dos hijos a manos de su marido y con la falta de un recurso efectivo que le permitiera ver compensado el daño moral que le causaron estas muertes. El Tribunal utilizó la doctrina de las obligaciones positivas del Estado en la protección del derecho a la vida (art. 2 CEDH) para afirmar que, en determinadas circunstancias, estas obligaciones incluyen el deber de las autoridades estatales de adoptar las medidas preventivas adecuadas y efectivas para proteger la vida de las personas que se encontraban en una situación conocida de riesgo.

Esta doctrina fue reiterada en el caso *Branko Tomasic y otros* contra Croacia, de 15 de enero de 2009, en el que los demandantes eran los padres y los hermanos de una mujer asesinada por su marido, quien también mató a la hija de ambos, de un año de edad. Pero se hizo un tratamiento individualizado o «neutral» de los asesinatos, sin hacer una reflexión general sobre lo que supone la violencia de género como problema social; en suma, no se analizó el caso con perspectiva de género³³.

El caso *Bevacqua* contra Bulgaria, de 12 de junio de 2008, supuso un punto de inflexión en esta materia. Por una parte, porque el TEDH tomó en consideración algunos

31 Vid. E. CARMONA CUENCA, «El desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos de las mujeres...», cit., pp. 68 a 74 e I. TURÉGANO MANSILLA, «Derecho y violencia contra las mujeres: la perspectiva feminista» en M.A. ZURILLA CARINANA y P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (Coords.), *Violencia contra las mujeres. Un enfoque jurídico*, Septem Ediciones, Oviedo, 2011.

32 Por ejemplo, en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (Párrafo 118). En Internet: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf> (última consulta: 6 de junio de 2018).

33 A. QUERALT JIMÉNEZ, «La violencia contra las mujeres. A. Sistema Europeo», en E. CARMONA CUENCA, *La perspectiva de género...*, ob. cit., pp. 221-222.

instrumentos internacionales contra la violencia de género. Y, sobre todo, porque abrió una nueva línea argumental que podría ser aplicada, entre otros casos, a las mujeres que sufren violencia por parte de sus parejas o exparejas, al identificarlas como grupos vulnerables a los que es preciso proteger y con respecto a los cuales hay que entender reforzadas las obligaciones positivas del Estado.

Sin embargo, esta Sentencia resultó decepcionante por una razón. La demandante, víctima de malos tratos por parte de su marido, había solicitado que el delito de violencia de género se considerase público, es decir, perseguible de oficio y sin necesidad de participación de la víctima. El Tribunal consideró que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas de protección, pero afirmó que el Convenio no impone una forma específica de cumplir esas obligaciones (persecución penal o carácter público del delito) sino que la elección de las concretas medidas a adoptar corresponde a cada Estado. Esta afirmación del TEDH constituyó un déficit importante en la lucha contra la violencia machista, pues la fijación de un marco jurídico específico en esta materia redundaría en una protección más adecuada y eficaz de las víctimas³⁴. Se perdió aquí otra buena oportunidad para analizar el asunto con perspectiva de género, es decir, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de violencia, que sufren una situación de miedo, indefensión y debilidad.

El hito más importante, hasta la fecha, entre los pronunciamientos del TEDH sobre violencia de género, es el caso *Opuz contra Turquía*, de 9 de junio de 2009. En este caso, la demandante era una mujer que había sido víctima de malos tratos por parte de su marido, quien también había asesinado a la madre de su esposa. Fue la primera vez que se declaró vulnerado el art. 14 CEDH en combinación con los arts. 2 y 3 CEDH, al reconocer que la violencia sufrida por la demandante estaba basada en motivos de género, lo cual equivale a una forma de discriminación contra las mujeres. Se tuvo en cuenta aquí el elevado número de casos de violencia contra las mujeres a manos de sus maridos o ex maridos en Turquía, la pasividad del sistema judicial y la impunidad de la que gozaban los agresores.

En esta Sentencia se contiene la argumentación más completa dictada hasta la fecha por el TEDH en la materia. Se citan numerosos instrumentos internacionales sobre prohibición de discriminación por razón de género y de lucha contra la violencia hacia las mujeres, se recuerdan las obligaciones positivas del Estado para la protección de la vida y la integridad física y psíquica y, lo que es más destacable, se establecen una serie de elementos que las autoridades estatales deben tener en cuenta a la hora de proseguir un procedimiento por violencia de género, aún en el caso de que la víctima retire la denuncia. Se puede afirmar que en esta Sentencia sí se analizó el caso con perspectiva de género³⁵.

Ahora bien, esta jurisprudencia no ha sido reiterada en todos los casos posteriores. Algunos de ellos han seguido siendo tratados como casos individuales de violencia, aunque hayan supuesto ciertos avances en la lucha contra la violencia de género. El caso *E.S. y otros contra Eslovaquia*, de 15 de septiembre de 2009, fue importante por dos motivos. En primer lugar, porque el TEDH hace especial énfasis en la necesidad de que las medidas internas de protección de las víctimas de la violencia sean eficaces y, en segundo

³⁴ *Idem.*, pp. 223-226.

³⁵ *Idem.*, pp. 232-241.

lugar, porque, a pesar de ser posterior al Caso Opuz, no se hace ninguna referencia a la violencia de género como realidad o situación discriminatoria contra la que es preciso luchar, sino que, más bien, se realiza un estudio «neutral» de los hechos, ajeno a la perspectiva de género.

En el caso Hajduová contra Eslovaquia, de 30 de noviembre de 2010, se argumentaba en torno a la especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas de la violencia por parte de sus parejas masculinas y a las especiales obligaciones del Estado para su protección y se apreció vulneración del art. 8 CEDH, pero no se consideró lesionado el art. 14 CEDH. Y en el caso A. contra Croacia, de 14 de octubre de 2010, se ha seguido afirmando que el Estado puede elegir las medidas que considere más apropiadas para luchar contra esta forma de violencia.

En otros casos recientes, sin embargo, sí se ha aplicado la doctrina Opuz, considerando que se ha vulnerado el art. 14 en relación con el art. 3 (prohibición de tortura y malos tratos) CEDH. Se trata de tres Sentencias de 2013 y 2014, todas contra Moldavia³⁶, en las que se pone de manifiesto la grave situación de discriminación que padecen las mujeres en ese país.

Así pues, la avanzada línea abierta en el Caso Opuz no se ha seguido de forma homogénea en la jurisprudencia posterior sobre violencia de género. Es deseable que el Tribunal Europeo trace un marco general en este sentido para luchar contra esta grave y persistente vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres y para ello es preciso juzgar estos casos con perspectiva de género. La asunción de la idea de que la violencia de género es un mecanismo extremo para perpetuar la desigualdad entre hombres y mujeres es un avance para erradicar estas conductas y el reconocimiento de que en estos casos se han vulnerado varios derechos del Convenio (arts. 2, 3 y 8 fundamentalmente) en combinación con la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH es un paso importante en la buena dirección.

Recientemente, podemos destacar dos sentencias que se refieren a la violencia contra las mujeres por parte de agentes externos, fuera de la pareja o expareja. La primera de ellas, el caso Y contra Eslovenia, de 28 de mayo de 2015, es considerada por el Tribunal como un *case report*. El asunto parte de la denuncia penal de una mujer contra un amigo de su familia a quien acusa de haberla agredido sexualmente cuando ella era menor de edad, alegando que el proceso judicial había sido excesivamente largo y traumático para ella. El Tribunal alerta en su Sentencia sobre la actuación de las autoridades policiales y judiciales en casos de violencia contra las mujeres, recordando que en muchas ocasiones no se tiene en cuenta la necesidad de especial protección de la mujer que ha sido víctima de estos hechos. Apreció vulneración de la vertiente procesal del art. 3 CEDH por la excesiva duración del proceso y porque las autoridades nacionales permitieron numerosos interrogatorios a la víctima, diversas exploraciones y un interrogatorio intimidatorio y humillante, con comentarios ofensivos.

Una situación similar se dio en el caso G.U. contra Turquía, de 18 de octubre de 2016. Hubo una sentencia absolutoria interna contra el padrastro de la víctima de una agresión sexual, si bien el motivo de tal absolución era la impotencia del agresor, lo que no debió descartar los abusos sexuales, a juicio del TEDH. El Tribunal consideró que en

³⁶ Casos Eremia, Mudric y TM y CM, todos ellos contra Moldavia, de fechas 18 de mayo de 2013, 16 de julio de 2013 y 28 de enero de 2014, respectivamente.

el proceso penal interno debió tenerse en cuenta la peculiar situación de vulnerabilidad de la víctima, también una menor, algo que no se dio por distintos motivos: La víctima no recibió apoyo psicológico prestado por una mujer, se denegó su solicitud de que su declaración fuera realizada en sesión no pública, sus declaraciones ante la policía se realizaron ante agentes masculinos, etc. Por todo ello se consideraron vulnerados los arts. 3 y 8 CEDH.

Estas dos sentencias sí analizan las agresiones sexuales a niñas con perspectiva de género, pues ponen de manifiesto la especial vulnerabilidad de las víctimas y muestran las insuficiencias de las actuaciones policiales y judiciales.

La trata de mujeres con fines de explotación sexual.

Como ponen de manifiesto los documentos del Consejo de Europa, la trata de seres humanos es una forma específica de violencia y una forma moderna de esclavitud que supone una grave violación de los derechos humanos³⁷. Es un fenómeno que ha de analizarse con perspectiva de género, pues la mayor parte de las víctimas de trata son mujeres y niñas y, en un alto porcentaje, son tratadas con fines de explotación sexual³⁸. Esta forma de trata constituye una manifestación más de las relaciones desiguales entre los géneros y de la consideración de las mujeres como objetos sexuales a disposición de los varones. Por tanto, puede considerarse una forma de violencia contra las mujeres.

La primera vez que el Tribunal se pronunció expresamente sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual como una vulneración de derechos humanos fue en el importante caso Rantsev contra Chipre y Rusia, de 7 de enero de 2010. El demandante, el Sr. Rantsev, de nacionalidad rusa, alegaba vulneración de los arts. 2, 3, 4, 5 y 8 CEDH causados por la trata de su hija, de veinte años de edad, para su explotación sexual y su posterior muerte violenta en Chipre.

Lo más interesante de este caso es que el TEDH incluye la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el ámbito normativo del art. 4 CEDH (prohibición de esclavitud y trabajos forzados) y, en consecuencia, le aplica su doctrina de las obligaciones positivas del Estado en relación con este precepto. La Sentencia condenó a los Estados demandados por vulneración de este precepto (a Chipre por infracción material y a Rusia por infracción formal). Sin embargo, no apreció vulneración de los arts. 2 y 3 CEDH, pues no consideró demostrado que la víctima sufriera malos tratos antes de su muerte ni que la muerte fuera consecuencia de violencia ejercida contra ella.

37 En especial, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos, en vigor desde el 1 de febrero de 2008. En el ámbito de Naciones Unidas hay que destacar el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niñas (Protocolo de Palermo), de 2000. Vid. E. CARMONA CUENCA, «El desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos de las mujeres...», cit., pp. 75-77.

38 Vid. E. CARMONA CUENCA, «Mujeres prostituidas y mujeres víctimas de la trata: la incorporación de la perspectiva de género a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en R. SERRA CRISTÓBAL (Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 223-244.

El Tribunal podría haber realizado un análisis más claro en clave de género, poniendo de manifiesto cómo la realidad de la trata con fines de explotación sexual afecta de forma muy diferente a mujeres y a hombres³⁹, apareciendo en su inmensa mayoría aquéllas como víctimas y éstos como tratantes. También podría haber reflexionado sobre la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata y sobre la consideración de la explotación sexual como trato inhumano y degradante.

Por lo que se refiere a los efectos de la Sentencia, en este caso el Tribunal podría haber ido más allá de su condena al Estado. Siguiendo el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a las reparaciones establecidas en casos de violencia contra las mujeres⁴⁰, podría haber impuesto algún tipo de reparación tendente a proteger a las víctimas y a prevenir la trata de mujeres en el futuro.

En el caso L.E. contra Grecia, de 21 de enero de 2016, el TEDH vuelve a enfrentarse con la trata de mujeres con fines de explotación sexual y parece ir un poco más allá en la fijación de obligaciones estatales para la prevención de esta lacra. La demandante era una mujer nigeriana que había sido obligada a prostituirse en diversas ciudades griegas durante dos años mediante el uso del vudú. Las autoridades griegas tardaron en reconocerle el estatus de víctima de trata, retraso que provocó la huida del tratante. El Tribunal aplica la jurisprudencia sentada en el caso Rantsev y recuerda las obligaciones positivas que corresponden a los Estados en materia de trata, subrayando que deben tener un marco jurídico apropiado que permita sancionar a los culpables del delito, prevenir éste y proteger a las víctimas. Asimismo, recuerda las obligaciones de los Estados de desarrollar una investigación efectiva cuando tengan conocimiento de que se ha producido un caso de trata. En este caso también consideró vulnerado el art. 4 CEDH, pero tampoco realizó el Tribunal un análisis de la trata con fines de explotación sexual con perspectiva de género. Ello hubiera requerido un estudio de la especial vulnerabilidad de estas víctimas y de la especial protección que debió prestar el Estado. También hubiera requerido una reflexión sobre la consideración de la explotación sexual como trato inhumano y degradante.

En una Sentencia reciente, el caso V.C. contra Italia, de 1 de febrero de 2018, el TEDH condenó al Estado por incumplimiento de las obligaciones positivas relacionadas con el art. 3 CEDH (prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes). El motivo fue la falta de protección adecuada de una adolescente con una enfermedad psíquica y toxicómana, que fue víctima de una red de explotación sexual. El Estado se retrasó mucho en ofrecer la protección que habían solicitado los padres (internamiento en un centro especializado), aun teniendo conocimiento del riesgo que corría la menor. El avance que supone este caso consiste en la consideración de que se ha vulnerado la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3 CEDH y el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH. El Tribunal ha tenido en cuenta que la víctima era menor y, además, tenía una enfermedad psíquica. Pero una reflexión con perspectiva de género tomaría en consideración que también las mujeres mayores de dieciocho años sometidas a explotación sexual son muy vulnerables y, asimismo, víctimas de tratos inhumanos y degradantes, cuando no de tortura.

39 En la Sentencia, el TEDH menciona en alguna ocasión que la mayor parte de las víctimas son mujeres y niños/as, pero sin analizar a fondo esta cuestión ni obtener conclusiones específicas sobre ella.

40 Por ejemplo, en el caso González y otras contra México (caso Campo Algodonero), de 16 de noviembre de 2009.

Los derechos sexuales y reproductivos

Cualquier análisis sobre el cumplimiento efectivo de los derechos sexuales y reproductivos ha de realizarse necesariamente con una perspectiva de género, dado el especial papel de la mujer en la reproducción.

Las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el TEDH han sido las siguientes:

1. El acceso de las mujeres a los servicios de salud durante el embarazo, parto y posparto o derecho a una maternidad segura;
2. La utilización de métodos anticonceptivos y la prohibición de esterilizaciones forzadas;
3. la regulación del aborto,
4. el acceso a las técnicas de reproducción asistida y
5. la denominada «gestación subrogada».

En general, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia presenta varias contradicciones y puntos oscuros. Es frecuente la remisión al margen de apreciación estatal en lugar de adoptar decisiones claras sobre materias complejas como el aborto o las técnicas de reproducción asistida. También es posible percibir que en esta jurisprudencia no existe un esfuerzo claro por aplicar una perspectiva de género que tenga realmente en cuenta la especial incidencia que las materias relativas a la reproducción tienen sobre las mujeres⁴¹. Aquí sólo podré hacer referencia a algunas de las sentencias más significativas en esta materia⁴².

El acceso de las mujeres a los servicios de salud durante el embarazo, parto y posparto o derecho a una maternidad segura. En el caso *Ternovszky contra Hungría*, de 14 de diciembre de 2010, el TEDH parecía haber construido, a partir del art. 8 CEDH, un derecho de las mujeres embarazadas a decidir sobre las circunstancias del parto y, en concreto, a dar a luz en su domicilio, aunque no llegó a afirmar que existiese una obligación de los Estados de garantizar, en todo caso, la asistencia médica a las mujeres que decidiesen dar a luz en su domicilio.

Sin embargo, en el caso *Dubská y Krejzová contra República Checa*, de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), el TEDH afirmó que la prohibición a las matronas de atender partos en el domicilio —lo que suponía, en la práctica, la prohibición de estos partos— no constituía vulneración del Convenio. En esta Sentencia, que cuenta con un Voto Particular discrepante firmado por cinco Jueces, sólo se hace una referencia tangencial a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Se recomienda a las autoridades nacionales que sigan avanzando en la revisión de la normativa vigente sobre los nacimientos en el domicilio de acuerdo a criterios médicos y científicos, de manera que se respeten los derechos reproductivos de las mujeres.

La utilización de métodos anticonceptivos y la prohibición de esterilizaciones forzadas. El TEDH ha reconocido un derecho de toda persona a que se respete su decisión de

41 M. DÍAZ CREGO, «Los derechos sexuales y reproductivos. A. Sistema Europeo», en E. CARMONA CUENCA, *La perspectiva de género...*, ob. cit., pp. 182-183.

42 Para un desarrollo más extenso, vid. M. DÍAZ CREGO, cit.

ser o no madre/padre vinculado al derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH⁴³. Con relación al uso de anticonceptivos, el TEDH se pronunció en el caso Pichon y Sajous contra Francia, Decisión de 2 de octubre de 2001, afirmando que no existía un derecho de los farmacéuticos a negarse a vender píldoras anticonceptivas, dificultando, así, el acceso a estos medicamentos por parte de la población.

Con relación a la esterilización forzada, el Tribunal consideró, en el caso V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011, que la esterilización de una ciudadana de etnia romaní sin que se le hubiese informado previamente de la naturaleza y el alcance de la intervención constituía vulneración de los arts. 8 y 3 CEDH. En una sentencia más reciente, el caso Soares de Melo contra Portugal, de 16 de febrero de 2016, el Tribunal consideró contrario al art. 8 CEDH la exigencia a una mujer de que se sometiera a una operación de esterilización como condición para conservar la custodia de sus diez hijos e hijas. En esta sentencia se argumenta en base a los derechos reproductivos de las mujeres y se critica que las autoridades no ofreciesen a la recurrente otras posibilidades de control de natalidad y que se prohibiese todo contacto entre madre e hijos, sin tener en cuenta que no habían existido malos tratos a los menores y que éstos tenían una especial vinculación emocional con su madre.

La regulación del aborto. La posición del TEDH en materia de aborto ha sido ambivalente, tratando de llegar a un difícil equilibrio entre los derechos de la mujer embarazada y las creencias, fuertemente arraigadas en algunos Estados europeos, sobre la defensa de la vida del feto. El TEDH no ha reconocido nunca el derecho del feto a la vida, pero tampoco ha reconocido un derecho de la mujer a abortar⁴⁴. Y lo que no ha hecho nunca el TEDH es declarar que una legislación nacional sobre el aborto es contraria al Convenio. Más bien al contrario, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo parece deducirse un notable margen de apreciación estatal, lo que no se comprende muy bien, dado que la mayoría de los Estados europeos permiten el aborto, bien a petición de la embarazada, bien por motivos de salud de la madre⁴⁵.

El único punto en que el TEDH parece sensible a las cuestiones de género en relación con el aborto es con referencia a los derechos del futuro padre. El Tribunal ha afirmado, en el caso Boso contra Italia, Decisión de 5 de septiembre de 2002, que el art. 8 CEDH no otorga al futuro padre un derecho a exigir ser consultado en relación con la decisión de su pareja de someterse a un aborto. Al menos en esta cuestión, parece que el TEDH reconoce que la esencialmente afectada por el embarazo es la mujer.

El acceso a las técnicas de reproducción asistida. El TEDH ha reconocido un derecho a beneficiarse del progreso científico en materia reproductiva y, por tanto, a utilizar técnicas de reproducción asistida para convertirse en padre/madre a partir del art. 8 CEDH —casos Evans contra Reino Unido, de 10 de abril de 2007 (Gran Sala) y S.H. y otros contra Austria, de 3 de noviembre de 2011 (Gran Sala)—. Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo se ha limitado a analizar la compatibilidad entre dicho precepto y las legislaciones nacionales que limitaban el acceso de los demandantes a las técnicas de reproducción asistida; en ningún caso ha llegado a reconocer una obligación positiva de los

43 Así lo hace, entre otras muchas sentencias, en el caso Evans contra Reino Unido, de 10 de abril de 2007. Vid. M. DÍAZ CREGO, cit., p. 162.

44 Vid, por ejemplo, el Caso Vo contra Francia, de 8 de julio de 2004.

45 M. DÍAZ CREGO, cit., pp. 167-174.

Estados de costear tales tratamientos⁴⁶. Aunque el TEDH ha impuesto a los Estados algunas exigencias en esta materia, en general, ha concedido un amplio margen de apreciación estatal, basándose en la inexistencia de un consenso europeo sobre el tema.

Analizando la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia con perspectiva de género, hay que poner de manifiesto que, a diferencia de lo que se estableció con relación al aborto, cuando se trata del consentimiento de ambos progenitores sobre la posibilidad de destruir embriones, el TEDH ha considerado igual de atendibles la decisión del varón y la de la mujer (caso *Evans c. Reino Unido*, ya citado).

La gestación subrogada. La denominada «gestación subrogada» es mucho más que una técnica de reproducción asistida. Plantea varios dilemas éticos y sociales pues implica, no sólo a los sujetos que desean ser padres/madres y a los menores, sino también a una tercera persona, la mujer que gesta, cuyos derechos y situación de vulnerabilidad no siempre son tenidos en cuenta en las regulaciones y sentencias sobre la materia. El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre la situación de un menor nacido por este medio en un país distinto a aquél en el que los padres comitentes (los que contratan con la mujer gestante) desean inscribir la filiación.

En el caso *Mennesson y Labasse contra Francia*, de 26 de junio de 2014, el TEDH entendió que la negativa de las autoridades internas francesas a inscribir en el Registro correspondiente la resolución extranjera que fijaba el vínculo entre los padres comitentes y el menor nacido por gestación subrogada en Estados Unidos vulneraba el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH.

Sin embargo, en el posterior caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 24 de enero de 2017 (Gran Sala), la decisión fue distinta. En este caso las autoridades italianas retiraron la custodia de un menor nacido por gestación subrogada en Rusia (tras seis meses de convivencia familiar). En Italia está prohibida la gestación subrogada y el Estado italiano tomó esa decisión controvertida como medida para hacer cumplir las leyes internas y «prevenir el desorden». El Tribunal entendió que no se había violado el art. 8 CEDH pues, ante la ausencia de consenso europeo sobre la materia, había que reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados. En la argumentación se tuvo en cuenta que no existía vínculo genético entre los padres comitentes y el menor, pero no se tuvo en cuenta el vínculo biológico entre el menor y la madre gestante. Si se hubiese juzgado el caso con perspectiva de género, hubiera sido preciso considerar también la situación y los derechos de esta mujer. Hubo varios Votos Particulares concurrentes y discrepantes. En uno de ellos se afirmaba que la decisión había vulnerado el art. 8 CEDH y en otro que la gestación subrogada es incompatible con la dignidad humana tanto del niño como de la madre gestante.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Después de este análisis de algunas de las principales sentencias del TEDH en materia de igualdad de género y de derechos humanos con perspectiva de género, podemos obtener algunas conclusiones.

⁴⁶ *Idem.*, pp. 174-181.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia sobre la igualdad, hay que destacar que, a pesar de algún precedente anterior, sólo a partir de 2000 se ha generalizado el reconocimiento de la existencia de discriminaciones por razón de género y, por tanto, de vulneraciones del art. 14 CEDH. En su mayor parte, se ha tratado de discriminaciones directas, es decir, aquéllas contenidas expresamente en la norma o medida analizada. En algunos casos, se trataba de normas que perjudicaban a las mujeres, por ejemplo, en el acceso al empleo y a prestaciones y beneficios sociales o en el orden de los apellidos. Pero, en otros casos, se trataba de normas que trataban de proteger a las mujeres y, en estos casos, los recurrentes eran varones. Así ha sucedido en materias como pensiones de viudedad, permisos de paternidad, obligaciones cívicas o condenas penales. El TEDH, en la mayor parte de estas sentencias, ha ido haciéndose eco de la visión actual de la sociedad europea sobre el nuevo papel que juegan hombres y mujeres en el acceso al empleo remunerado y en los cuidados de hijos e hijas. Los nuevos roles son más igualitarios y contradicen los estereotipos clásicos de las sociedades patriarcales.

Sin embargo, falta aún una doctrina clara sobre las normas que protegen la maternidad, algo exigido por los tratados internacionales sobre igualdad de género, como la CEDAW. También se echa en falta un mayor reconocimiento por parte del TEDH de discriminaciones indirectas por razón de género. En cuanto a la jurisprudencia sobre medidas de acción positiva, la doctrina ha puesto de manifiesto que los pronunciamientos del Tribunal no son muy claros y no distinguen adecuadamente entre las auténticas acciones afirmativas, que favorecen la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, y las normas falsamente protectoras de las mujeres, que consolidan su papel tradicional relegado al ámbito doméstico.

En el análisis de las sentencias del TEDH que han versado sobre los derechos de las mujeres, podemos concluir que sólo algunas de ellas han realizado un análisis con perspectiva de género. Ello supone tener en cuenta los estereotipos vigentes en la sociedad patriarcal sobre los roles asignados a mujeres y hombres. Supone también el reconocimiento de la situación histórica de subordinación de las mujeres y la evaluación de si las medidas controvertidas tienden o no a la igualdad real. En la jurisprudencia sobre violencia de género, es destacable el caso *Opuz contra Turquía*, de 2009, en el que se consideraron vulnerados los arts. 2 y 3 en combinación con el art. 14 CEDH. Esta decisión implica el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres es el resultado de una situación social de discriminación, es el último baluarte de la desigualdad. Y trae como consecuencia el establecimiento de obligaciones positivas del Estado en la consecución de la igualdad y en la prevención de aquella lacra.

La jurisprudencia del TEDH sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual ha conocido avances, como la consideración de este fenómeno como una vulneración del art. 4 CEDH. Pero falta aún un análisis con perspectiva de género, que evalúe la situación de las víctimas y la consideración de esta forma de esclavitud como un trato inhumano y degradante contrario al Convenio. En este sentido parece avanzar el reciente caso *V.C. contra Italia*, de 2018.

Los derechos sexuales y reproductivos constituyen una materia en la que la perspectiva de género debía ser insoslayable, dado el papel fundamental de las mujeres en la reproducción. La jurisprudencia del TEDH sobre estos derechos presenta contradicciones y puntos oscuros y no siempre se aplica la perspectiva de género, a pesar de algunos pequeños avances.

TITLE: Main jurisprudential milestones of the ECHR in matters of gender equality

ABSTRACT: The paper analyzes some of the main judgments of the ECHR on gender equality and human rights with a gender perspective. Since 2000, the Court has issued several judgments recognizing the existence of direct discrimination based on gender. In these judgments, it was echoing the new trend of European society to the equitable distribution of work and family responsibilities between women and men. However, the Court has not argued to the same extent in terms of indirect discrimination or positive action measures. Likewise, in some rulings on women's rights (especially in matters of gender-based violence and sexual and reproductive rights), the ECHR has applied the gender perspective, but has done so in a still insufficient way.

RESUMEN: En el trabajo se realiza un análisis de algunas de las principales sentencias del TEDH en materia de igualdad de género y de derechos humanos con perspectiva de género. Desde 2000, el Tribunal ha dictado varias sentencias que reconocen la existencia de discriminaciones directas por razón de género. En estas sentencias, se ha hecho eco de la nueva tendencia de la sociedad europea a la distribución equitativa de las responsabilidades laborales y familiares entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Tribunal no ha argumentado en la misma medida en términos de discriminaciones indirectas o de medidas de acción positiva. Asimismo, en algunas sentencias sobre derechos de las mujeres (en especial, en materia de violencia de género y de derechos sexuales y reproductivos), el TEDH ha aplicado la perspectiva de género, pero lo ha hecho de forma todavía muy insuficiente.

KEY WORDS: Gender equality, gender mainstreaming, European Court of Human Rights, gender violence, sexual and reproductive rights.

PALABRAS CLAVE: Igualdad de género, perspectiva de género, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, violencia de género, derechos sexuales y reproductivos.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EJECUTAR EN ESPAÑA LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO

I. Introducción. II. CEDH y TEDH. Las nuevas formas de la constitucionalidad.
III. Obligatoriedad, ejecutividad y eficacia de las SSTEDH. IV. Ejecutar en España
las sentencias del TEDH.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento dogmático de la ejecución de las sentencias del TEDH puede, idealmente, llevarse a cabo desde dos paradigmas: en primer lugar, cabe emprenderlo desde el punto de vista del derecho interno, esto es, reparando primordialmente en los problemas que concurren para dar cumplimiento, en este caso en el Reino de España, de una sentencia condenatoria. Desde esta perspectiva, los problemas de la ejecución de las sentencias del TEDH resultan ser sobre todo de índole procesal (o procesal-constitucional) y las páginas por redactar deberían llevarnos a reconstruir toda la secuencia hasta que en 2015 se aprueba el mecanismo previsto en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para pasar a continuación a evaluar el nuevo sistema. Este es el paradigma que podríamos llamar clásico, en tanto que parte de la existencia de dos planos netamente diferenciados, el internacional y el interno, de naturaleza y posición desiguales, lo que aboca a una solución dada en el caso de que los conflictos se desaten¹.

* Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO). Quiero agradecer, en especial, a M. Azpitarte Sánchez y a J.F. Sánchez Barrilao, su disposición para discutir sobre las cuestiones que les he ido puntualmente trasladando. En los aciertos alcanzados tienen todas las responsabilidades. Las flaquezas son enteramente mías. Lamentablemente, el *common sense* al que siempre intento conducirme el Letrado de la Junta de Andalucía, T. Requena López, no llega a hacerme suficiente mella.

1 Esta posición puede verse tras el análisis de C. RUIZ MIGUEL, «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», en M. PÉREZ MANZANO, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 377-408.

Sin embargo, la óptica que he preferido para estas páginas no es ésta sino la de trabajar este ámbito tras haber intentado configurar dogmáticamente y perfilar los diversos aspectos implicados en la ejecución de las sentencias del TEDH; esto es, tras considerar la ejecución como un aspecto parcial que debe ser contemplado en el contexto del completo sistema (normativo y jurisprudencial) de afirmación y garantía de derechos que se emprende en el Consejo de Europa².

Tras esta opción late una convicción que muy sucintamente cabe expresar de la siguiente manera: la realidad constitucional actual —toda, pero en especial la relativa a la de los derechos— no puede ser abarcada sino considerando los contextos nacionales (incluso los constitucionales) como aspectos parciales de procesos de constitucionalización en curso³. Indiscutiblemente el constitucionalismo global está apenas esbozado⁴, pero no es el caso del constitucionalismo en el marco regional europeo, cuyos principales instrumentos normativos y jurisprudenciales deben entenderse como parámetro privilegiado, no solo de comprensión, sino también de definición de las respuestas constitucionales internas. En definitiva, no considero muy acertada la contemplación de las Sentencias del TEDH y su necesaria ejecución como un elemento extraño que nuestro ordenamiento constitucional debe acusar dado que hemos de cumplir con nuestras obligaciones con la comunidad internacional⁵. Hay, por el contrario, que partir de que nos hemos comprometido, sancionándolo en nuestra Constitución⁶, con una parte de la comunidad internacional en un proceso de garantía de derechos, y de que un proceso de garantía acaba inexorablemente dando lugar a un proceso de afirmación y definición de los mismos. De aquí resulta la indiscutible naturaleza constitucional del CEDH y de su Tribunal, lo que exige articular la respuesta interna en coherencia. Ello no implica, obviamente, que no se puedan deducir conflictos tal

2 Que como intentaremos plantear son aspectos solo concebibles en el seno de una teoría general sobre la obligatoriedad de sus resoluciones.

3 Procesos que estimo, de un lado, obligados, por coherencia con los que los presupuestos materiales del constitucionalismo suponen (cfr. la conexión con las palabras de R. RORTY, «La manera correcta de entender el lema <Tenemos obligaciones para con los seres humanos simplemente como tales> es interpretándolo como un medio para exhortarnos a que continuemos intentando ampliar nuestro sentimiento de <nosotros> tanto como podamos. Este lema nos incita a continuar extrapolando en la dirección a la que llevaron determinados acontecimientos del pasado: la inclusión entre <nosotros> de la familia de la caverna de al lado, después de la de la tribu del otro lado del río, después, la de la confederación de tribus del otro lado de la montaña, más tarde la de los infieles del otro lado del mar (y, acaso, al final de todo, la de los servidores que, durante todo ese tiempo, han estado haciendo la parte más sucia del trabajo)», *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 214); y de otro, necesarios, en cuanto que su clausura en las fronteras estatales representará el fracaso en un entorno globalizado con actores cada vez más pujantes. En este sentido creo que se puede acoger el concepto de constitución-red (cfr. el esclarecedor trabajo de R. BUSTOS GISBERT, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, IVAP, Oñati, 2005) que va sumando nodos.

4 A. PETERS, «The Merits of Global Constitutionalism» disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.es/&httpsredir=1&article=1396&context=ijgls>

5 Esta perspectiva es la que puede comprobarse en ciertas manifestaciones de la opinión pública cuando la sentencia condenatoria remueve ciertas sensibilidades (Caso *Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013). Una muestra indicativa de las reacciones se puede encontrar en http://www.lne.es/noticias-hoy/reacciones_parot.html

6 Muy atinadas son las palabras de Requejo «Como norma del Derecho internacional integrada en el Ordenamiento interno, el Convenio Europeo de 1950 forma parte del Derecho español con el mismo título que cualesquiera de las normas elaboradas a través de los cauces de producción normativa directamente establecidos y regulados por la Constitución. Atribuir efectos jurídicos a las resoluciones emanadas de los órganos establecidos por tal Convenio no es, pues, resultado de una imposición ajena a nuestro Ordenamiento, ni es preciso explicar dicha atribución en términos de concesión o, si se quiere, de condescendencia». Cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales: (a propósito de la STC 245/91 «Caso Bultó»», *REDC*, n.º 35, 1992, p. 182.

y como ocurre con el reconocimiento de derechos estatutarios⁷ sino tan solo que en su resolución la norma suprema —que en 1978 lo fue de forma exclusiva y excluyente (sin Estatutos que integraran el bloque de la constitucionalidad; sin organización supranacional que ejerciera competencias derivadas de la Constitución; sin Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸)— debe asumir que la respuesta constitucional ya no está solo en la Constitución formal⁹. Esta es la perspectiva del Derecho constitucional europeo¹⁰.

II. CEDH Y TEDH. LAS NUEVAS FORMAS DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. CEDH y TEDH. Materia y forma constitucional

La perspectiva metodológica del Derecho constitucional europeo parte de los inexorables cambios que se han producido en los modelos jurídico-políticos en los Estados que en el contexto europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial emprendieron el inaudito camino de despojarse de ámbitos tradicionalmente tenidos por soberanos. En estos, y tras su periplo, la Constitución ya no es no es reconocible bajo la forma de instrumento normativo preciso y excluyente que es aprobado en su seno por el llamado poder constituyente como expresión de una soberanía inalienable¹¹. La desconexión entre Constitución y estatalidad es una realidad jurídica indiscutible fácilmente comprobable cuando ponemos el foco en los descriptores primarios del primer término: derechos fundamentales; sistema de órganos y forma de gobierno; sistema de fuentes; distribución de competencias entre las diferentes entidades territoriales; y jurisdicción constitucional. Ninguno de estos aspectos puede confinarse en un estudio exclusivamente estatal.

Pero ciertamente, la deslocalización estatal de la materia constitucional solo es concebible en el seno del proceso histórico de control del poder y aseguramiento de los derechos de las personas¹², si las estructuras de destino son estructuras constitucionales. Solo es pensable que una comunidad se desposea de soberanía porque ésta se entiende una

7 Sobre la densidad constitucional de esta opción el utilísimo el fecundo debate en el que intervinieron de forma muy destacada . F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ «Sí, pueden: (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *REDC* n.º 79, 2007, págs. 33-46; y L.M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *REDC*, n.º. 81, pp. 63-70

8 Recordemos que su instrumento de ratificación data del 26 de septiembre de 1979.

9 P. CRUZ VILLALÓN, «El espacio constitucional europeo» en *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

10 P. HABERLE, «Derecho Constitucional Común Europeo», *Revista de Estudios Políticos*, 1993, n.º 79. Cfr. tb. A. BARRERO ORTEGA, «La metamorfosis del Título I a causa del Derecho constitucional europeo», en F. REVI-RIEGO PICÓN (coord.) *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2013; y E. GUILLÉN LÓPEZ, «Metodología del Derecho constitucional europeo. Un Derecho constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º. 12, 2009, pp. 151-170

11 Sobre la reelaboración del concepto de Constitución Resulta Ser Una Aproximación Sintética Pero Extraordinariamente Aguda La De F. RUBIO LLORENTE en «El constitucionalismo contemporáneo» (*REDC*, n.º 105) en la que recensiona críticamente los trabajos de Petra Dobner y Martin Laughin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism* (Oxford University Press, 2010), y Alexander SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution* (Oxford University Press, 2014).

12 Siempre el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

noción caduca para el progreso jurídico, económico y social del Pueblo que constituye su dimensión constitutiva; para la mejora de sus índices de libertad e igualdad. Dicho muy llanamente: la soberanía estatal puede ser contingente; los principios constitucionales, no. El constitucionalismo ha de trascender, entonces, de la constitución nacional. Podríamos perder —y de hecho los hemos perdido— algunos de los atributos que tradicionalmente han definido al Estado, pero una paralela carencia de las esencias de lo que el constitucionalismo ha venido proponiendo desde su origen supondría mucho más que un retroceso histórico.

En Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, se inició un proceso orientado a esta trascendencia. De una forma cautelosa, evolutiva, se arbitraron instrumentos para que derechos y economía (razón e interés, podríamos decir, si se nos permite la parafrasis del texto de Hirschmann¹³), entre sí, y entre las primigenias realidades estatales, se fueran progresivamente hibridando. Las estructuras creadas a tal fin fueron el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas, que surgen así como estructuras nacidas para «devenir», no concluidas; nacen como proyectos para lograr una Unión más estrecha entre los Estados Miembros (Preámbulo del CEDH)¹⁴. Su ambición fue colmándose merced a una ayuda inestimable, que suponía su separación definitiva de cuantos intentos les habían precedido. Nos referimos al derecho. Consejo de Europa y Comunidades Europeas, cada una con sus singularidades, no se quedaron en una mera propuesta política o sedicentemente jurídica. Se dotaron de textos realmente normativos, el CEDH y los Tratados constitutivos, respectivamente, que admitían lecturas rotundamente afirmadoras de su eficacia. La realidad debía ajustarse a una nueva norma; unas nuevas normas alumbraban una realidad diferente. No se trataba, pues, de establecer unas pautas orientadoras a las que los poderes de los Estados miembros hubieran buenamente de aproximarse. Por el contrario, se perseguía impedir que una norma estatal no desplegara efectos cuando fuera contradictoria con el parámetro que CEDH y Tratados constitutivos representaban. Y esta es la funcionalidad del TEDH y del TJUE, como órganos indiscutiblemente jurisdiccionales, que velan por el cumplimiento de los textos¹⁵ en los que se han concentrado los márgenes en los que puede actuar el Estado. Los Estados miembros del Consejo de Europa no pueden establecer la pena de muerte¹⁶. Los miembros de la UE ven impedido el socialismo de estado. Los Tribunales, la lógica jurisdiccional, presta un servicio a esta causa que ha permitido caracterizar en torno a ella todo un estadio evolutivo del nuevo constitucionalismo¹⁷.

Nos encontramos, pues, en una nueva era que se inaugura para el derecho en el marco regional europeo; una nueva era con muchos flancos y desafíos a los que en esta sede no podemos hacer referencia. Seguramente el principal sea el que, desde el punto

13 A. O. HIRSCHMAN, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos en favor del capitalismo previos a su triunfo*. Capitán Swing, 2014.

14 La importancia del Preámbulo está bien ponderada en J. GARCÍA ROCA, «El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo» en J. GARCÍA ROCA, P. SANTOALLA (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 21 y ss.

15 Realmente van mucho más allá de su cumplimiento. Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 7, 2007.

16 Tras su abolición absoluta en el Protocolo n.º 13

17 Cfr. J. L. WEILER, «Viaje a lo desconocido: pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política», en *Europa, fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995.

de vista político quiere hacer jurídicamente posible el sueño nostálgico de la soberanía estatal¹⁸, la exclusiva consideración constitucional de las normas que ocupan la posición suprema de cada ordenamiento; atribuir el marbete de constitucional solo al Tribunal de Karlsruhe. Por el momento es un sueño político. La teoría y la práctica jurídica ya han acusado rigurosamente los cambios producidos, por la acción fundamentalmente de la UE.

Pero seguramente hay que insistir todavía más en lo que suponen el CEDH y el TEDH, que se separan de la realidad de la Unión, a mi juicio, por dos hechos fundamentales: el primero por la naturaleza de su objeto. Los derechos fundamentales son, de un lado, normas jurídicas definitorias de un determinado modelo individual y social de convivencia¹⁹; y de otro, normas que aspiran a tener eficacia directa²⁰. De acuerdo con el primero cualquier intervención «foránea» en los derechos que dé un contenido que diverja respecto del que la comunidad política nacional entiende como más ajustado a sus peculiaridades estará en el disparadero. Para quienes la critican, un buen argumento será seguir encastillando la doctrina del tribunal que nos condene en la categoría de «internacional».

Por otro lado, la definición de los derechos fundamentales lleva al concepto de eficacia directa, tanto más cuanto que se trata de derechos y libertades clásicos. En este sentido un texto sobre derechos no requiere un ordenamiento sobre derechos; exige, primordialmente, ontológicamente, que el ordenamiento no vulnere los derechos²¹. Sin embargo, un texto que establezca libertades de alcance económico necesita de un conjunto normativo de desarrollo que se imponga en el momento aplicativo sobre el derecho de los Estados miembros. Desde este punto de vista la UE ha podido afirmarse en toda su contundencia en la categoría de la aplicabilidad y no en la de validez²². No ha podido hacerse tal cosa en el ámbito del Consejo de Europa.

El segundo aspecto que ha de ser tenido en cuenta para cualificar la posición del CEDH y del TEDH respecto de la compacta realidad que constituye la Unión es la desigual posición jurídica de los Estados miembros del Consejo de Europa. Resulta de extraordinaria importancia resaltar que mientras algunos son también miembros de la UE, otros no. Para los primeros, el proceso de interiorización constitucional de la UE viene a suponer un indiscutible proceso de constitucionalización del CEDH y del TEDH (vía art. 6 TUE, de la entera CDFUE y, específicamente, del art. 52)²³. En cambio, todavía los segundos pueden

18 Un sueño en sentido contrario es el que pretende hacer constituir un nuevo soberano a escala continental, «lo que supone sobreponerse a su obsesión por el límite y administrarla en beneficio de un crecimiento ordenado y sostenible en términos de garantía de la libertad individual». Cfr. J.L. REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK Ediciones, Oviedo, 2016. La cita es de la página 265.

19 También lo hace la economía, y seguramente de manera más profunda, pero su intervención es más silente 20 Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999. P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 25, 1989, págs. 35-62.

21 Sobre todo cuando los derechos son de raigambre liberal clásica.

22 Un papel muy definitorio tiene este argumento en la obra de REQUEJO. Cfr. *El sueño constitucional*, op.cit. (esp. pp. 136 y ss) Una condensación es la frase de la página 137: «La validez aboca indefectiblemente a la incomunicación entre ordenamientos».

23 «Legal scholars have for long now spoken of the Convention as a «constitutional instrument of European public order». In examining individual petitions after all domestic remedies are exhausted, a domain customarily reserved to constitutional law, the ECHR resembles less an international tribunal and more a court of final appeal. Over the past couple of years, the Court's initiative in ordering states to undertake structural

poner una soberanía de la que los primeros carecen como justificación para incumplir con obligaciones, que para ellos son indiscutible y meramente internacionales²⁴.

Es por ello por lo que las páginas que siguen se refieran al CEDH y al TEDH tal y como han de ser concebidos en el seno de la comunidad de Estados Miembros de la UE a la que España pertenece.

Como cabe predecir de lo anterior, a mi juicio no deben haber muchas dudas de la naturaleza constitucional tanto del Convenio como del Tribunal. Son respectivamente, un texto normativo y un órgano jurisdiccional, que comparten algunas de las notas definitivas propias de lo que la constitucionalidad significa a estas alturas del siglo XXI²⁵. Así, enuncian auténticos y efectivos límites a los poderes estatales²⁶; reconocen unos derechos vinculados directamente a la dignidad humana²⁷; preservan la democracia²⁸; el Estado de derecho; sin dejar de llevar a los derechos y libertades que reconocen a un ámbito que excede con mucho el que habitualmente se le atribuye como propio²⁹.

measures in order to redress the systemic causes of human rights infringements (the so called «pilot» judgements) has been seen to strengthen its law-making and constitutional propensities. Further reinforcing its European quasi-constitutional qualities is the fact that the Convention system has in practice become slowly incorporated into and intricately fused with the legal and governance structures of the EU». Cfr. D. ANAGNOSTOU, «Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights' judgments» en D. ANAGNOSTOU (ed.), *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg's Judgements on Domestic Policy*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2014, p. 5.

24 El caso de Rusia es uno de los más notorios. Obsérvese si no la siguiente declaración del Tribunal constitucional ruso según se recoge con mucha preocupación en *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Rapporteur Pierre-Yves Le Borgn)*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2017. (p. 34): «Le 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe a publié une déclaration précisant que « la participation de la Fédération de Russie à un traité international ne signifie pas son renoncement à la souveraineté nationale. Ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni les positions judiciaires adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme sur son fondement ne peuvent annuler la primauté de la Constitution. Leur mise en œuvre concrète dans l'ordre juridique russe est soumise exclusivement à la reconnaissance de la suprématie du caractère juridiquement contraignant de la Constitution »⁹⁰. Par la suite, un amendement à la loi constitutionnelle fédérale a été adopté par la Douma d'État le 4 décembre 2015 et approuvé par le Conseil de la Fédération le 9 décembre 2015⁹¹; selon ce texte, la Cour constitutionnelle est habilitée à déclarer « non exécutoires » les décisions de juridictions internationales (dont la Cour européenne des droits de l'homme) au motif de leur incompatibilité avec les « fondements de l'ordre constitutionnel de la Fédération de Russie » et « avec le régime des droits de l'homme instauré par la Constitution de la Fédération de Russie ».

25 Resulta ser un análisis muy sugestivo el que a la altura de 2001-2002 pergeña P. CRUZ VILLALÓN y que con el título «La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo» está actualmente incluido en *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, op. cit. En particular, conviene resaltar la vigencia que sigue otorgando a la constitucionalidad «como estado o forma de ser de la comunidad política» (p. 39). En el presente trabajo se toman nota de las transformaciones que tanto operadores jurídicos como ciudadanos han experimentado recientemente lo que nos lleva a mantener que dicha característica forma parte de una constitucionalidad de máximos, pero no de toda la constitucionalidad.

26 A la espera de que consigan hacerlo también con la Unión cuando se alcance la prometida adhesión ex art. 6.2 TUE.

27 Sobre el lugar de la dignidad humana en el CEDH pese a su mínima presencia literal (solo se encuentra mencionada en el Protocolo n.º 13) cfr. A. ELVIRA PERALES, «La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en R. CHUECA (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, 2015, pp. 197-233.

28 Fundamentalmente al garantizar el libre juego político a través de derechos como los de participación política. Es de interés recordar como desde los primeros textos inspiradores una de las ideas era preservar la capacidad de la oposición política para convertirse en alternativa de gobierno.

29 Cfr. por ejemplo, la conexión entre el medio ambiente y la intimidad domiciliaria al plantear de la manera en que lo hace la contaminación acústica o por ruidos. Cfr. *Mathews c. Reino Unido* de 18 de febrero de 1999.

Es en este sentido que han de interpretarse pronunciamientos como el del TEDH en el caso *Loizidou contra Turquía* de 23 de marzo de 1995 cuando señala en su párrafo 75 que el Convenio es el «instrumento constitucional del orden público europeo»³⁰. A partir de esta concluyente observación habría que señalar con Greer y Wildhaber que aquellos que niegan tal sustancia tendrían que concluir que el TEDH no ha asumido correctamente la naturaleza del texto que protege³¹.

En nuestra opinión, sin embargo, el TEDH ha comprendido muy bien (seguramente demasiado bien para algunos) las detonación jurídica que ha supuesto en el marco regional europeo un texto llamado, no a declarar derechos, sino a garantizar derechos³². El CEDH es el punto inicial de una narrativa del constitucionalismo cifrada en la

También y muy señaladamente las condenas al Reino de España en *López Ostra* (STEDH de 9 de diciembre de 1994) y *Moreno Gómez* (STEDH de 16 de noviembre de 2004)

30 Reiterado, por ejemplo en la Sentencia *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* de 17 de julio de 2011. Cfr. Más allá aún van ciertos pronunciamientos como los del Juez Pinto de Albuquerque en el Voto particular concurrente (al que se unen los jueces Hajiyev, Pejchal y Dedov) dictado con ocasión de la sentencia *Dulimi y Montana Management Inc. C. Suiza* de 21 de junio de 2016:

«59. Le Conseil de l'Europe est un ordre juridique autonome fondé sur des accords et sur une action commune dans le domaine économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif ainsi que dans la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 1, paragraphe b, du Statut du Conseil de l'Europe de 1949). Avec plus de 217 traités, l'ordre juridique de cette organisation internationale a à son sommet un traité international, la Convention européenne des droits de l'homme qui a un effet direct et supra-constitutionnel sur les ordres juridiques nationaux des États membres du Conseil de l'Europe[112]. Étant plus qu'un simple accord multilatéral sur des obligations réciproques d'États parties, la Convention crée des obligations pour les États parties envers toutes les personnes et entités privées relevant de leur juridiction. Avec son rôle de vecteur de transformation proclamé avec emphase dans le préambule qui lui donne vocation à construire une union plus étroite des États européens et pour développer les droits de l'homme sur une large base paneuropéenne, la Convention n'est ni subordonnée aux règles constitutionnelles nationales, ni aux prétendues règles supérieures du droit international, puisque c'est le droit suprême du continent européen[113]. Dans la hiérarchie de normes interne au Conseil de l'Europe lui-même, le droit des Nations unies équivaut à tout autre accord international et est subordonné à la primauté de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen[114].

60. De là découle la nature de la Cour en tant que Cour constitutionnelle européenne, dont les arrêts ont un effet erga omnes res interpretata qui va au-delà de leur effet inter partes res judicata, ainsi qu'un effet prescriptif puissant qui va bien au-delà de ses effets purement déclaratoires mentionnés fréquemment. Les procédures d'arrêts pilotes et quasi pilotes sont typiquement des instruments de contrôle constitutionnel, qui jouent un rôle central dans le redressement de dysfonctionnements du droit national ou la non-réglementation par le législateur en présence de dysfonctionnements systémiques[115]. Si besoin est, dans le dispositif de ses arrêts, la Cour exerce un pouvoir d'annulation indirect à travers des injonctions faites en vertu de l'article 46 en demandant à l'État défendeur à réviser ses lois, règlements administratifs et pratiques. Même si elle ne l'a pas encore utilisée, la Cour a également la compétence pour exercer une action en violation (article 46 § 4 de la Convention). Finalement, elle a compétence sur sa propre compétence (Kompetenzkompetenz), qui n'exclut pas, en cas de blocage politique de la procédure d'exécution et de l'action en violation au niveau du Comité des ministres, qu'elle accepte de jouer un rôle de supervision concernant l'inexécution ou l'exécution incomplète d'un arrêt de la Cour, même en l'absence d'une telle action en violation. C'est enfoncer une porte ouverte aujourd'hui que de dire que le mécanisme d'exécution essentiellement intergouvernemental a radicalement changé de nature de par le rôle prépondérant que la Cour elle-même joue dans la garantie de l'efficacité du système de protection des droits de l'homme[116]. Le Conseil de l'Europe peut ainsi avancer une forte revendication constitutionnelle». El principal punto de desacuerdo con esta visión es, como veremos, la identificación de la constitucionalidad con la supremacía ordinamental.

31 S. GREER, L. WILDHABER, «Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights», *HRLR* 12 (2012), op. cit., p. 667

32 A. SÁIZ ARNÁIZ, «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los Derechos fundamentales en Europa», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, (Volumen II), CEC, Madrid, 2008, p. 2043.

garantía (esencialmente jurisdiccional³³) supranacional de los derechos. Es un tratado internacional, en una reelaboración permanente dirigida a poner la protección de los derechos en la agenda de todos los Estados miembros; a que las esferas de inmunidad frente al poder de las que han de gozar las personas se revelen, al fin, como una necesidad jurídica³⁴.

La silenciosa revolución emprendida en el seno del Consejo de Europa tiene como uno de sus puntales la transformación cualitativa que ha sufrido el CEDH; efectivamente, según nuestro parecer³⁵, el CEDH ha devenido una suerte de Constitución, reducida a sus elementos básicos: los derechos fundamentales; un texto constitucional que pone límites al poder y asegura ámbitos inmunes que habrán de ser reestablecidos en el caso de que sean quebrados; un texto constitucional, que tiene que justificar que se desentiende de la supremacía porque está desligado de la estatalidad³⁶; que no es producto de un poder constituyente canónico³⁷; y que no puede ser, por definición una síntesis perfecta de la historia de los Estados miembros porque a lo que aspira es a un futuro compartido³⁸.

33 Pero no solo; piénsese en la importantísima doctrina que exige a los estados miembros que en la restricción de los derechos la ley se tenga que atener a los principios de necesidad y proporcionalidad. Eso significa que el CEDH no solo descansa en el aspecto judicial del derecho sino que también condiciona el momento normativo.

34 Creo que cabe atribuir una inequívoca responsabilidad a esta narrativa en el surgimiento de la CDFUE, que desde el principio se advirtió como el producto de una necesidad. Cfr. G. CÁMARA VILLAR, «Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre de 2005.

35 Cfr. también A. SÁIZ ARNÁIZ: «Con todos los matices que han de hacerse al empleo de estos términos podría afirmarse que tenemos tres Constituciones y tres Tribunales Constitucionales interviniendo en un mismo espacio, en un idéntico ámbito material», op. cit., p. 2047.

36 Creo que la DTC 1/2004 puede ser un buen indicativo de la forma en la que hay que entender los conceptos de supremacía y constitución en el marco de procesos de integración supranacional.

37 Como tampoco lo son desde este punto de vista textos constitucionales como el alemán. Los escurridizos perfiles del poder constituyente en este período del Derecho constitucional están trazados entre otros por F. BALAGUER CALLEJÓN, «El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente», en *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 1, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, págs. 99-130; y M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Sobre la utilidad jurídica del concepto del poder constituyente», en M.A. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, y F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 833-859. El aspecto adaptativo y ordenador de la convivencia pro futuro del Convenio puede verse también en la forma en que el TEDH lo considera un «living instrument». Cfr. «That the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions is firmly rooted in the Court's case-law (see, inter alia, the Tyrer v. the United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, para. 31). Such an approach, in the Court's view, is not confined to the substantive provisions of the Convention, but also applies to those provisions, such as Articles 25 and 46 (art. 25, art. 46), which govern the operation of the Convention's enforcement machinery. It follows that these provisions cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago». STEDH, *Loidizou c. Turquía*, de 23 de marzo de 1995, par. 71

38 Puede verse este aspecto en las «dolientes» opiniones de algunos magistrados que siguen conectando en exclusiva la sustancia constitucional al estado nacional en tanto que depositario único de toda la historia sin la que los derechos devienen incomprensibles. Merece la pena traer a colación por su contundencia el inicio del Voto particular concurrente del Juez Bonello en la Sentencia *Lautsi c. Italia* de 18 de marzo de 2011: «1.1 Une cour des droits de l'homme ne saurait se laisser gagner par un Alzheimer historique. Elle n'a pas le droit de faire fi de la continuité culturelle du parcours d'une nation à travers le temps, ni de négliger ce qui au fil des siècles a contribué à modeler et définir le profil d'un peuple. Aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'historique a imprimées à l'identité nationale. Une cour des droits de l'homme a pour rôle de protéger les droits fondamentaux, mais sans jamais perdre de vue ceci : « les coutumes ne sont pas

Desde este punto de vista resulta que la afirmación del TEDH en *Loidizou* no es una mera declaración voluntarista sino diagnóstico certero de la forma en la que el concepto de constitución ha evolucionado³⁹; supone, en la reivindicación de la constitucionalidad de su propuesta, un avance en los principios del constitucionalismo; un reconocimiento pragmático de la fragmentariedad de este instrumento que en modo alguno ha de verse como un intento de descapitalizar (si se me permite la licencia) la posición de la constitución interna. Efectivamente, considerar el CEDH como estructura constitucional no equivale a una desvalorización de la Constitución nacional o a mantener su dilución en espacios jurídicos dominados en exclusiva por los órganos judiciales de creación y aplicación del derecho (el famoso diálogo judicial). La constitución nacional sigue representando el marco de acción para la defensa de los intereses generales (especialmente a través de los procesos electorales), el ámbito en el que se desatan los conflictos y las corrientes ideológicas los traducen en propuestas de transformación concretas⁴⁰. No podemos olvidar que el espacio público continúa siendo el nacional (si bien cabe advertir un importante cambio de tendencia)⁴¹. En la combinación entre principio democrático y Estado de derecho, la constitución nacional es el marco de la comunidad política, el espacio del debate y la legislación completa, y el CEDH el último y eventual polo de definición y garantía jurídica de los derechos fundamentales, fuente de una jurisprudencia que, como creación del derecho, es siempre fragmentaria. De este modo, se recosa de una nueva manera la inquebrantable unidad entre principio democrático y Estado de Derecho. La conformación actual de nuestros sistemas jurídico-políticos lleva a que no puedan escindirse constitución nacional y realidades constitucionales extraestatales como la que representa el TEDH.

Lo que el CEDH representa en el marco jurídico europeo es incomprensible sin reparar en la importancia estructural atribuida desde su inicio —si bien progresivamente acrecentada⁴²— del TEDH. Efectivamente el bloque normativo que es objeto de regulación en el seno del Consejo de Europa tiene dos focos principales: los derechos y el

des caprices qui passent. Elles évoluent avec le temps, se solidifient à travers l'histoire pour former un ciment culturel. Elles deviennent des symboles extrêmement importants qui définissent l'identité des nations, des tribus, des religions, des individus ».

1.2 Une cour européenne ne doit pas être invitée à ruiner des siècles de tradition européenne. Aucun tribunal, et certainement pas cette Cour, ne doit voler aux Italiens une partie de leur personnalité culturelle ».

39 Ciertamente esta constitución parcial no comparte con el modelo de constitución normativa, del que sin duda parte, el ser el mecanismo de definición de los procedimientos de producción del resto de las normas jurídicas. Pero sí creemos que las reglas, las posibilidades y los límites de los procesos políticos y sociales en los Estados se ven muy claramente marcados por lo que el CEDH establece. Sobre la Constitución normativa como fuente del derecho continúan siendo de extraordinario interés las páginas de I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988; y F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.

40 Cfr. E. GUILLÉN LÓPEZ, «Spain. The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: Make a virtue of necessity», en P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING y P. VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 309-342

41 P. HÄBERLE, «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3, 1998, págs. 113-136.

42 Tanto normativamente, cfr. los protocolos n.º 11, 14, 15 y 16 (que ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2018 para los Estados firmantes), como jurisprudencialmente. Sobre lo que suponen los dos últimos protocolos citados (aun no ratificados por España) cfr. L. LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n.º. 49, 2014, págs. 11-29.

ordenamiento específicamente destinado a garantizar los derechos⁴³. La pieza fundamental de éste es el TEDH como institución que «asegura el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos» (art. 19 CEDH); cuya competencia «se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos» (art. 32 CEDH); y que dicta sentencias de obligatorio cumplimiento (art. 46 CEDH), con el objeto de reparar perfectamente la violación del derecho en cuestión (art. 41 CEDH).

Este Tribunal profusamente regulado no puede, volviendo al hilo conductor de este trabajo, recibir una consideración pareja a la que se atribuye a los Comités de vigilancia de otros textos declaratorios de derechos humanos que un Estado pueda convenir con otros sujetos de derecho internacional.

Antes bien, creemos que hay suficientes razones para afirmar sin ambages su naturaleza constitucional⁴⁴. En primer lugar, lo es si, como hemos afirmado, se trata del intérprete supremo de una norma de carácter constitucional. De mantenerse que el CEDH ejerce como fuente constitucional sobre los derechos en el marco regional europeo (específicamente en el marco en el que coinciden los Estados miembros de la UE) es de rigor concluir que el Tribunal de Estrasburgo ha de ser un tribunal en materia constitucional⁴⁵.

De otro lado, el TEDH no solo tiene por objeto la materia constitucional; es que, como no puede ser de otro modo (porque la materia condiciona el razonamiento), discurre y resuelve los conflictos que se le plantean «a la manera constitucional». Y «a la manera constitucional» quiere decir que, como ha ocurrido con los tribunales internos,

43 Podría decirse así que si bien es cierto, como hemos señalado, que un texto sobre derechos no precisa de normativa de desarrollo, sí que la requiere la parte de el mismo destinada a su garantía jurisdiccional. Es así que encontramos un conjunto normativo importante (así como también de *soft law*) de carácter procesal tanto en Convenio como en las Reglas de procedimiento del Tribunal, así como en todo un conjunto de resoluciones de la Asamblea parlamentaria, fundamentalmente, para lograr la eficacia de las sentencias del Tribunal.

44 Entre los autores que destacan con toda claridad este aspecto resalta A. STONE SWEET, «Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 16, Issue 2, Summer 2009, pp. 621-645: «As an empirical matter, in comparison with all currently operating systems of constitutional review, or relative to all those that have operated over the past century, it is clear that the ECJ, the ECtHR, and the AB are among the world's more successful and effective systems of constitutional review. Each court is routinely asked to determine if and how national law and practice conflicts with treaty-derived law and the answers given to these questions are final. These courts routinely find that some national law and acts are contrary to a state's treaty obligations. Their decisions routinely give guidance to states on how law and practice must change, and states routinely comply with these decisions». p. 642. Cfr. también J.-F. FLAUS, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 36, 1998.

45 Ya en 1982 y desde su particular experiencia profesional GARCÍA DE ENTERRÍA señalaba que el TEDH era un Tribunal en materia constitucional. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Derecho constitucional como derecho», *Revista de Derecho político*, núm. 15, 1982, p. 17. Podríamos plantearnos si en realidad es importante o no «el nombre de la cosa» pero creemos que lo es cuando en el nombre van expresadas determinadas cargas de legitimidad. Y es que de la legitimidad atribuida van a depender tanto consecuencias jurídicas (por ejemplo, las que tengan que ver con la capacidad de objetar el cumplimiento de una sentencia) como políticas (en la medida en que se puedan aceptar como propia una sentencia condenatoria o por el contrario se exacerben las reacciones contrarias a la misma por ser una imposición «de fuera»). A. SAIZ señala con toda claridad «El Tribunal de Estrasburgo parece aproximarse mucho más a un tribunal constitucional de cuanto pueda estarlo a otro de carácter internacional». Cfr. «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa», op. cit., p. 2054.

el TEDH no solo se ha ocupado de garantizar propiamente el derecho que se le ha sometido a juicio sino que se ha visto llamado a considerar, más allá de este aspecto subjetivo, el interés general del orden público europeo⁴⁶. Esta es fundamentalmente la lógica más profunda que inspira la práctica de las Sentencias Piloto⁴⁷.

Y no debe soslayarse que en la discusión sobre derechos el llamado test de Estrasburgo forma parte de los esquemas discursivos que los Tribunales constitucionales han acogido. Admitir que la restricción de un derecho solo puede aceptarse cuando esté prevista normativamente, sea necesaria en una sociedad democrática y observe el principio de proporcionalidad en el contexto de un modelo que reconoce un margen de apreciación nacional (equivalente al principio de presunción de la constitucionalidad de la ley en los derechos internos⁴⁸) es muy indicativo de la dinámica obligadamente concurrente en la que se instalan los auténticos tribunales cuando se enfrentan a genuinos derechos.

Ciertamente, posición, materia y método, son solo algunos elementos para caracterizar como constitucional a un tribunal. Y no deben dejarse de lado dos posibles obstáculos de principio para admitir dicha tesis.

El primero viene apuntado desde la óptica de lo que se ha venido llamando el constitucionalismo político (Bellamy⁴⁹). Desde este punto de vista cabría separar el TEDH de los tribunales constitucionales por el hecho de que sus sentencias no se insertan en el

46 Una sanción normativa de este cambio puede encontrarse en el Protocolo 14, que supone la modificación del art. 35 b) CEDH para quedar como sigue: «3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que:

b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional.» Cfr. al respecto, A. QUERALT JIMÉNEZ, «La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del protocolo núm. 14 al CEDH», *Revista española de Derecho Europeo*, 36, 2010, pp. 503-506; G. CANO PALOMAR, «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo Núm. 14 al CEDH», *Revista española de Derecho Europeo*, 42, 2012, pp. 49-73.

47 ABRISKETA URIARTE, explica bien el concepto, surgimiento y la evolución de las sentencias piloto y la gran cantidad de retos que suponen para el sistema europeo (esto es, para los Estados, los sujetos y el propio TEDH). En particular para el Estado porque le obliga a adoptar medidas generales (concretamente, modificaciones normativas) lo que es significativo de que las sentencias del Tribunal dejan de ser enteramente declarativas y lo revisten de una condición constitucional. Así lo expresa: «El procedimiento de las sentencias piloto no es pues solo una fórmula para reducir el número de demandas ante el Tribunal 37. Es aún más. Por su carácter prospectivo, el TEDH utiliza esta técnica con una visión más amplia, la de transformar su función para centrarse en los asuntos de mayor entidad (problemas sistémicos) y servir así de referente último a las autoridades nacionales (indicando las medidas generales), inspirado por la idea de construir un orden público europeo. De esta doble función (atender tanto al problema individual como al problema general) se desprenden consecuencias en lo que afecta a la naturaleza legal de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. A diferencia de las sentencias que no trascienden el caso singular, en las sentencias piloto del Tribunal emerge la «dimensión constitucional de sus funciones», que se analiza más adelante». Cfr. J. ABRISKETA URIARTE, «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LXV/1, 2013, p. 82. Cfr. tb. P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEPHENSON, B. BLITZ, *Responding to Systemic Human Rights Violation. An Analysis of «Pilot Judgements» of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2010.

48 Aprecia tal similitud, muy correctamente a mi juicio, A. SAIZ ARNÁIZ, op. cit., p. 2050. Sobre el margen de apreciación, cfr. F. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

49 R. BELLAMY, «The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights», *The European Journal of International Law* Vol. 25 no. 4, 1019-1042, 2014. Su propuesta teórica está completamente desarrollada en *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia* Marcial Pons, Madrid, 2010.

contexto de una opinión pública que permitan su consideración y crítica. Sin embargo, no creo que tal argumento sea enteramente asumible. Creo que cualquier acepción de constitucionalismo ha de distinguir entre la acción política y la decisión jurisdiccional a los efectos de manifestar y expresar la posición y la voluntad de la ciudadanía. Las sentencias y las acciones normativas no han de ser vigiladas con arreglo a los mismos parámetros. No es, evidentemente, una exención de la decisión judicial del eventual cuestionamiento el que se mantiene, sino la admisión de que los tribunales constitucionales han de preservar bien su dimensión ontológicamente contramayoritaria⁵⁰. La determinación *extra muros* de la verdad judicial resulta ser una garantía constitucional a estos efectos.

Pero a ello hay que añadir que el supuesto del que la crítica parte se cumple en cada vez menor medida. Las SSTEDH tienen cada vez más eco en los procesos de debate nacionales. Es más, son, cuando las condenas recaen sobre los aspectos más sensibles de las comunidades políticas de origen, objeto de discusión colectiva (desgraciadamente a menudo teniendo como trasfondo, no el derecho, sino los intereses nacionales en la acepción —claro— que el interprete quiera darle)⁵¹. Por lo tanto, si fuera un requisito la recepción crítica de una sentencia para afirmar la constitucionalidad del tribunal que la dicte entendemos que no tendríamos razón para negarla.

En segundo lugar, se mantiene que el TEDH está lejos de ser constitucional sobre la base de la diferencia cualitativa que media entre las sentencias de la jurisdicción constitucional y las del Tribunal de Estrasburgo⁵². En este sentido se insiste en que el TEDH no puede declarar la invalidez de una ley⁵³ y, en cualquier caso, en que sus sentencias requieren para su ejecución de la actuación de los Estados. Sin embargo, creo que

50 Cfr. la supresión del recurso previo por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. Me parecen muy significativos los siguientes párrafos de su Exposición de Motivos: «La experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y meta-constitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley.

El Estado configurado en la Constitución se fundamenta en un inmediato equilibrio de poderes que se caracterizan por la demarcación estricta del ámbito de actuación política y jurídica de cada uno de éstos, sin interferencias que desequilibren su relación armónica. Pero la configuración del recurso previo de inconstitucionalidad puede suponer una grave fisura en este equilibrado sistema de relaciones con incidencia negativa del Poder Legislativo y del Tribunal Constitucional».

51 De esto podemos dar cuenta en España, por ejemplo, con ocasión de las sentencias condenatorias *Del Río Prada* de 21 de octubre de 2013; *Stern Taulat y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018; y *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal* de 13 de febrero de 2018. Merece la pena releer algunos editoriales y artículos de opinión de ciertos medios que representan a una corriente de opinión (y que incluyen sin consideración alguna ataques a los magistrados españoles que integran el TEDH). Cfr., por ejemplo, http://www.abc.es/opinion/abci-injusticia-europea-201802140025_noticia.html; o http://www.abc.es/opinion/abci-quemados-foto-201803161621_noticia.html

52 Se plantea la cuestión desde este punto de vista J. GARCÍA ROCA en «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, p. 212.

53 La carencia de esta competencia de revisión abstracta es a juicio de algunos autores un elemento determinante para negar que el TEDH sea un tribunal constitucional. Cfr. J. CHRISTOFFERSEN «Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?», en Jonas Christoffersen y Mikael Rask Madsen *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2011, p. 202. No obstante, para completar el razonamiento cabría añadir que el TEDH puede en una demanda individual estimar que es una ley o incluso una constitución estatal (cfr. STEDH *Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina* de 22 de diciembre de 2009) la que ha causado la lesión del derecho, lo que supone exigir su reforma.

tampoco son argumentos enteramente concluyentes. En primer lugar, porque los jueces de la constitucionalidad tampoco son ya siempre capaces de determinar las validez o la invalidez de las fuentes que forman parte del ordenamiento interno. Ya hemos resaltado como una de las muestras del cambio de ciclo jurídico la nueva relevancia adquirida por la aplicabilidad y la correlativa inadecuación del concepto de validez⁵⁴. La conformación actual del pluralismo jurídico hace que este concepto estricto de jurisdicción constitucional ya no sea muy operativo⁵⁵ debiendo decantarse por uno más amplio que integre en la categoría a los órganos plenamente jurisdiccionales que velan por la observancia de un texto en materia constitucional con argumentos que compartan estos presupuestos. La clave está, por tanto, ahora en ver si el TEDH vela jurídica, firmemente, por la CEDH con la dosis de compulsión efectiva que ha de predicarse. Y a nuestro juicio, y como veremos en el epígrafe tercero creo que hay sobradas razones para concluir que el TEDH no se limita a declarar la violación de un derecho de la CEDH sino que toda su evolución puede verse como un proceso ininterrumpido encaminado al cumplimiento de su doctrina.

Así las cosas, podríamos concluir, en nuestra opinión⁵⁶, considerando al TEDH como un tribunal constitucional por su posición, por la materia sobre la que opera, por el razonamiento que sigue y por los efectos de sus sentencias⁵⁷; un tribunal de un orden

54 REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, op. cit.

55 Conceptos estrictos y amplios de jurisdicción constitucional respecto al TEDH se tratan adecuadamente en GREER y WILDHABER, Op. cit., pp. 670 y ss.

56 Del mismo parecer son GREER y WILDHABER, «Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights» (op. cit.) que enuncian cinco caracteres constitucionales del Convenio y del Tribunal. Primera: el propio Tribunal así lo establece; segunda: la discusión judicial sobre derechos fundamentales es una materia constitucional en los niveles estatales lo que hace difícil que no comparta esta cualidad cuando la discusión tiene lugar en Estrasburgo (este es quizás un argumento no muy concluyente en la medida en que no basta con que se discuta sobre derechos sino que esta discusión ha de producirse en un contexto jurisdiccional claro; por ejemplo, la discusión sobre derechos en el seno del Comité de Derechos Humanos de la ONU no basta para convertir al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos en un instrumento constitucional); tercera: en numerosos estados el CEDH ha sido en alguna medida constitucionalizado lo que no resulta comprensible si esta cualidad constitucional no hubiera ya sido reconocida previamente en el nivel transnacional (la tesis que subyace podrá ser la siguiente: lo que se constitucionaliza es porque ya es materialmente constitucional...); cuarta: el TEDH decide sobre las mismas cuestiones que los Tribunales constitucionales nacionales y utiliza principios y razonamientos similares; la quinta y final característica que hace del CEDH un instrumento constitucional se refiere a que se inserta dentro de un proceso en marcha de constitucionalización general del sistema de Derechos humanos y del derecho internacional (op. cit., pp. 667-670)

57 De otro lado, y es una cuestión que solo se apunta en esta sede, el reconocimiento de la posición constitucional a un Tribunal conlleva una serie de implicaciones y consecuencias: En primer lugar, exige que se reconozca su posición como institución contramayoritaria (Cfr. M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Civitas, Madrid, 2005), lo que significa, en este caso, que es una institución contraestatal, no en el sentido, obviamente, de que siempre tenga que dictar sentencias condenatorias, pero sí que debe estar presta a hacerlo. En segundo término, debería actuarse sobre dos vectores, el nombramiento de los jueces y el funcionamiento interno, para que pueda encontrarse en un tribunal compuesto por 47 jueces una línea coherente sin la cual no podría hablarse de doctrina constitucional en ningún sentido. Sobre la primera de las cuestiones, cfr. R. BUSTOS GISBERT, «La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide», en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en prensa (agradezco al autor habérmelo facilitado); y sobre la segunda A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, p. 38. En tercer lugar, exige un cambio de percepción del significado de la sentencia. Esto es, hay que plantearse la ejecución de las sentencias del TEDH como nos planteamos la ejecución de las Sentencias del Tribunal constitucional, cuestión que no está vinculada al hecho de que las sentencias sean a veces más afortunadas y a veces menos. Y, por último procedería, atribuirle sin más efectos

constitucional europeo destinado a la salvaguardia última de los derechos fundamentales. Parafraseando la frase célebre de Robert H. Jackson en el caso *Brown v Allen* en 1953, el TEDH no es el último porque sea constitucional; es constitucional porque sobre derechos fundamentales puede ser el último (y en él reside la competencia para decidirlo así). Evidentemente hay problemas en lo que concierne a la ejecución de las sentencias de amparo, pero no son sólo específicos del TEDH⁵⁸.

2 La posición de CEDH y TEDH en el constitucionalismo complejo. El principio de subsidiariedad

En el punto anterior hemos afirmado el carácter constitucional del CEDH y del Tribunal que vela por su cumplimiento. Sin embargo, hemos calificado como excesiva la visión del voto particular del juez Pinto do Albuquerque en la Sentencia *Dulimi y Montana Management Inc. c. Suiza*⁵⁹ que, extrayendo conclusiones tradicionales ante un concepto nuevo, se apresta a mantener la supremacía de ambos. Y es que una idea clara a mantener como punto de partida es la necesidad de descartar el principio de supremacía o jerarquía como ordenador de las relaciones entre textos normativos e instituciones que los garantizan en el constitucionalismo complejo actual⁶⁰. Lo han venido a sustituir

erga omnes con las matizaciones que a esta aseveración se hace en las normas constitucionales internas (cfr. por ejemplo el art. 164.1 CE).

Respecto de esta última cuestión, el hecho de que haya dudas en el seno del Tribunal acerca de si está deslizando progresivamente en el sentido de atribuir efectos *erga omnes* a sus sentencias es ya muy significativo. Cfr. el Voto disidente del Juez Zupančič en *Hutten-Czapska c. Polonia* de 19 de junio de 2006: «Avons-nous véritablement élargi la portée de notre compétence au point de pouvoir prononcer désormais des arrêts ayant un effet obligatoire *erga omnes* et non plus seulement à l'égard des seules affaires dont nous avons directement à connaître ? Assumons-nous le rôle d'un législateur négatif pour quarante-six pays ? L'arrêt *Broniowski* représente-t-il réellement un saut qualitatif ?» En otro voto particular a la misma sentencia declara el juez Zagrebelsky: «Naturellement, les arrêts de la Cour ont des conséquences *erga omnes* sur d'autres personnes que le requérant et sur les autres Etats.» En nuestra doctrina, el carácter *erga omnes* de la jurisprudencia de Estrasburgo es defendido por C. MONTESINOS PADILLA, *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico-procesal. El caso español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 176. Es interesante que GREER y WILDHABER mantienen que, entre las virtudes que tendría que el TEDH decidiera entrar a conocer de un número mucho menor de casos caracterizados por su densidad constitucional, estaría la de que podría razonar sobre ellos intensificando esta perspectiva, de manera que los efectos de sus sentencias fueran máximos tanto respecto al Estado condenado como al resto». Cfr. «Revisiting...» op. cit., p. 686.

58 Las sentencias estimatorias de amparo en nuestro modelo constitucional interno presentan también algunos puntos oscuros. Uno no menor y que tiene una conexión interesante con la doctrina del TEDH es el que se refiere a la exclusión de las consecuencias indemnizatorias de la sentencia del TC que determine la concurrencia de la lesión. Ello ha dado lugar a una polémica importante en el seno del propio TC (voto particular de Pérez Tremps al ATC 1/2009) e incluso a la condena del Reino de España por el TEDH en la Sentencia *García Mateos c. España*, de 19 de febrero de 2013.

59 Nota a pie n.º 30.

60 «En una misma materia van a existir dos tribunales con pretensión de actuar como última instancia, sin que pueda hablarse de una relación jerárquica entre ellos, pues ciertamente, la inspiración en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a que se refiere la Carta no implica que el Tribunal de Luxemburgo esté sometido al Convenio Europeo de Derechos Humanos ni a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo». L. LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163-188. La negación de la jerarquía es también uno de los presupuestos de la aproximación pluralista de N. KRISCH, Cfr. «The Open Architecture of European Human Rights Law», *LSE Law, Society and Economy Working Papers 11/2007* London School of Economics and Political Science Law Department. Por otra parte nuestro TC señalado con reiteración: que «el Convenio no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior

principios mucho más versátiles, como la primacía, por ejemplo (como criterio fundamental de resolución de controversias entre el Derecho de la UE y el de los Estados-Miembros)⁶¹, o el de competencia (principio que afecta tanto a las fuentes, que han de moverse en el ámbito previamente delimitado por una fuente de carácter superior, como a los órganos que dictan esas fuentes).

En el análisis del impacto de las sentencias del TEDH es fundamental reparar en uno de esos relativamente nuevos y versátiles principios: concretamente el de subsidiariedad⁶². El principio de subsidiariedad significa que el sistema que se entiende subsidiario solo entra en funcionamiento una vez que el principal ha mostrado su incapacidad para resolver la controversia⁶³. La subsidiariedad parte de una decisión constitucional de fondo a partir de la cual se establece cuál es el sistema principal y cuál aquél al que hay que recurrir en caso de *default* del primero. En la Constitución española (art. 53.2) se establece que la protección ordinaria de los derechos fundamentales queda encomendada al poder judicial, por ser el que dispensa la tutela judicial efectiva, y que al TC le corresponde solo de manera subsidiaria y extraordinaria intervenir zanjando la polémica⁶⁴. La interpretación del órgano de control subsidiario se revela en este caso como imperativa lo

supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas». Cfr. ATC 27/2017 FJ 2. Bien es cierto que el Reino de España al ratificar el Protocolo 14 asume lo que en el Preámbulo de éste se señala: «Considerando, en particular, la necesidad de garantizar que el Tribunal pueda continuar desempeñando su papel *preeminente* en la protección de los derechos humanos en Europa». (Las cursivas son, obviamente, añadidas). Esta preeminencia encaja perfectamente en la tesis de los condicionamientos mutuos propios de la constitución real tal y como es descrita por R. BUSTOS: «las normas constitucionales nacionales no son reformadas o derogadas por las normas constitucionales europeas porque no se encuentran en una relación de superioridad jerárquica. Sin embargo, sí generan *transformaciones* generalizadas respecto a su concreto contenido normativo. Del mismo modo, las normas constitucionales nacionales condicionan el ordenamiento constitucional supraestatal que ha de asumir los contenidos básicos de aquellas, si desea avanzar en su desarrollo como ente constitucional autónomo». Op. cit., p. 182.

61 También mantiene la primacía de la interpretación de la doctrina del TEDH J. GARCÍA MURCIA: «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Actualidad Laboral*, n.º 6, Sección Estudios, Junio 2014, pág. 647, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 2813/2014. Concretamente señala: «Es verdad que ese carácter vinculante de la doctrina del TEDH no cuenta con una afirmación normativa directa y de carácter general, y que no existe en este terreno una proclamación del principio de primacía en términos tan explícitos e intensos como ocurre en el Derecho de la Unión Europea respecto de los sistemas nacionales. Pero la vinculación puede sustentarse sin mayor dificultad en varios pasajes de su principal norma reguladora. En primer término, en la fuerza obligatoria que se atribuye a las sentencias del TEDH, que va acompañada de un deber expreso de acatamiento para las Partes Contratantes (art. 46 CEDH). En segundo término, de los compromisos asumidos por los Estados miembros mediante la firma del CEDH, que impone el reconocimiento de su tabla de derechos y libertades (art. 1 CEDH). En tercer lugar, de los propios fines del Convenio y del Consejo de Europa, que residen en esencia en la creación de un «orden público europeo» en materia de derechos humanos (como cabe deducir del preámbulo del CEDH). Finalmente, del poder jurisdiccional atribuido al TEDH, que le permite conocer de demandas interpuestas contra los actos estatales que se aparten de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH (arts. 33 y 34 CEDH), no sólo tal y como se encuentran formalmente enunciados, sino también tal y como los aclara y concreta el TEDH».

62 J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización» *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2014, pp. 79-82.

63 Artículo 13 CEDH: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Artículo 35.1 CEDH: «Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva».

64 Sobre todo por la forma en la que se ha configurado el amparo, tras la modificación de la LOTC de 2007 (LO 6/2007).

que completa el sentido de la subsidiariedad: el órgano principal lo es, y el órgano subsidiario opera de cierre del sistema. De ninguna jerarquía puede, pues, hablarse.

En el ámbito del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales estamos ante una situación parecida⁶⁵. Aquí el mecanismo principal es el interno y el subsidiario el del CEDH⁶⁶. Ello significa dirigir todos los esfuerzos a que los recursos internos sean los que protejan los derechos reconocidos en el Convenio (sobre la base de un principio constitucional de primer orden expresado en la idea de que los órganos nacionales son los que tienen mejor conocimiento de los problemas que están en la base de la demanda⁶⁷) y a su vez fortalecer que cuando estos recursos fallan la sentencia condenatoria sea ejecutada⁶⁸.

La subsidiariedad es, así, el principio a partir del cual entender el sistema establecido por el CEDH, pero hay que considerarlo en la lógica de la eficacia del Convenio (tal y como la subsidiariedad se establece en la CE para la mejor garantía de los derechos fundamentales) lo que quiere decir que su valoración deberá hacerse una vez comprobado el servicio que preste a la protección y la garantía de los derechos reconocidos en el texto. La subsidiariedad resulta, pues, un criterio funcional para lograr que los derechos sean disfrutados por sus titulares; no una regla hábil para afirmar eventualmente la posición del Estado -parte en el contexto de tensión que puede abrirse con ocasión de una sentencia condenatoria. Esta es la razón por la que ha sido tan críticamente acogida por parte de la doctrina (y por parte del propio TEDH)⁶⁹ la previsión contemplada en el Draft de la reciente Declaración de Copenhague (12 y 13 de abril de 2018) que, tras afirmar la importancia de la subsidiariedad añade por vez primera que los derechos han de ser protegidos de forma prioritaria por las instituciones estatales en el nivel nacional de acuerdo con sus tradiciones constitucionales y a la luz de sus particulares circunstancias

65 Greer y Wildhaber señalan que considerar al TEDH como un TC no implica establecer entre el primero y los supremos intérpretes de la constitución interna unas relaciones antagonistas (de manera tal que el TEDH amenace la independencia de los TCs) sino complementarias, (Cfr. «Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights», op. cit., p. 675.

66 Son incontables las ocasiones en las que los textos del Consejo de Europa invocan la subsidiariedad como clave de bóveda del sistema. Así comienza por ejemplo el «Rapport annuel 2017 de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe» (disponible en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/annualreports&c=fr&n14605554480264262933801_pointer).

67 Idea que se reproduce perfectamente en el concepto de margen de apreciación. De hecho ambas nociones figuran conjuntamente en el Protocolo n.º 15 al CEDH (pendiente de ratificación por España) cuya voluntad es que el artículo 1 del CEDH figure con el siguiente tenor: «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.»

68 Este fue el norte, en efecto, del Informe del Grupo de Sabios, presidido por G.C. Rodríguez Iglesias, que se creó a efectos de «examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del CEDH, incluidos los efectos iniciales del Protocolo núm. 14 y demás decisiones adoptadas en mayo de 2004». Cfr. G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del Convenio europeo de Derechos Humanos? Las propuestas del grupo de sabios», *Revista española de Derecho Europeo*, n.º 22, 2007, pp. 177-185.

69 https://www.echr.coe.int/Documents/Opinion_draft_Declaration_Copenhague%20ENG.pdf. Concretamente señala: «However, the Court has concerns in particular in relation to the wording of paragraph 14 of the draft declaration. It considers that the references in this context to «constitutional traditions», and even more so to «national circumstances», may give rise to confusion. While both elements may be relevant in assessing whether a State has complied with the Convention in a particular case, that is ultimately for the Court itself to determine, as it has constantly stated in its case-law». Par. 10 de la opinión que hizo pública el 19 de febrero de 2018.

nacionales⁷⁰. Afortunadamente en su versión definitiva tal referencia, que en una lectura parcial podría dar alas a los Estados reluctantes al cumplimiento de las sentencias condenatorias⁷¹ ha desaparecido⁷².

En definitiva, la subsidiariedad es un principio funcional que decae cuando deja de serlo para lograr la eficacia de lo prescrito en el Convenio. La deriva de la satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH es una muestra perfecta de lo que se refiere: vinculada literalmente a los supuestos en los que el Estado solo puede imperfectamente reparar la lesión, ahora es determinada al margen de esta circunstancia por el TEDH⁷³. Esta visión instrumental de la subsidiariedad es la que impregna las páginas que siguen.

70 Parágrafo 14: «Affirms the importance of securing the ownership and support of human rights by all people in Europe, underpinned by those rights being protected predominantly at national level by State authorities in accordance with their constitutional traditions and in light of national circumstances».

71 Piénsese, por ejemplo, que la especificación del marco constitucional interno como marco desde el que determinar cómo han de ser protegidos los derechos humanos pondría en serios apuros la posibilidad de que el TEDH entendiera que es precisamente ese marco constitucional el que implica la lesión de algunos de los derechos reconocidos en el Convenio (tal es el caso de la *STEDH Sejdic' and Finci c. Bosnia Herzegovina* de 22 de diciembre de 2009).

72 El actual parágrafo 10 señala: «Reiterates that strengthening the principle of subsidiarity is not intended to limit or weaken human rights protection, but to underline the responsibility of national authorities to guarantee the rights and freedoms set out in the Convention. Notes, in this regard, that the most effective means of dealing with human rights violations is at the national level, and that encouraging rights-holders and decision-makers at national level to take the lead in upholding Convention standards will increase ownership of and support for human rights». Una aguda observación y seguimiento del Borrador de la Declaración de Copenhague y sus reacciones puede verse en A. QUERALT JIMÉNEZ, «El borrador de la Declaración de Copenhague sobre la efectividad del sistema europeo de garantía en el medio y largo plazo», Blog de la *Revista Catalana de Derecho Público*. Disponible en red en <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/tag/argelia-queralt-jimenez/>

73 Ciertamente en el Informe del Grupo de Sabios señalado —y de acuerdo con la perfecta lógica con la que funciona la subsidiariedad cuando los estados parte están completamente implicados— hay una propuesta en orden a reenviar a los Estados para que determinen concretamente la cuantía de la compensación, caso de precisarse su necesidad por el TEDH. El Presidente del Comité que elaboró el informe, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, expone que de esta manera se liberaría al Tribunal de esta tarea quedando en manos de los tribunales nacionales, que pueden atender mejor la complejidad eventual que puede requerir la fijación de indemnizaciones realmente reparatorias. Claro está que tal modelo sólo puede funcionar correctamente si en cada Estado miembro se establece un procedimiento apropiado, en el sentido, sobre todo, de que no arroje una carga insostenible sobre quienes han visto su derecho lesionado por el Estado que ahora tiene que compensarlo de su pérdida. No es extraño que el Tribunal haya mostrado su más completa renuencia en las observaciones con las que se respondió al Informe del Comité de sabios. Cfr.: «La proposition tendant à transférer à l'ordre juridique national la tâche qui consiste à fixer le montant de la compensation requise pour offrir une satisfaction équitable à un requérant repose sur le souci de soulager la Cour d'une fonction qu'un organe national pourrait peut-être remplir plus efficacement. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que cette tâche serait, en règle générale, gérée plus efficacement par un organe judiciaire national. Elle rappelle que, vers la fin de l'année 2006, une division spécialisée chargée de la satisfaction équitable a été créée pour l'assister dans cet aspect de sa compétence. En définitive, l'intérêt de renvoyer systématiquement au niveau national cet élément de la procédure fondée sur la Convention ne semble pas avoir été démontré.

Pour les affaires où le traitement de l'article 41 est particulièrement complexe, la possibilité de renvoyer la question à une autorité nationale compétente, peut-être mieux placée qu'une juridiction internationale pour y répondre en tenant compte de la situation du marché local, pourrait être envisagée. Toutefois, il faudrait mettre en place des garanties institutionnelles et procédurales rigoureuses. Comme l'indiquent les Sages, il faudrait que l'autorité en question soit un organe judiciaire indépendant, qui fonctionne suivant une procédure équitable, efficace et facilement accessible. Il conviendrait de s'enquérir de l'opinion des instances judiciaires nationales compétentes sur cette proposition. La place d'un tel organe au sein du mécanisme de la Convention —par rapport à la Cour et au Comité des Ministres— demande beaucoup de réflexion». Dictamen sobre el Informe del Comité de Sabios (en línea en http://www.echr.coe.int/Documents/2007_Wise_Person_Opinion_FRA.pdf). Cfr. las apreciaciones de G. C.

III. OBLIGATORIEDAD, EJECUTIVIDAD Y EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Continuando con el paradigma defendido, que tiene como aspectos claves la condición constitucional del Convenio y del TEDH, es obvio que la óptica debe centrarse ahora en el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo. Evidentemente son aspectos tan interrelacionados que no podría mantenerse en modo alguno la cualidad constitucional que se ha defendido si las resoluciones no tuvieran un adecuado y generalizado cumplimiento. Sin poder acreditar alguna forma de eficacia, sin que quepa asegurar que una resolución del TEDH es capaz de alterar la realidad jurídica, tendríamos que dudar seriamente no solo del carácter constitucional del Convenio y del Tribunal sino de su misma cualidad normativa y jurisdiccional respectivamente.

Ello explica con toda claridad la relevancia que adquiere la capacidad modificativa que convenga atribuir a las resoluciones del Tribunal. Toda la credibilidad del sistema descansa sobre ellas. El Convenio reposa sobre el Tribunal y un tribunal no lo es si sus resoluciones no son consideradas como fuente del derecho.

Partiendo de aquí podríamos intentar esbozar las claves de un sistema que es ciertamente complejo⁷⁴, analizando muy sintéticamente⁷⁵ y solo respecto de las sentencias⁷⁶, los siguientes aspectos: en primer lugar, la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias del Tribunal y las cuestiones relativas a la ejecutividad de las mismas; y en segundo término, las exigencias que pueden entrañar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión hay que resaltar que de las disposiciones incluidas en el CEDH y en el Reglamento de procedimiento del TEDH procede distinguir cuidadosamente entre obligatoriedad de las sentencias y ejecución de las mismas⁷⁷. Efectivamente el artículo 46 (en la redacción dada por el Protocolo 14) se rotula «Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias»⁷⁸. En él queda claro la obligación de acatamiento de las

RODRÍGUEZ IGLESIAS, en «¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del Convenio europeo de Derechos Humanos?», op. cit.

74 Tan complejo que el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español todavía podía decir a la altura de 2008: «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo es un aspecto todavía mal conocido, pero que reviste una importancia capital». p. 293.

75 Solo se analizan aquellos aspectos que entendemos estrictamente necesarios para abordar las cuestiones fundamentales de este trabajo

76 Debemos de anotar, no obstante, la especial importancia que tienen las medidas cautelares y como son muy significativas del creciente protagonismo asumido por el TEDH con el solo amparo de lo establecido en el artículo 39 de su Reglamento de procedimiento. Por definición, una medida cautelar está vinculada al solo objetivo de frustrar una acción que podría dar lugar a una lesión grave e irreparable de uno de los derechos protegidos por el Convenio. Un sistema normativo con medidas cautelares es un sistema normativo que se toma a sí mismo muy en serio. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Civitas, Madrid, 1995.

77 Tempranamente D. J. LIÑAN NOGUERAS, «Los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos Humanos en Derecho español», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 37, n.º 2, 1985, pp. 355-376.

78 «Artículo 46. Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un

sentencias que corresponde a las Partes contratantes en los litigios en que sean partes, señalándose al Comité de Ministros como órgano encargado de velar por su ejecución. Tal artículo podría abonar una interpretación, que enlaza también con la forma canónica de resolver la cuestión jurisprudencialmente⁷⁹, según la cual la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se limita a declarar la lesión y a llamar a los Estados miembros, en la lógica del principio de subsidiariedad, a ejecutarla. La sentencia sería, pues, meramente declarativa y el sistema previsto en el CEDH no contendría en puridad un modelo de ejecución de las resoluciones del Tribunal, entendiéndose por tal según Garberí⁸⁰, «el régimen jurídico que las normas establecen para el supuesto de que lo declarado en el fallo de una resolución judicial de condena resulte efectivamente incumplido (o no cumplido voluntariamente) por parte del sujeto a quien aquel pronunciamiento condene»⁸¹.

Así las cosas, esta aproximación dibuja un panorama sumamente precario e impreciso para el cumplimiento de las sentencias del TEDH y, en definitiva, para todo el modelo de derechos europeo que se apoya, como sabemos, en su dimensión jurisdiccional. En esta

problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, remitir al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto».

79 Cfr. TEDH *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979: par. 58: «la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53». También en el mismo sentido, el TJUE en el Dictamen 2/2013 sobre la eventual adhesión de la UE al CEDH: «El procedimiento ante el TEDH concluye bien con una decisión o una sentencia en las que el TEDH declara que la demanda es inadmisibile o que no ha habido violación del CEDH, o bien con una sentencia que declara la violación del Convenio. Esta sentencia es declarativa y no afecta a la validez de los actos impugnados de la Parte Contratante». La aproximación canónica se completa en el par. 22 de la siguiente manera: «De conformidad con el artículo 46, apartado 1, del CEDH, las Partes Contratantes están obligadas a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean parte. En virtud de esta disposición, una Parte Contratante tiene la obligación, por un lado, de adoptar respecto del demandante todas las medidas individuales aplicables con arreglo a su Derecho interno para eliminar las consecuencias de la violación declarada en la sentencia del TEDH (*restitutio in integrum*). Si el Derecho interno de la Parte Contratante de que se trate sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias de esa violación, el artículo 41 del Convenio dispone que el TEDH concederá «una satisfacción equitativa» al demandante. Por otro lado, una Parte Contratante está obligada a adoptar las medidas de carácter general, como una modificación de su ordenamiento jurídico interno, cambios jurisprudenciales u otro tipo de medidas, para prevenir nuevas violaciones análogas a las comprobadas por dicho Tribunal o poner término a las violaciones subsistentes en el citado ordenamiento».

80 J. GARBERÍ LLOBREGAT, «La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Diario La Ley*, n.º 8178, 2013, utilizando con precisión el utillaje doctrinal con el que la doctrina procesal actúa con referencia al derecho interno.

81 Continúa señalando: «Para hacer efectivos los pronunciamientos judiciales de naturaleza condenatoria, pues, no basta con que el ordenamiento contenga normas que proclamen, con carácter general, la sujeción de poderes públicos y ciudadanos al imperio de la Ley (en España, art. 9.1 CE), o la abstracta obligación de cumplir lo dispuesto en las resoluciones judiciales (en España, art. 118 CE); de ser así, como veremos, el sistema de ejecución de sentencias previsto en el CEDH resultaría ser ciertamente impecable. Es necesario, además, que se prevea un procedimiento concreto para que, en caso de incumplimiento voluntario del fallo de una resolución judicial de condena, se pueda lograr el cumplimiento de dicho pronunciamiento de manera forzosa o coactiva».

lectura se reduce la eficacia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo al establecimiento genérico de la obligatoriedad de aceptar el resultado condenatorio (esto es, reducida su eficacia al sujeto internacional que ha sido parte del litigio); la ejecución quedaría en manos del propio Estado, que gozaría a la hora de establecer los mecanismos concretos de una libertad difícilmente controlable; y un órgano político, no jurisdiccional, como el Comité de Ministros será quien, en la línea de los mecanismos tradicionales de carácter internacional, vele con lasitud por su cumplimiento. De este modo, podríamos hablar de una obligatoriedad ciertamente mermada; de una obligatoriedad con escasas dosis de eficacia en aquellos contextos en los que la ejecución no se considere una obligación firme por parte del ordenamiento estatal. Así concebido, sin un modelo de ejecución de sentencias, el Convenio quedaría desasistido en todos aquellos supuestos en los que el cumplimiento estatal de lo prescrito en el pronunciamiento jurisdiccional apareciera como muy gravoso. En definitiva, nos hallaríamos técnicamente ante un modelo internacional tradicional de declaración de derechos; un modelo de nuevo fallido por lo que se refiere a su garantía.

Cabe, sin embargo, proponer una visión diferente que se corresponde mucho mejor, entendemos, con la deriva actual del Tribunal y de sus sentencias. Efectivamente, si se observan con atención otras disposiciones del Convenio y del Reglamento de procedimiento así como los pronunciamientos del Juez de Estrasburgo, al hilo de la doctrina que profusamente se ha ocupado de la cuestión⁸², nos podemos encontrar con que la obligatoriedad viene progresivamente asumiendo una posición preeminente general. Según esta posición; 1) los Estados, desde luego, están obligados a observar los términos que se establezcan en el fallo que les condene, pero no son solo ellos los afectados por una sentencia condenatoria. Antes bien, se entiende que una sentencia en la que el Tribunal certifique la existencia de una lesión de un derecho del Convenio es una lectura actualizada del orden constitucional europeo y de ahí que haya de tener eficacia y ser de obligada observancia por el resto de los miembros del Consejo de Europa⁸³; 2) la obligatoriedad, separada conceptualmente de la ejecución —que solo es

82 Cfr. A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos...*, op. cit., pp. 71-137. Cfr. tb. A. DRZEMC-ZEWSKI, «Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg», *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n.º 58, 2011, pp. 85-90. Claro que este autor es de los que vienen insistiendo desde hace mucho en la Convención como un «instrumento constitucional del orden público europeo». Véase, *European Human Rights Convention in Domestic Law: a Comparative Study*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 19.

83 Cfr. como según se nos indica en el trabajo editado por D. ANAGNOSTOU, «Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights' judgments», op. cit., Suiza, lleva a cabo una verificación rutinaria de sus proyectos de ley con la convención pero también tiene en cuenta las sentencias del TEDH que se refieren a otros Estados (p.12). En esta dinámica que denomina preventiva incluye también a Alemania (p. 15). El caso de Suiza también es destacado por Anne Petters, en su muy interesante trabajo «El referéndum suizo sobre la prohibición de minarettes», *Teoría y realidad constitucional*, n.º, 2010, pp. 429-438 que destaca dos elementos importantes para este trabajo: 1) Que en la campaña a favor de la consagración constitucional de dicha prohibición se hicieron explícitos los problemas que en orden al respeto con el CEDH podía suponer; y 2) Que nos encontramos ante una posible infracción del CEDH por parte de un texto constitucional. Cierra su trabajo con la siguiente idea: «No está exento de riesgo buscar en instancias internacionales el remedio frente a decisiones democráticas (directas) de la mayoría que producen «daños sustanciales colaterales». Cualquier fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contrario a Suiza no hará sino alimentar en la ciudadanía el sentimiento y la sospecha frente a un «gobierno de jueces extranjero». En los últimos tiempos, la tensión entre la democracia directa y el respeto a los derechos humanos garantizados en sede internacional se pone de manifiesto. La tarea de reconciliar soberanía popular e imperio de la ley parece una historia interminable». Op. cit., p. 437.

posible en rigor cuando la sentencia es condenatoria⁸⁴ — es predicable también cuando la resolución introduce en su parte dispositiva algún elemento determinante de lo que el tribunal considera una solución jurídica compatible con el Convenio⁸⁵. Así las cosas, el carácter declarativo de la sentencia que tiene como única referencia la condena singular de un estado palidecería frente a la obligatoriedad general de la doctrina del Tribunal que actualiza y hace un texto vivo del CEDH, el orden constitucional europeo; 3) de otro lado, la obligatoriedad de una resolución, normativa o jurisprudencial, está directamente anudada al grado de concreción de la misma. Desde este punto de vista se puede apreciar como el Tribunal ha procedido, como vamos a ver de inmediato, a cargar progresivamente de precisión sus previsiones, lo que conduce a una obvia reducción de la posibilidad del Estado de actualizarlas (uno de los elementos en los que se ampara la tesis del carácter meramente declarativo de la sentencia)⁸⁶; 4) la obligatoriedad de la sentencia condenatoria recibe un refuerzo muy importante como consecuencia de la previsión específica del artículo 41 CEDH⁸⁷ que obliga al pago de una cantidad específica cuando se estime concurrente una violación y, de acuerdo con lo establecido en el artículo, el derecho interno «solo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación». El artículo 41, es así una nueva muestra del repliegue de la teoría de la dimensión declarativa *tout court* de la sentencia del TEDH y una nueva concreción de la obligatoriedad que se predica y que cifra en la reparación tan perfecta, como sea posible, de la esfera lesionada (principio *restitutio in integrum*); y 5) la obligatoriedad también recibe un impulso por el hecho de que algunas de las nuevas dinámicas impulsadas por el TEDH, como por ejemplo, las Sentencias Piloto, hayan supuesto un reforzamiento de su posición jurídica y un desplazamiento del Comité de Ministros

84 En la doctrina procesalista esta cuestión aparece con toda claridad. Cfr., por ejemplo, J. VEGAS TORRES en A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*, Ramón Areces, Madrid, 2014, p. 441: «una sentencia absolutoria, por definición, se limita a dejar las cosas como están, por lo que no hace falta ninguna transformación material de la realidad ni, por tanto, ninguna actividad jurisdiccional ejecutiva». La exclusiva vinculación de la ejecución con la sentencia condenatoria es otro argumento para optar por la obligatoriedad como principal criterio de comprensión de lo que significa la sentencia del TEDH.

85 Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015 que, no siendo una sentencia condenatoria, hace una serie de precisiones que son completamente atendidas por el TC español desde la sentencia 9/2015. Como es sabido dicha sentencia resolvió un asunto que examinaba la compatibilidad con el CEDH del criterio de admisión previsto en el art. 5 de la LOTC que exige «la especial trascendencia constitucional» para admitir los recursos de amparo que se interpongan ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que el Tribunal Constitucional debía concretar el contenido de dicha cláusula y justificar su aplicación en los asuntos admitidos (par. 46).

86 Resulta interesante, a mi juicio, destacar que esta deriva era eventualmente tenida en cuenta en los debates en los que se discutía sobre los derechos a proteger en el Convenio o en los protocolos. Tal y como recuerda Ripol, algunos intervinientes se resistían a incorporar el derecho de propiedad porque ello exigiría una intervención especialmente «invasiva» por parte del TEDH sobre la esfera interna de los Estados. Cabe entender en este contexto la celeberrima sentencia que la que se inaugura la saga de las Piloto, *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004. Las observaciones de Ripol en S. RIPOL CARULLA, «El sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos y el derecho español», Estudio Preliminar a *España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (S. RIPOL CARULLA; J. M. VELÁZQUEZ GARDETA; I. PARIENTE DE PRADA; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA), Thomson, Pamplona, 2010, pp. 18-19.

87 «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

como institución política internacional llamada por el CEDH a realizar la función de cierre del sistema⁸⁸. Cabe apreciar en la evolución del CEDH un indiscutible movimiento hacia la juridificación, claramente expuesto en la progresiva marginación de las esferas predominantemente políticas en el proceso de garantía de los derechos. Un primer jalón de este movimiento es, desde luego, el Protocolo n.º 11, y en este proceso de transición seguimos.

En definitiva, creo que es posible afirmar que pese a una base jurídica no muy amplia, el activismo del Tribunal (en el que cabe integrar incluso su propio Reglamento, obra normativa enteramente suya⁸⁹) ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una *vis atractiva* respecto del resto de los constructos procesales, de modo que a la cuestión de la ejecutividad de las mismas sea difícil y poco apropiado responder con un simple «sí» o «no»⁹⁰ y menos construir a partir de ahí la respuesta estatal⁹¹.

Ciertamente no se puede obviar que la misma sentencia del TEDH es incapaz de revertir aquellas actuaciones (generales o singulares; normativas, administrativas o jurisdiccionales) que hayan causado la concreta lesión del derecho que se declare quebrado. Pero solo porque su obligatoriedad se inserta en un modelo que funciona sobre la base de la subsidiariedad y se emplaza a los Estados miembros a que lo hagan. Por tanto las sentencias del TEDH no son, por ahora, ejecutivas pero el Estado *tiene que* hacerlas ejecutivas⁹². Así las cosas, si no lo hacen, o se advierten renuencias que puedan poner en una situación de vulnerabilidad al demandante que ha visto amparado su derecho o a eventuales víctimas, el TEDH advertirá que la subsidiariedad no cumple adecuadamente su función tuitiva e incluirá en el contenido de sus sentencias, además de la compensación indemnizatoria, específicas obligaciones, individuales o generales, de hacer⁹³. La ejecutividad es, pues, un expediente procesal útil, pero no

88 Cfr. ABRISKETA URIARTE, op. cit., p. 79; y E. LAMBERT-ABDELGAWAD, «La Cour Européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts «pilote» (en marge de l'arrêt Broniowski)», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 61, 2005, pp. 203-224, p. 206.

89 Artículo 111 del Reglamento de Procedimiento.

90 A mi juicio, los conceptos procesales tradicionales de ejecutividad y eficacia resultan aproximaciones estáticas, concebidas exclusivamente dentro del paradigma estatal de referencia, que tienen muy serias dificultades para extrapolarse más allá de los tribunales nacionales, y que muestran una escasa receptividad frente a los paulatinos procesos de constitucionalización del orden jurídico europeo como el que se emprende en el seno del Consejo de Europa.

91 Creo que estos matices están presentes en el Auto de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014 cuando señala en su FJ 2: «Sobre esta cuestión ya está superada la doctrina que sostenía que las SSTEDH solo tenían naturaleza declarativa y que por tanto no era posible anular la sentencia en la que se había apreciado la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo».

92 E. CARMONA CUENCA señala en este sentido: «Lo ideal sería que las Sentencias del TEDH se ejecutasen «de oficio» y a la mayor brevedad posible». Final de su contribución en la Comisión de Venecia «Impacto y desafíos de la supervisión de cumplimiento de sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos», intervención disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa). Ya había señalado REQUEJO, «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales», op. cit., (nota a pie n.º 41) que el ordenamiento interno podría determinar la ejecutividad directa de las sentencias de Estrasburgo.

93 Una última reflexión merece ser meramente apuntada en este punto a la espera de aproximaciones más detenidas sobre este aspecto que, como hemos señalado, constituye uno de los más complejos de la cuestión que tratamos. Nuestro TC ha apoyado sus sentencias constitucionalmente en su publicación, la cosa juzgada y los efectos erga omnes (art. 164 CE). Ni siquiera en la LOTC ha habido una referencia a la ejecutividad de las sentencias hasta

imprescindible, para que la sentencia del TEDH despliegue sus efectos. Lo relevante es la obligatoriedad. Y en ningún caso puede deducirse, reitero, de la ausencia explícita de ejecutividad en el CEDH un título para obstaculizar la fundamental obligación de todo Estado: la observancia inmediata de sus sentencias y de las exigencias generales y particulares que entrañan.

Desde este punto de vista hay que entender que el TEDH haya dejado la absoluta deferencia hacia los Estados en lo que se refiere a la ejecución de sus sentencias y se haya comportado como un Tribunal supranacional constitucional en materia de derechos fundamentales y, en este sentido, completamente atento a la gravedad de algunas lesiones sobre determinadas esferas (muy destacadamente la libertad personal⁹⁴) para indicar con precisión en la sentencia medidas individuales o generales que habrán de ser adoptadas.

Considerando el segundo aspecto al que nos referíamos, las exigencias que pueden entrañar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, nos encontraremos con una confirmación de las tesis que aquí se mantienen. Si tradicionalmente se ha señalado que las sentencias del TEDH, sin carácter ejecutivo, imponían una mera obligación de resultado que dejaban al Estado condenado entera libertad para su logro, sería preciso apuntar que tanto el mencionado resultado como los medios para su consecución han sido progresivamente objeto de una depuración por parte del Tribunal⁹⁵. En lo que se refiere a la primera cuestión —el resultado— el Tribunal ha asumido con toda rotundidad su condición de tribunal constitucional sobre derechos fundamentales en un doble plano: subjetivo (estableciendo la *restitutio in integrum*) y objetivo (instando la corrección de los mecanismos internos generadores de nuevas lesiones por la misma causa⁹⁶), lo que le ha llevado a erigir como líneas rectoras de su jurisprudencia una serie de principios:

1. Si la violación del derecho continúa produciéndose, ha de cesar⁹⁷.
2. Cuando la lesión es consecuencia de una normativa interna que contradiga estructuralmente lo establecido en el Convenio, procede su reforma, independientemente

la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, que establece en el nuevo artículo 87.3: «Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite. A estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos.» De esta secuencia (cuyo último episodio ha sido duramente criticado por razones técnicas por RUBIO LLORENTE, cfr. <https://www.ahorasemanal.es/en-defensa-de-un-tribunal-amenazado>) cabe deducir que la eficacia de las resoluciones de un tribunal no tiene porqué descansar siempre en la consideración como título ejecutivo de las sentencias que dicte.

94 Cfr. los casos *Assanidze e Ilasco*, que se mencionarán de inmediato.

95 A. MOWBRAY, «An Examination of the European Court of Human Rights' Indication of Remedial Measures», *Human Rights Law Review*, 2017, 17, 451–478.

96 Al aspecto objetivo debe sumarse el criterio de admisibilidad que el Protocolo 14 añade en el artículo 35.3.b) y que se centra en el daño relevante. En el informe explicativo de este criterio se menciona su conexión con el interés del particular o con el interés general. Cfr. A. QUERALT, *La interpretación de los derechos*, op. cit., pp. 40 y ss.

97 *Assanidze c. Georgia*, de 8 de abril de 2004, que ordena la liberación del recurrente tan pronto como sea posible (pars. 202 y 203). Pocos meses después en un supuesto parecido la obligación de excarcelación se considera inmediata (*Ilasco y otros c. Moldavia y Rusia* de 8 de julio de 2004, par. 490). Como señala MOWBRAY («An Examination...», op. cit. p. 455) apoyándose en los correspondientes Informes anuales del Comité de Ministros: «The above two judgments were major milestones in the Court's evolving role in providing respondent States with precise indications of the remedial measures they should take».

- del rango de esta normativa⁹⁸, indicando incluso ocasionalmente⁹⁹ la forma en que ha de ser modificada¹⁰⁰.
3. No solo hay que pensar en la víctima en los términos establecidos en el CEDH —aspecto subjetivo— sino también en los potenciales sujetos que puedan sufrir una lesión a consecuencia de las mismas causas¹⁰¹.
 4. Si la lesión se debe a una interpretación jurisprudencial es preciso arbitrar mecanismos para corregir esa interpretación de los jueces internos incompatible con el Convenio.
 5. La Sentencia del TEDH concederá una «satisfacción equitativa» de acuerdo con el artículo 41 del TEDH cuando no se logre reparar íntegramente la lesión. En esta indemnización habrán de considerarse los diferentes tipos de daños causados, daños que pueden ser materiales y morales^{102 103}.

98 Incluso si tiene un valor constitucional. Cfr. STEDH *Sejdic' y Finci c. Bosnia Herzegovina* de 22 de diciembre de 2009.

99 En otras ocasiones el TEDH deja en la penumbra de su parte dispositiva lo que procede hacer con la ley implicada en el caso (Cfr. STEDH *Stern Taulat y Rouva Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018 en cuyo párrafo 35 se señala: «En matière d'offense envers un chef d'État, la Cour a déjà déclaré qu'une protection accrue par une loi spéciale en matière d'offense n'est, en principe, pas conforme à l'esprit de la Convention (Colombani et autres c. France, no 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V, Pakdemirli c. Turquie, no 35839/97, §§ 51-52, 22 février 2005, Artun et Güvener c. Turquie, no 75510/01, § 31, 26 juin 2007, et Otegi Mondragon c. Espagne, no 2034/07, §§ 55-56, CEDH 2011). En effet, l'intérêt d'un Etat de protéger la réputation de son propre chef d'Etat ne peut justifier de conférer à ce dernier un privilège ou une protection spéciale vis-à-vis du droit d'informer et d'exprimer des opinions à son sujet (Otegi Mondragon précité § 55)». Incluso hay veces en que de manera harto discutible se anima a cuestionar la misma oportunidad de legislar en contextos que no entiendo especialmente favorables. Cfr. *SAS c. Francia* de 1 de julio de 2014: «À ce titre, la Cour est très préoccupée par les indications fournies par certains des intervenants selon lesquelles des propos islamophobes ont marqué le débat qui a précédé l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 (voir les observations du Centre des droits de l'homme de l'université de Gand et des organisations non gouvernementales Liberty et Open Society Justice Initiative, paragraphes 98, 100 et 104 ci-dessus). Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière. Elle souligne toutefois qu'un État qui s'engage dans un processus législatif de ce type prend le risque de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d'encourager l'expression de l'intolérance alors qu'il se doit au contraire de promouvoir la tolérance (paragraphe 128 ci-dessus ; voir aussi le point de vue du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, paragraphe 37 ci-dessus)». Par. 149.

100 «To that end, the Court considers that section 39 of the Regulation on the Powers and Duties of the Gendarmerie should be amended to ensure that the relevant provisions are in compliance with Article 22 of Law no. 5607 on the Prevention of Smuggling [this provides that officers may only use firearms in self-defence when a suspect uses firearms]» (*Atiman c. Turquía* de 23 de septiembre de 2014, par. 47)

101 «The respondent State must, within one year from the date on which the present judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, take all appropriate measures, preferably by means of a *lex specialis* . . . to secure the establishment of a mechanism aimed at providing individual redress to all parents in a situation such as, or sufficiently similar to, the applicant's . . . » (STEDH *Zorica Jovanovic c. Serbia* de 26 de marzo de 2013. Par. 92)

102 En una nueva conexión con la visión constitucional, cada vez más acusada, podría observarse como los daños también han buscado conjurar nuevas lesiones a través de su consideración como punitivos. El daño, pues, dejaría de ser visto solo desde el punto de vista subjetivo para concebirlo al servicio de la salvaguardia de un sistema. Una defensa de los daños punitivos en la jurisprudencia de Estrasburgo puede verse en P. PINTO DE ALBUQUERQUE y A. VAN AAKEN, «Punitive Damages in Strasbourg», en *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series Working Paper* No. 2016-05 Mayo 2016. Cfr. tb. C. QUESADA ALCALÁ, planteando su concurrencia en el marco de las demandas interestatales: «Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una «satisfacción equitativa» por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, esp. pp. 908 y ss.

103 Podríamos ver así como el sistema es una cadena de subsidiariedades que derivan de la absoluta prelación de la idea de derechos fundamentales. Esta cadena estaría compuesta por los siguientes escalones: 1) El Estado; 2) El

A la vista de lo anterior, no es extraño que se haya podido hablar de la distorsión del carácter meramente declarativo de la STEDH¹⁰⁴. Y es que seguramente haya llegado ya el momento de plantear una reforma del CEDH en la que toda esta nueva realidad se vea explícitamente reflejada en la norma en una forma que podría ser la siguiente: «El TEDH velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución». Nos acercaríamos así a las más audaces de las pretensiones pioneras que, tal y como nos recuerda Ripol Carulla, contaban con «crear una Carta de Derechos Humanos que garantice la libertad de pensamiento, de reunión y de expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política; queremos un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para que se respete tal Carta».¹⁰⁵

IV. EJECUTAR EN ESPAÑA LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Una vez alcanzada la conclusión de que el CEDH y TEDH tienen una inequívoca condición constitucional y que específicamente el TEDH es un tribunal que declara lesiones sobre derechos fundamentales con la obligatoriedad que esto supone, esta premisa debe proyectarse de manera clara sobre la cuestión de la ejecución de sus sentencias en el Reino de España.

En especial, ello nos lleva a un análisis de la cuestión que se aparta del que comienza poniendo como centro y eje de la investigación la problemática interna¹⁰⁶ así como del que, de acuerdo con la línea anterior, parte exclusivamente de un análisis formal del tratado internacional utilizado para la ratificación del CEDH.

Este aspecto, en particular, requiere alguna observación adicional. Si efectivamente nos centramos en él tendremos como principal vía para deducir consecuencias jurídicas el artículo 94, que es el que sirvió para asumir el CEDH (un tratado, que, como es de sobra sabido, ni siquiera estaba explícitamente mencionado en la CE). Desde este punto de vista, el art. 94 se puede contraponer claramente al artículo 93, que establece la posibilidad de transferir competencias derivadas de la Constitución. Es posible así, cifrar la primera lectura de las relaciones entre CEDH y CE, en especial en lo que se refiere a la configuración de la potestad jurisdiccional, a partir del comprobable hecho de que la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (una de las principales competencias derivadas de la constitución; una de las que dan sentido al estado constitucional —legislar, administrar, juzgar—) no había sido transferida, como sí lo fue en el caso del proceso de integración en las entonces llamadas Comunidades Europeas. Ello significaba cerrar completamente la cuestión de la ejecutividad de las SSTEDH: se reconocía un tribunal sin

CEDH; 3) Reparación integral; 4) Satisfacción equitativa. En la hipótesis de funcionamiento armónico el cuarto eslabón debiera ser el más infrecuente.

104 C. MONTESINOS PADILLA, «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro», *Enomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º. 10, 2016, pp. 98-113, p. 102.

105 Mensaje a los Europeos, iniciativa surgida en el marco del Congreso de Europa (La Haya 1948). Cfr. S. RIPOL CARULLA, «El sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos y el derecho español», op. cit. p. 15.

106 Poner la problemática interna como eje supone poner tantos palos en las ruedas del sistema europeo de protección de derechos como Estados forman parte del Consejo de Europa.

capacidad de hacer ejecutar sus resoluciones. De otro lado, el alcance limitado de la transferencia de soberanía también tenía importantes consecuencias en la medida en que el tratado podía ser utilizado como parámetro interpretativo pero no como parámetro de control de la constitucionalidad¹⁰⁷. De esta forma se puede mantener un modelo formalmente dualista.

Sin embargo, esta visión nunca ha estado exenta de graves quiebras lógicas. La primera es, en mi opinión, la que se deriva del hecho de que suscribir el CEDH es asumir la capacidad del TEDH de juzgar; en concreto, supone que el Reino de España admite que un Tribunal en Estrasburgo pueda razonar jurídicamente y determinar en base a principios compartidos por la comunidad de tribunales de nuestro entorno si una persona ha visto conculcados los derechos garantizados en el Convenio por el Reino de España; implica admitir que el Tribunal es hábil para determinar si una ley¹⁰⁸ (o incluso una Constitución¹⁰⁹) al efectuar una restricción de unos de los derechos reconocidos en el Convenio ha actuado de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, tal y como son entendidos en una sociedad democrática. Esto es, la potestad de juzgar sí se transfiere desde el momento en que se reconoce la competencia autónoma a un Tribunal para resolver conflictos jurídicos que versen sobre derechos fundamentales; ni más ni menos que sobre aquellos ámbitos que identifican la posición jurídica y corporeizan la dignidad humana en una comunidad política. Por tanto, más allá de la dualidad «transferencia o no de competencias derivadas de la Constitución» lo cierto es que una importante operación constitucional comienza cuando se suscribe el Convenio (y ello no puede ser objetado sobre la base de que el 94 hubiera sido la vía elegida).

Ciertamente esta lectura de los artículos de la Constitución es una lectura alejada de formalismos y que tiene en cuenta específicamente los cambios en el contexto jurídico y la enorme progresión en los procesos de convergencia de derechos (pese a sus dificultades actuales motivadas por la recurrencia de crisis estructurales: económica, de seguridad, de proyecto europeo; constitucionales, en definitiva).

Estos cambios a los que me refiero son extraordinariamente importantes y la doctrina tiene que hacerse cargo de ellos para asumir lo que implica nuestra pertenencia al Consejo de Europa. En especial, es explicable la insistencia en el valor completamente resolutorio del artículo 94 en un momento en que CEDH y Comunidades Europeas eran dos polos de la construcción y de la recuperación de Europa, sí, pero completamente separados. En este momento la UE, como es sabido, ha reconocido el CEDH al máximo nivel. Lo hace de manera fundamental en la CDFUE (art. 52.3); establece la necesidad de que nos adhiramos a él en el art. 6.3 del TUE¹¹⁰ y el CEDH tiene una previsión específica sobre la adhesión de la UE en el art. 59.2. La proyección del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH sobre el ordenamiento de la UE es sustancial, no accesoria. No siendo

107 Cfr., por todas, la fundamental STC 236/2007. FJ 5 que se recoge sin variaciones hasta hoy (cfr. STC 31/2018, FJ 4º)

108 CFR. STEDH *Vermeire c. Bélgica*, de 19 de noviembre de 1991.

109 Incluso, teóricamente, nuestra Constitución. Se pone premonitoriamente en esta tesis R. BUSTOS, *La constitución red*, op. cit., p. 159.

110 Cfr. el Dictamen del TJUE 2/13. Sobre el mismo M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, págs. 243-268.

realidades netamente separadas en la actualidad resulta poco operativo como argumento de lo que sigue distinguiendo entre los procedimientos originariamente adoptados para contraer obligaciones con otros sujetos de derecho internacional.

De otro lado, habría que considerar lo que supone el artículo 10.2 CE¹¹¹, cuya contribución al régimen jurídico de la ejecución de sus sentencias es, sin embargo, bien escasa en la medida en que se limita a favorecer de forma inespecífica y respecto de cualquier tratado internacional (y otros textos que no lo son, como la DUDH) un contexto deferente hacia la convergencia de derechos.

Sin duda su importancia ha de ser reconocida y valorada sobre todo en la medida en que el TC se ha servido de él para contemplar la interpretación de los órganos de garantía establecidos en los textos¹¹², atribuyéndoles la capacidad, incluso, de conmovier el entendimiento que el propio TC haga de los derechos fundamentales¹¹³. Sin embargo, es preciso insistir en que lo que el TC señala es que los derechos fundamentales son solo los de la Constitución y que los tratados internacionales y la doctrina de sus órganos de garantía constituirán parámetros interpretativos («privilegiados», si se quiere¹¹⁴), «valiosos criterios hermeneúticos»¹¹⁵, que podrán concurrir junto con otros en la determinación del contenido de la norma. En el 10.2, pues, hay una serie de magnitudes de las que hay que partir:

1. La prioridad del derecho fundamental radicado, en exclusiva, en la Constitución;
2. Una realidad normativa —y ocasionalmente jurisprudencial— estraestatal de diferente densidad; y
3. Una obligación de interpretar la primera conforme a la segunda. Es explicable así, que de esa combinatoria resulten diferentes resultados —favorables en algunos casos, desfavorables en otros— en orden a la garantía de los derechos reconocidos en el tratado correspondiente¹¹⁶. No es ese objetivo que el artículo 10.2 tiene.

111 A. SAIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. A. SCHILLACCI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Nápoles, 2012.

112 STC 116/2006. «las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989 de 8 de mayo, FJ 2)». En el mismo sentido cfr. STC 198/2012 Y 13/2017. El artículo 10.2 resulta fundamental para afirmar el efecto de cosa interpretada de las STEDH.

113 STC 155/2009: Concorre la especial trascendencia constitucional necesaria para admitir un Recurso de Amparo cuando el Recurso «dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia 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». FJ 2.

114 STC 64/1991.

115 STC 13/2017, siguiendo la STC 61/2013.

116 Entender que el derecho a la inviolabilidad de domicilio debe incluir la protección contra graves y persistentes episodios de contaminación acústica (Casos *López Ostra* y *Moreno Gómez*, STC 150/2011, con un muy significativo voto particular al respecto del Magistrado Manuel Aragón Reyes) mientras que se descarta la reagrupación familiar (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, par. 52) como parte del concepto de intimidad domiciliaria. (STC 186/2013).

Las conexiones entre interpretación conforme y ejecución de las sentencias del TEDH no siendo irrelevantes (pues, en la medida en que sirvan para aproximar los estándares, hacen más difíciles las lesiones de los derechos contenidos en los tratados; y cuando éstas quedan acreditadas dificultan su reiteración) son, pues, muy mediatas.

En definitiva, la sola llamada a la interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales sería en buena medida vana¹¹⁷ si: a) en los tratados internacionales concretamente ratificados no se contuvieran referencias específicas que determinaran la necesidad de observar los Tratados y las sentencias en las que al Estado se condene (lo que ya hemos tenido la ocasión de comprobar en los apartados anteriores); y b) el texto constitucional no permitiera integrar una obligación cierta e indiscutible de dar cumplimiento a las sentencias correspondientes.

Este último aspecto debe ser el que centre nuestra atención ahora. Al respecto me interesa señalar que la obligación constitucional de proveer la ejecución de las sentencias del TEDH tiene dos fuentes: en primer lugar, el artículo 96.1 que, como es sabido, establece en su primer inciso: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»¹¹⁸. Así pues, cuando el Estado suscribe un tratado internacional se compromete a cumplir con las obligaciones y exigencias que este tratado tiene. Si el tratado es sobre derechos humanos y cuenta con un tribunal que vela por su garantía asume que sus sentencias despliegan internamente los efectos que cualquiera que determine la lesión de un derecho debe tener.

No queda más remedio que admitir, sin embargo, como hecho relevante, que este artículo se refiere a cualquier tratado internacional lo que supone no contextualizar adecuadamente lo que representa en términos constitucionales la no observancia de una sentencia que determine la lesión de uno de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni para el Estado ni para el justiciable. Esto es, un tratado genérico podrá verse desplazado en su aplicación por otra fuente del derecho interno cuando se den ciertas circunstancias¹¹⁹; incluso podría ser declarado inconstitucional (artículo 27 LOTC)¹²⁰ sin estimar en modo alguno el objeto de juicio como parte del parámetro. Ninguna de las dos eventualidades cabe cuando se piensa en el CEDH. Si el 96 no las impide y el CEDH no las admite, no pisamos terreno lo suficientemente firme como para deducir de este artículo una improrrogable obligación de ejecución de lo establecido en los Tratados. En definitiva, la genérica observancia del *pacta sunt servanda* de los Tratados internacionales y el artículo 96 de la CE no clausura toda forma de oposición a una sentencia condenatoria del Estado por el TEDH. ¡Qué se asuma la responsabilidad internacional!

117 De esta vanidad es exponente la falta de observancia de algunos derechos reconocidos, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así se ha destacado en el último informe periódico relativo a España aprobado el 25 de abril de 2018 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

118 Cfr. el reciente desarrollo en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

119 Un caso bastante ilustrativo de este aspecto es la peripecia judicial en el caso Couso. Mientras la AN entendió en el Auto del Juzgado Central de Instrucción uno de 17 de marzo de 2014 que debía inaplicar la reforma de la LOPJ que limitaba los supuestos de jurisdicción universal, por ser contraria a la IV Convención de Ginebra, posteriormente archivó el caso en el Auto que dictó con fecha de 9 de junio de 2015, una vez considerada la lectura de la compatibilidad de la reforma de la LOPJ con la citada Convención que realizó el TS en la Sentencia de la Sala Segunda del TS de 6 de mayo de 2015 (caso Genocidio Tibet)

120 STC 38/2007, FJ 3.

dirán los que entiendan que el Tratado y el Tribunal de Estrasburgo exigen más de lo que el Estado puede conceder. Una lógica, pues, estrictamente dualista no permite alcanzar la primera lógica interna que cualquier tratado —no de reconocimiento sino de garantía de derechos¹²¹— persigue: que sea observada la sentencia condenatoria.

La segunda fuente constitucional, en mi opinión mas contundente y precisa, que exige el establecimiento de un sistema interno de ejecución de sentencias del TEDH es el derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí nos situamos en la perspectiva de los derechos, no de las fuentes, como en el caso anterior, y emplazamos a la persona como centro capaz de exigir obligaciones al Estado. No es ya la comunidad internacional la que impele a cumplir con el tratado; es la persona cuyos derechos se garantizan la que obliga al Estado, como responsable primero, a que ejecute la sentencia. Ello implica asumir conjuntamente una serie de elementos:

1. La persona es titular de los derechos fundamentales.
2. La persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (artículos 24 CE; 6 y 13 CEDH).
3. El TEDH es un tribunal que trata sobre la esencia de la materia constitucional: los derechos fundamentales.
4. La tutela judicial efectiva integra el derecho a que el juez aplique la ley¹²² y el derecho a la ejecución de la sentencia recaída¹²³.

121 De nuevo A. SAIZ ARNÁIZ, «El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los Derechos fundamentales en Europa», op. cit.

122 En este sentido resulta meridianamente claro el razonamiento de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Pleno) de 22 de octubre de 2013: » El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 de la Constitución (Ce, en adelante), y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 Ce); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (art. 117 CE). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.» (FJ 3). Un seguimiento del mismo puede encontrarse en A. QUERALT JIMÉNEZ, «Crónica de una ejecución anunciada: la efectividad en España de la STEDH *Del Río Prada* en España», en M. Pérez Manzano, J.A. Lascaraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, op. cit. pp. 349-375; C. RUIZ MIGUEL, «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», op. cit. pp. 377-408. A. FIGUERUELO BURRIEZA «Diálogo entre Tribunales: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21-X-2013 (Caso Sra. del Río contra Reino de España)», en M.A. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.) *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Vol. 1, 2016, , pp. 853-874

123 La configuración de esta relación se aprecia con toda claridad en sentencias como la 73/2010 en cuyo fundamento jurídico 10 constan las siguientes palabras: «el derecho a la tutela judicial en la que se integra el derecho a la ejecución «se califica por la nota de efectividad» en nuestra Constitución (STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 1). Por lo que hemos declarado que sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes «el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria» (STC 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1), al igual que las decisiones judiciales «no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (STC 107/1992, de 1 de julio, con cita de las SSTC 167/1987, de 28 de octubre, y 92/1988, de 23 de mayo). De otro lado, también se ha declarado que el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una «exigencia objetiva del sistema jurídico» y «una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho» (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3), pues implica, entre otras manifestaciones, «la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado» (STC 107/1992, FJ 2, con cita de las SSTC 67/1984, de 7 de junio, y 92/1988, de 23 de mayo).»

De acuerdo con lo anterior, la tutela judicial efectiva del artículo 24 se vería lesionada en todos aquellos casos en los que una sentencia no fuera ejecutada o solo fuera imperfectamente ejecutada¹²⁴. En el ordenamiento constitucional interno esta vinculación entre juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se presenta de forma diáfana en el artículo 117 y el juez es el único referente interno en esta cadena para asegurar su cumplimiento. Como esta solución es posible se instaure como mejor garantía. Pero el hecho de que el CEDH establezca obligadamente una escisión orgánica entre las dos funciones no permite desatender la segunda porque daríamos lugar simultáneamente a una lesión del artículo 6 del Convenio y del artículo 24 CE.

En definitiva, salvo que no consideremos órgano judicial al TEDH¹²⁵, es constitucionalmente imperativo establecer un sistema que haga posible la ejecución de sus sentencias por constituir parte del derecho que el titular del derecho a la tutela judicial efectiva tiene¹²⁶.

España, pues, se ha visto confrontada a esta exigencia: establecer un sistema de ejecución de las sentencias condenatorias del TEDH no solo era una obligación desde el punto de vista del CEDH¹²⁷ sino también un imperativo constitucional.

No existe, por tanto, y respecto de ninguna materia¹²⁸, la posibilidad de no ejecutar una sentencia del TEDH, y si la carencia de un sistema específico para la ejecución pretende alegarse como excusa para su no cumplimiento, se debe proceder a establecer uno.

En la frase anterior se encuentra un panorama indicativo de la situación de la ejecución de las sentencias en España. De un lado, hay que partir de que nuestro país se ha comportado como buen cumplidor de lo establecido en el Convenio¹²⁹. No obstante, no ha contado, como es sabido, hasta muy recientemente con un sistema específico para la ejecución de las

124 El planteamiento general y canónico sobre la tutela judicial y la ejecución de sentencias está contenido con precisión en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa: «El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.»

125 Podríamos traer a colación aquí la Propuesta de reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial, elaborada por la comisión institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012, para la elaboración de una propuesta de Texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de demarcación y planta judicial, que incorporaba un artículo 5 con el siguiente tenor: «1. Lo dispuesto en los artículos anteriores no será óbice para el reconocimiento de la jurisdicción de aquellos Tribunales supranacionales e internacionales instituidos por tratados internacionales en que España sea parte.»

126 Este es el planteamiento de la STC en el caso Bultó. Señala E. Carmona: «la imposibilidad de acceso a la revisión de una resolución judicial firme, necesaria para el cumplimiento de una sentencia del TEDH, constituía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución». Disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa)

127 En rigor el CEDH exige su ejecución no exactamente un sistema para su ejecución, aunque el Consejo de Ministros ha aprobado resoluciones en este sentido. Cfr. por ejemplo, la Recomendación (2000)2, del Comité de Ministros. MONTESINOS PADILLA da cuenta de diferentes Resoluciones en las que el Comité de Ministros expresa su preocupación ante la incomparecencia de un procedimiento específico en España. Cfr. «El recurso de revisión...», op. cit., p. 110, nota a pie n.º 15.

128 Hay previstas soluciones de escape en determinados momentos que deberíamos considerar excepcionales. Cfr. el artículo 15 CEDH.

129 https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592017_FRA.pdf

sentencias condenatorias. Ello ha acarreado una suerte desigual a las diferentes obligaciones que de ellas se derivaban: solo las pecuniarias (satisfacción equitativa) se han hecho frente sin ningún problema, en tanto que han presentado muchos más problemas las exigencias derivadas de la reapertura de los procesos judiciales y las que venían a comprometer al Estado en reformas normativas¹³⁰. Las últimas se han hecho de rogar durante bastantes años¹³¹.

Pero sin duda han sido las que exigían la revisión de los pronunciamientos jurisdiccionales las que han atribulado más al sistema interno. En este sentido hay que aludir, por su destacada significación a la STC 245/1991 (caso Bultó) que llega a plantearse al recurso de amparo como instrumento hábil para declarar la nulidad de aquellas sentencias firmes que hubieran sido las causantes de la lesión de los derechos protegidos por el Convenio. Como es sabido, esta cuestión ha representado un complejo dilema incluso en el seno del TC. Y es que cuando en dicha sentencia nuestro más alto tribunal razona de esta forma se está colocando a sí mismo en una posición muy difícil, en una situación que es insostenible según los parámetros clásicos porque tal actuación vendría a suponer que el TC constituiría en esos casos un mero ejecutor de la doctrina del TEDH¹³² (algo que no encontraba un encaje claro ni en la Constitución ni, desde luego, en la LOTC)¹³³. Las consecuencias de tal admisión son tan importantes que no es extraño que el TC se haya mantenido decididamente alejado de esta doctrina¹³⁴.

130 La modificación que de la LOTC debía deducirse tras la STEDH *Ruiz Mateos c. España* de 23 de junio de 1993 se hizo esperar hasta la LO 6/2007 (en cuya Exposición de Motivos se hace específica mención de la STEDH). En lo relativo a las deficiencias en la regulación del secreto de las comunicaciones que habían sido observadas reiteradamente desde la STEDH *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998, estas solo han sido colmadas con la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.)

131 La laxitud con la que ha actuado el Consejo de Ministros en sus resoluciones sobre el cumplimiento de las SSTEDH es oportunamente destacada por D. D. ANAGNOSTOU, «Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights' judgments», op. cit., p. 7.

132 Todavía hoy nuestro TC está bien lejos de asumir una posición que él mismo no considere lo suficientemente fuerte. Cfr. en este sentido la STC 26/2014 recaída ante el caso *Melloni* tal y como lo advierten los votos particulares (en particular el de la magistrada Adela Asua Batarrita).

133 El Voto Particular de Gimeno Sendra establece: «(...) lo cierto es que la Sentencia TEDH de 6 de diciembre de 1988 se ejecuta por este Tribunal en sus propios términos, viniendo a convertir al Tribunal de Estrasburgo en una «superpasación constitucional» y a este Tribunal constitucional en un órgano ejecutor de las Sentencias de aquel, lo que es mi opinión es constitucional y jurídicamente inadmisibles». Años después señalaría el TC en el Auto 119/2010: «Sin necesidad de extendernos en consideraciones acerca de cuáles debieran ser el cauce procesal y el alcance de una hipotética ejecución de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece claro que este Tribunal no puede acometerla. En efecto, como ha recordado la STC 116/2006, de 24 de abril, «la discusión sobre la ejecución interna de las resoluciones de los organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos —y, en concreto, sobre las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Dictámenes del Comité de Naciones Unidas— es una cuestión ajena a la competencia y jurisdicción de este Tribunal» (FJ 4), y ello aun cuando la violación del CEDH se haya producido específicamente en el seno de un proceso constitucional, pues el Tribunal Constitucional, sujeto únicamente a la CE y a la LOTC (art. 1.1 LOTC), no puede revocar sus providencias de inadmisión de recursos de amparo más que en virtud de las previsiones explícitas y específicas existentes en la LOTC sobre los medios impugnatorios frente a sus resoluciones, sin que sea posible —como se ha dicho en el reciente ATC 46/2010, de 14 de abril— entrar a debatir siquiera la aplicación de reglas extrañas a la misma». Es llamativo, a juicio de este observador, que el Tribunal se decida a traer a colación un párrafo de una jurisprudencia en la que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Dictámenes del Comité de Naciones Unidas se presentan indiferenciadamente.

134 El propio TC la ha considerado propia de una situación de excepcionalidad dadas las circunstancias que concurrían en el caso (cfr. ATC 119/2010. FJ 3). Sin embargo me parece necesario destacar como ha quedado como

Por ello ha constituido desde hace mucho tiempo un lugar común reivindicar un procedimiento específico¹³⁵. Y es explicable que este procedimiento se haya establecido, con una contigüidad temporal nada casual, tras las resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Nacional determinando la excarcelación de las personas afectadas por la doctrina del TEDH (Gran Sala) en la Sentencia *Del Río Prada* de 21 de octubre de 2013¹³⁶. Este caso ha de verse como paradigmático de las dificultades que todos los Estados tienen para afrontar sentencias condenatorias cuando recaen sobre aspectos a los que la opinión pública nacional es especialmente sensible¹³⁷. Materias como la inmigración, el trato dado a las minorías, las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, la forma de ordenar los procesos políticos y el acceso al poder, las respuestas a los desafíos extremos al orden constitucional, como los que representan el terrorismo, entre otras, son un campo de minas. Un ordenamiento constitucional interno que se vea corregido en cualquiera de estos aspectos¹³⁸ podrá tener problemas para neutralizar los argumentos de quienes llegan a cuestionar la legitimidad de una sentencia de Estrasburgo para condenar al Estado¹³⁹.

un leading case en el que se ha apoyado la doctrina jurisprudencial más comprometida en la atribución de efectos a las sentencias condenatorias del TEDH. Cfr., por ejemplo, como sirve de partida de apoyo a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 5 de noviembre de 2014, primero de los autos en los que aplica la vía del recurso de revisión para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

135 Por ejemplo, en el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, instando a que sea el Tribunal Supremo el que tenga la competencia para decidir sobre la reapertura de los procesos cuestionados.

136 El hecho de que hayan sido los órganos jurisdiccionales los que hayan establecido el procedimiento (Acuerdo del pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014) antes de que el legislador arbitrara la solución presenta, sin duda, importantes problemas (cfr. C. RUIZ MIGUEL, «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», op. cit., p. 405). La intervención judicial puede, no obstante, ser considerada como una lectura directa del ordenamiento constitucional. Una contumaz pasividad del legislador ante demandas jurídicas imperiosas lleva quienes tienen que administrar justicia a actuar con lo que de otro modo cabría calificar de intervencionismo desmedido.

137 Sobre esta cuestión es relevante el trabajo editado por Dia Dianagnostou, *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg's Judgements on Domestic Policy*, op. cit. Es interesante esta obra en la medida en que muestra cómo en algunas ocasiones los Estados son más o menos reticentes a cumplir con las sentencias condenatorias en función de su contenido. Por ejemplo, en el caso de Reino Unido (según se refiere en el capítulo elaborado por K. BRAYSON y G. SWAIN, «The European Court of Human Rights and minorities in the United Kingdom: catalyst for change or hollow rhetoric?», pp. 188-211) se destaca como no se objeta el cumplimiento de las que han determinado la violación de los derechos de los homosexuales o transgénero pero sí se presentan más dificultades para aceptar las implicaciones de aquellas sentencias que mantienen que los gitanos han sido objeto de violencia policial. La autora mantiene que eso se debe a la diferencia de apoyo social que reciben las diferentes minorías así como al hecho de que las cuestiones relativas a la actuación de la policía están vinculadas a la seguridad nacional y al orden público. Cfr. p. 18.

138 Y es que, no se olvide, algunos de ellos, como, por ejemplo, la seguridad nacional, aparecen como reducidos estatales incluso frente al proceso de integración europea (cfr. art. 4.2 TUE)

139 Apoyos muy señeros a estas posiciones no faltan tampoco entre la doctrina foránea. Cfr. «This means first and foremost that the States must implement the ECHR in their domestic legal orders and follow the case law of the Court; but States must also do more than that. States may and must, depending on the circumstances, deviate from the case law of the Court and independently strike a fair balance between opposing forces and provide their own answers to pertinent human rights issues. States need to provide answers that have 'higher legitimacy than those given by the Court'». J. CHRISTOFFERSEN «Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?», en J. CHRISTOFFERSEN y M. RASK MADSEN *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, op. cit., p. 181. Resulta interesante destacar el papel de este autor en la reciente Declaración de Copenhague cuyo Draft ya hemos tenido la ocasión de criticar en la sede oportuna (Cfr. el post de Helga Molbæk-Steen sig, «Something Rotten in the State of Denmark?», disponible en <https://verfassungsblog>).

Puede entenderse así que, la ley 7/2015 se hiciera finalmente imperiosa tras la corrección por el TEDH de la doctrina Parot y, cuando al socaire de la inexistencia de mecanismo específico para ejecutar una sentencia que afectaba a una cuestión tan sensible como las condenas por terrorismo, comenzaban a esgrimirse con creciente fuerza argumentos como la subsidiariedad del mecanismo previsto por el Convenio, o la sujeción exclusiva del juez a la ley interna.

En definitiva, la inexistencia de un instrumento de desarrollo concreto dio alas a la tentación de inobservancia, peligro que el Gobierno quiso conjurar planteando la iniciativa que concluyó con la aprobación de la ley orgánica 7/2015¹⁴⁰. En ella se habilita el recurso de revisión en los cuatro órdenes jurisdiccionales¹⁴¹. Ciertamente esta

de/author/helga-molbaek-steensig/) En el fondo esto no es otra cosa que un seguimiento de la doctrina del TCA Görgülü (sobre la misma C. FERROT, «Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français», *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, vol. 71, pp. 639-665; en la doctrina española repara en ella M. GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010) y un intento de volver a poner la autonomía de los Estados un punto más allá del mero margen de maniobra atribuido a los mismos para elegir el medio de cumplir una sentencia. Los Estados son los que deben dar la respuesta pertinente cuando ellos estimen que el caso lo requiere. Como es evidente esta doctrina pone a la sentencia condenatoria a los pies de los caballos en el caso de que afecte a una materia sensible, haciendo desaparecer la función tuitiva que representa una jurisdicción supranacional de los derechos humanos justo en aquellos aspectos que más se necesitan. Resulta indiscutible también que con esta visión las disputas dejan de estar definitivamente resueltas y propician una serie de enfrentamientos políticos dentro de los propios estados que en una hipótesis de mera ejecución no se plantearían. El TEDH no ejercería, pues, ni su función tuitiva ni contramayoritaria lo que es un ataque a la línea de flotación del sistema.

140 Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Concretamente se establece en el artículo 5 bis: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». La reforma se justifica en la Exposición de Motivos con una curiosa referencia (a juicio de este intérprete) a la seguridad jurídica: «Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución».

141 Que ya el TC había considerado idóneo para que las sentencias del TEDH fueran ejecutadas, cfr. STC 240/2005 FJ 6: «(...)Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECriminal que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de «hecho nuevo» se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión declara desproporcionada entre los fines que las causas de inadmisión preservan —especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes— y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del TEDH puede en hipótesis evidenciar «la equivocación de un fallo» condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer «el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria...» (STC 150/1997, F. 5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión «hechos nuevos, que evidencien la inocencia del condenado» del art. 954.4 LECriminal, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a

solución no clausura completamente los problemas y, en especial, está por ver cómo se determina cuando la grave violación de los derechos reconocidos por el Convenio entraña efectos que persistan¹⁴². En especial, ya hemos señalado que la sentencia de cualquier tribunal que determine la lesión de un derecho fundamental debe perseguir la *restitutio in integrum* (y la satisfacción equitativa no debe entenderse como una alternativa cuando la restitución integral es posible)¹⁴³. De otra parte, la posición del Tribunal constitucional tampoco resulta debidamente clarificada en el nuevo sistema¹⁴⁴. Nada dice la LOTC (y el Tribunal ha señalado claramente que no tiene ninguna potestad de intervención cuando la CE o su ley orgánica no se la atribuyan). ¿Qué hacer, por tanto, cuando sea la sentencia del TC la que ha violado uno de los derechos del Convenio?¹⁴⁵ En cualquier caso en tanto que solución que contiene el revival del soberanismo ha de ser saludada. Efectivamente ya contamos con un mecanismo específico para la ejecución de las sentencias condenatorias. Teniendo ya un instrumento concreto que no da alas a ninguna reluctancia, las reacciones sociales a las sentencias condenatorias se moverán en el terreno del desacuerdo completo (en el ámbito emocional y simbólico)¹⁴⁶ pero no instarán a la desobediencia como estrategia concreta y posible (por contraria al ordenamiento).

No me parece que pueda concluirse este trabajo sin mencionar que es posible que comencemos a entrar en una nueva e inestable fase en la que las relaciones entre el Reino de España y el TEDH puedan verse afectadas de forma negativa. Y es que, en efecto, el proceso secesionista catalán va a hacer su aparición en Estrasburgo y con él cuestiones altamente sensibles (la forma de entender y proteger la integridad territorial de un estado; el modo particular en qué cada estado traba las relaciones entre Estado de Derecho y Estado democrático; la independencia del poder judicial; el

aquellos en los que tiene origen dicha declaración....». Pérez Tremps, en el Voto Particular a la STC 196/2006 (Punto 5) considera que este pasaje no constituye doctrina sino una *obiter dicta*.

142 Piénsese en que ésta es una de las cuestiones debatidas en el caso *Fuentes Bobo* (STC 197/2006). Cfr. en especial, el voto particular del Magistrado Pérez Tremps.

143 No deja de resultarme extraño ese pasaje del Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el que se señala: «La ausencia de ejecutividad de las sentencias del Tribunal y la previsión de una satisfacción equitativa como mecanismo subsidiario de reparación ha llevado a que algunos países —entre ellos España— no hayan introducido en su derecho interno mecanismos de ejecución ad hoc». p. 296. ¿Se asume como explicación suficiente que España no estableció hasta el año 2015 un mecanismo específico porque lo que pretendía era saldar sus cuentas con el Convenio con el solo pago de la satisfacción equitativa?

144 C. MONTESINOS PADILLA, «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro», op. cit., p. 109.

145 Ciertamente el hecho de que el Tribunal constitucional sea un remedio subsidiario hace que en la mayoría de los supuestos sean las sentencias de los tribunales ordinarios las responsables directas de la lesión. En algunos casos, no obstante, puede ser el constitucional el único al que quepa imputar la lesión (cfr, por ejemplo, si la lesión se produce en el seno de un proceso de control de constitucionalidad de una ley singular, como en el caso RUMASA; o en los supuestos de recursos directos ante el TC como los del artículo 42 LOTC). Seguramente la tendencia actual, según la cual una buena parte de las condenas a España no han pasado el corte de la trascendencia constitucional en el Tribunal permita a éste ponerse de perfil en este sentido. Pero también es verdad que difícilmente el TC podrá seguir diciendo que «nada de lo que afecte a los derechos fundamentales puede serle ajeno» (STC 245/1991). Acerca del cambio en las relaciones entre TC y TEDH puede verse S. RIPOL CARULLA, «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. LXVI (2014), 1, pp. 11-53.

146 Así han de verse las reacciones en ciertos sectores frente a la sentencia sobre la quema del retrato de los Reyes. http://www.abc.es/opinion/abci-quemados-foto-201803161621_noticia.html

alcance del derecho a la libertad personal y la prisión como medida cautelar; las exigencias de la participación en procesos electorales...). No es difícil prever la prueba de fuego a la que se va a someter tanto al Tribunal Europeo como a España, muy probablemente, después. Y como el espíritu de la Declaración de La Haya (que el 6 de mayo habrá cumplido 70 años) debe seguir vivo en un Tribunal que vele por un orden constitucional europeo en materia de derechos fundamentales sería más que conveniente proceder a incluir en una eventual reforma de la Constitución española una serie de referencias relativas a la posición del Convenio así como a la obligatoriedad del cumplimiento de sus sentencias. Toda la construcción elaborada solo se mantendrá firme sobre un sustrato de confianza en la legitimidad tanto del Convenio como, sobre todo, del Tribunal. La mejor forma de asegurar esta legitimidad es emplazarla explícitamente en la fuente que todavía mejor representa la imagen que la sociedad quiere tener de sí misma: la Constitución interna¹⁴⁷.

TITLE: Implementing ECHR judgments in Spain. An European constitutional law approach.

ABSTRACT: This paper studies the execution in Spain of the judgments of the European Court of Human Rights from the perspective of Constitutional Law, more specifically from the perspective of the European Constitutional Law. This begins by pointing out the substantially constitutional quality that both the Convention and the Court have acquired in an ordinarmental framework characterized by the principle of subsidiarity as the optimal instrument for guaranteeing both the normative text and the judgments. From this we can deduce a treatment of the latter that puts the emphasis on the obligatory nature of its fulfillment. This is the meaning of the ECtHR jurisprudence so that it has been possible to speak of the distortion of the declaratory nature of its resolutions. Considering the constitutional nature of the ECHR and the ECtHR, and given the need to ensure the effectiveness of its doctrine to guarantee rights, it is focused on the Spanish internal constitutional order, understanding that it is the right to effective judicial protection (ex Article 24) as the right of having judgments executed that makes necessary a specific procedure like the one finally established in the LO 7/2015.

RESUMEN: En este trabajo se aborda la ejecución de las sentencias del TEDH desde la perspectiva del Derecho constitucional, más concretamente del Derecho constitucional europeo. Se comienza así señalando la cualidad sustancialmente constitucional que han adquirido el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo en un marco ordinarmental caracterizado por la subsidiariedad como instrumento óptimo para la garantía tanto del texto normativo como de las sentencias de su guardián. De aquí se deduce un tratamiento de estas últimas que pone el énfasis

147 Ya señalaba este aspecto F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «Los derechos fundamentales», en P. Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 75-108. Cfr. tb. B. ALAEZ, «se debe trasladar explícitamente una parte de la competencia sobre las competencias (tanto en su faceta de reforma constitucional, como en su faceta de interpretación constitucional) al Derecho de la Unión Europea y a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sin con ello convertirlos en normas supra-constitucionales que vinculen incluso al poder de reforma constitucional del pueblo español, sino únicamente en normas constitucionales, bajo reserva de que respeten los principios y valores fundamentales del ordenamiento constitucional español, tal y como los interpreta el Tribunal Constitucional. Con dicha reforma constitucional, la globalización material que se deriva de la apertura interpretativa del art. 10.2 CE cambiaría parcialmente de sentido, puesto que ahora sí que habría de conferir a dichos tratados internacionales sobre Derechos Humanos y a las interpretaciones auténticas de los mismos la función constitucionalmente definitoria —y no solo interpretativa— de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, dado el expreso rango constitucional de aquéllos, aunque dicha definición se pueda subordinar al respeto a los valores y principios fundamentales del sistema constitucional español bajo un polimorfismo constitucional no equivalente». B. ALAEZ CORRAL, «Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 40, 2017, p. 276.

en la obligatoriedad de su cumplimiento. Éste es el sentido de la jurisprudencia del TEDH de modo que se ha podido hablar de la distorsión del carácter declarativo de sus resoluciones. Considerando el carácter constitucional del CEDH y del TEDH, y dada la necesidad de asegurar la eficacia de su doctrina para garantizar los derechos, se repara en el ordenamiento constitucional interno español entendiendo que es el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24) como derecho a la ejecución de lo juzgado el que hace necesario un procedimiento específico como el que se establece finalmente en la LO 7/2015.

KEY WORDS: ECHR, EctHR, Implementation of judgments, Constitution, Constitutional Court, Spain.

PALABRAS CLAVE: CEDH, STEDH, Ejecución de sentencias, Constitución, Tribunal constitucional, España.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.05.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EL CONTENIDO DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

NICOLÁS PÉREZ SOLA

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Jaén*

SUMARIO

I. Introducción. II. Ámbito de aplicación del CEDH. III. El contexto interno. IV. El principio de inmediación. V. Los pronunciamientos del TEDH condenatorios al Estado español. VI. La recepción por el TC de la jurisprudencia del TEDH.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque es cierto, como se ha señalado desde la doctrina¹, que ha existido en la jurisprudencia constitucional una cierta indeterminación a la hora de ubicar el derecho al doble grado de jurisdicción en nuestra Norma Fundamental, ya que en ocasiones parecía encontrar su espacio en el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y, más tarde, en el más genérico derecho a la tutela judicial efectiva, su interpretación a la luz del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) resulta imprescindible. Pero más allá de contrastar la adecuación de nuestro sistema de recursos en el ámbito penal a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), es evidente que la casuística que presentan las garantías dimanantes del art. 6 CEDH a la luz de la jurisprudencia de aquél, excede con mucho los intentos por parte de nuestro alto Tribunal de adecuar su doctrina a dichos pronunciamientos interpretativos de las garantías en la segunda instancia penal derivadas del citado precepto del Convenio.

Las repercusiones que se derivan para la jurisprudencia del TC en materia de garantías en segunda instancia penal trascienden en efecto de las concretas sentencias de

1 SÁIZ ARNÁIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del art. 24.1 de la CE de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad)», *REDE*, n.º 5, 2003, p. 79.

condena al Estado español que serán objeto de consideración posterior, por lo que pretendemos analizar si el giro jurisprudencial operado por nuestro Tribunal de garantías constitucionales muestra una acertada y completa recepción por éste de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, tras la reforma procesal penal en nuestro país aprobada en 2015. Para ello, nos hemos de ocupar del impulso que la jurisprudencia constitucional ha propiciado del principio de inmediación y su cumplimiento por el órgano ad quem, con especial interés en la casuística que presenta la doble instancia penal cuando la primera de las sentencias resulta absoluta y cómo opera entonces el derecho al recurso, la valoración de la prueba, la contradicción entre las partes y la inmediación, que además ha sido objeto de reflexión doctrinal como de consideración por nuestros tribunales².

Hemos de partir de un sistema de recursos previamente establecido en el ordenamiento interno en el que no está generalizada la segunda instancia a través del recurso de apelación y la casación, sino que queda circunscrita a supuestos tasados. No obstante, estas previsiones legales deben ser contrastadas con las exigencias convencionales en la materia para determinar su adecuación a las derivadas de nuestras obligaciones internacionales y, especialmente, del CEDH. Los interrogantes que quedan planteados a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo son diversos y no admiten una única respuesta. En un primer momento deberíamos cuestionarnos los términos en que debe desarrollarse la segunda instancia. En efecto, el dilema entre si debe contener una revisión completa de lo actuado en primera instancia o debe estar limitada, persiste en la actualidad.

Además, la eventualidad de la segunda instancia condenatoria tras la primera instancia absoluta, nos llevará a interrogarnos sobre si ¿Es constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión tras el pronunciamiento condenatorio en segunda instancia en el proceso penal?

A partir de aquí, cabría cuestionarse si ¿Alcanza la exigencia de inmediación a la práctica de todas las pruebas en segunda instancia? o ¿Tan solo a aquellas de carácter personal (audiencia pública, testigos y peritos)? Incluso puede surgir la duda respecto de ¿Hasta dónde llegan las exigencias del proceso contradictorio?

Vemos como son diversos los interrogantes que deben ser analizados a tenor de los compromisos internacionales contraídos por el Estado español³ y, puesto que contamos con pronunciamientos de las instancias internacionales, como de nuestros órganos de constitucionalidad y jurisdiccionales, la búsqueda de respuestas a través de su estudio puede resultar más fácil para determinar en qué medida, las consecuencias de aquéllos han sido incorporadas a nuestro ordenamiento.

Sirva como punto de partida la constatación de que es en esta materia en la que se evidencia una notoria falta de sintonía entre el sistema del CEDH y nuestro ordenamiento procesal penal, significativamente en relación con el derecho al proceso. Recordemos que nuestro

2 Hay que recordar que el propio TC se había manifestado sobre la posición que le correspondía en este contexto indicando que «no es misión de este Tribunal proponer una regulación constitucionalmente óptima de los recursos en el procedimiento penal ni valorar la vigente en términos de mayor o menor adecuación a los valores constitucionales, sino simplemente determinar si el recurso invocado por los recurrentes constituye una garantía exigida por el art. 24.2 CE» (STC 296/2005).

3 «La remisión que el art. 10.2 CE hace a la DUDH y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aun aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el TEDH al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio» (STC 36/1984).

alto Tribunal ha reiterado que «el derecho a la segunda instancia en el orden penal (...) es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE»⁴. Bien es cierto que más allá de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo en relación al artículo 6 del CEDH, es en el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio donde se recoge expresamente este derecho⁵ y, dicho Protocolo sólo ha sido ratificado por España en fecha relativamente reciente, habiendo entrado en vigor en 2009. Puede estar quizá en la tardía ratificación del citado Protocolo una de las razones por las que las quejas contra el Estado español, en orden a la vulneración del derecho a la doble instancia penal, se han presentado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aunque ambos instrumentos de protección de derechos Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y CEDH están disponibles para su invocación frente a hipotéticas vulneraciones de los mismos por los Estados Parte⁶.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CEDH

Como es notorio, la redacción más precisa del apartado 2 del artículo 1 del Protocolo 7 del CEDH y su ratificación por el Estado español permite incorporar al análisis que en estas páginas se realiza, de este precepto en conexión con el art. 6 del citado texto internacional, si bien, por razones temporales, los casos enjuiciados por el TEDH contra el Reino de España, lo han sido por la presunta vulneración de éste último precepto, ya que aún antes de su ratificación por el Estado español ya había sido invocado desde el alto Tribunal, algo que ha resultado paradójico y no ha escapado a la consideración de la doctrina. Pero antes de avanzar en este análisis debemos dejar constancia de los ámbitos que pueden resultar potencialmente contrarios a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en la medida en que nuestro ordenamiento prevé diversos supuestos en los que la doble jurisdicción no está garantizada y, sobre los que hasta el momento no ha habido pronunciamiento del Tribunal Europeo.

Nos referimos esencialmente a los supuestos de única instancia en los casos de los aforados así como a la privación de una segunda instancia en aquellos otros supuestos en los que los afectados se ven arrastrados por su conexión con aforados a la única instancia del TS. En efecto, por cuanto se refiere a los aforados no cabe extraer una conclusión en términos absolutos sobre su encaje constitucional. Ciertamente el artículo 71.3 CE no permite una respuesta contundente. Es cierto que la jurisprudencia constitucional no ha cuestionado en un juicio de ponderación la adecuación a nuestra Norma Fundamental de una instancia única para juzgar a Diputados y Senadores⁷ pero, no por ello, cabe discrepar

4 «El Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una labor de identificación de los contenidos constitucionalmente declarados del derecho a la tutela judicial efectiva que le venía impuesta por la interpretación internacionalmente adecuada de los derechos fundamentales que resulta del art. 10.2 CE». SÁIZ ARNÁIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal...» Op. Cit., p. 76.

5 «Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley».

6 Nos hemos ocupado de la interpretación llevada a cabo por el TC del art. 14.5 PIDCP en PÉREZ SOLA, N., *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, INAP, Madrid 2015.

7 «Ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección, tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder judicial» (STC 64/2001).

de tal conclusión⁸. Insistiendo más en este argumento, como ha señalado la doctrina, no cabe deducir sin mayor cuestionamiento, la excepcionalidad de la única instancia penal en las causas en las que estén implicados aforados y, por ello, con más razón quienes quedasen arrastrados a la jurisdicción única del TS sin ser aforados «por razón de conexidad»⁹. Además hemos de recordar como con ocasión del voto particular a la STC 37/1988¹⁰ fue propuesta la generalización de la apelación. Pese a la posición de nuestro alto Tribunal al respecto (entre otras SSTC 64, 65 y 66/2001), desde la doctrina se ha mantenido la imposibilidad de que se prive del derecho a la doble jurisdicción a cualquier categoría de personas¹¹ y no sólo los aforados sino a aquellos que se ven arrastrados por razones de conexidad.

Corresponde ahora centrarnos en los casos en los que el Tribunal de Estrasburgo ha apreciado la vulneración del art. 6 CEDH en el ámbito de procedimientos penales, si bien se debe destacar que la consideración por el Tribunal Europeo del sentido y alcance del art. 2, del Protocolo núm. 7 del CEDH¹² ha experimentado también una evolución que debe ser tenida en cuenta al objeto de una mejor comprensión de su doctrina.

En efecto, existen claros pronunciamientos del TEDH respecto de la no vulneración del CEDH por la inadmisibilidad del recurso de casación¹³, no obstante también el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que «las limitaciones impuestas por las legislaciones internas al derecho al recurso (...) deben, por analogía con el derecho de acceso al tribunal (...) perseguir un fin legítimo y no atentar contra la sustancia misma de este derecho»¹⁴. Por ello y de modo sucinto recordamos un conjunto de pronunciamientos de este Tribunal que han completado la interpretación del art. 6 del CEDH que tendrán que ser atendidos, sin perjuicio de las características de cada proceso, dentro del conjunto del ordenamiento interno de cada Estado parte.

En la resolución del Caso Delcourt contra Bélgica¹⁵, el Tribunal Europeo señaló que el art. 6 del CEDH no contiene una obligación para los Estados de crear tribunales de apelación o casación, ahora bien, cuando disponga de ellos, está obligado a asegurar que los justiciables gocen ante los mismos de las garantías fundamentales del citado precepto. Un paso más adelante en esta evolución puede ejemplificarse con la resolución de

8 El voto particular del Magistrado Vives Antón cuestiona el parecer mayoritario del Tribunal, ya que si la interpretación que se realiza por el TC con carácter mayoritario sobre el citado art. 71.3 CE constituye una excepción al derecho al doble grado de jurisdicción, «sería necesario que el precepto lo dispusiera expresamente o, al menos, que ese carácter de excepción pudiera inferirse implícitamente de la incompatibilidad entre la garantía y el precepto constitucional que impone el aforamiento».

9 SÁIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal...». Op. Cit., p. 85.

10 Voto particular formulado por el Magistrado Vega Benayas al que se adhieren los Magistrados García-Mon, Díaz Eimil y Rubio Llorente.

11 «En el caso de quienes resultan afectados por conexión el arrastre supone para quien lo sufre la privación de su derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior, y ello en ausencia de todo fuero procesal». SÁIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal...». Op. Cit., p. 85.

12 «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en el caso de infracciones de menor gravedad, según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución».

13 Caso Papon contra Francia, STEDH de 25 de julio de 2002.

14 Caso Krombach contra Francia, STEDH de 13 de febrero de 2011.

15 STEDH de 17 de enero de 1970.

los Casos Pakelli contra República Federal de Alemania¹⁶ y Axen contra República Federal de Alemania, así como en el Caso Sutter contra Suiza, todas ellas relativas a la publicidad de los debates. Esta línea jurisprudencial se completa con la resolución del Caso Colozza contra Italia¹⁷ que incorpora a la noción de juicio justo la presencia del acusado en los debates del proceso.

Un gran eco tuvo en la doctrina del TC la sentencia del Caso Ekbatani contra Suecia¹⁸, en la que el Tribunal de Estrasburgo indica que «en las circunstancias de la causa, ésta no podía resolverse de modo adecuado, a los fines del proceso justo, sin una apreciación directa de los testimonios personales del recurrente —que alegaba no haber cometido el hecho— y del denunciante, por lo que el nuevo examen por el tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad que discutía el Sr. Ekbatani hubiera debido exigir una nueva audiencia íntegra de los dos interesados», ya que el único material probatorio descansaba en las declaraciones del denunciante frente al acusado que tan solo había reclamado al TEDH ser oído en audiencia pública. En suma en este conjunto de sentencias y en otras posteriores se lleva a cabo un análisis casuístico para determinar por el Tribunal de Estrasburgo si atendiendo al procedimiento interno en su conjunto, como a las características del recurso de apelación concreto, debiera haberse celebrado en la fase de apelación audiencia pública con la presencia del acusado, ya que con carácter general no cabe deducir la misma relevancia de la comparecencia personal del acusado en primera instancia y en apelación, como tampoco cabe deducir automáticamente la audiencia pública ni la comparecencia personal de la fase de apelación¹⁹. Aunque en este ámbito no resulta fácil dirimir cuando se está resolviendo sobre el acceso al recurso y la defensa por el recurrente y cuestiones como la intermediación en la apreciación de la prueba en esta segunda instancia nacional²⁰.

Esta enumeración de antecedentes significativos en la jurisprudencia de Estrasburgo se completa con la referencia al Caso Constantinescu contra Rumanía²¹, frente a una condena revocatoria en apelación de una sentencia anterior absolutoria, en la que no se había llevado a cabo una audiencia personal del acusado en la que se declaró la vulneración del art. 6.1 CEDH.

III. EL CONTEXTO INTERNO

En este contexto, la realización de la actividad probatoria dentro de un conjunto de garantías que han de observarse a lo largo del proceso, constituye una exigencia para la fundamentación de la pena dentro del proceso contradictorio. Pero estos principios reiterados en la jurisprudencia constitucional pueden plantear algunas dificultades respecto a

16 STEDH de 25 de abril de 1983, STEDH de 8 de diciembre de 1983 y STEDH de 24 de febrero de 1984.

17 STEDH de 12 de febrero de 1985.

18 STEDH de 26 de mayo de 1988.

19 Entre otros Caso Kremzow contra Austria, STEDH de 21 de septiembre de 1993, Caso Botten contra Noruega, STEDH de 19 de febrero de 1996, Caso Belziuk contra Polonia, STEDH de 25 de marzo de 1998.

20 CARMONA RUANO, M., «El derecho al recurso en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 96, Op. Cit., p. 438.

21 STEDH de 27 de junio de 2000.

su observancia cuando son contextualizados²². Se trataría de determinar si la exigencia de la inmediación conlleva la práctica nuevamente de todas las pruebas en segunda instancia, o tan solo de aquéllas de carácter personal (audiencia de acusado, testigos y peritos), por cuanto puede suponer una «restricción de la oralidad y publicidad que se produce en el caso de que no se celebre vista oral»²³.

Es cierto que el legislador, a través de sucesivas reformas, ha introducido el recurso de apelación para procedimientos penales singulares, pero en todo caso estamos ante una previsión acotada claramente. A este respecto, cabe recordar que no existe controversia en los supuestos en los que procede interposición del recurso de apelación, ni tampoco a las posibilidades de proponer prueba, limitándose claramente la proposición de prueba a tres supuestos muy concretos. En efecto, cuando no constituya una reiteración de la ya practicada en primera instancia y, por tanto, no se hubieran practicado entonces aquellas otras que hubieran sido «indebidamente» denegadas y constara expresamente la intención de reiterar su práctica en el recurso ulterior de apelación y, finalmente, aquellas que pese a haber sido admitidas, no se pudieron practicar sin que la imposibilidad de su práctica sea imputable al solicitante.

Hemos de reparar inicialmente en las características que rodean a la apelación en nuestro sistema judicial, de tal modo que si no existe una previsión legal entorno a la realización íntegra de la prueba en apelación, los términos en los que se haya sustanciado la prueba en primera instancia pueden ser relevantes a la hora de concretar el cambio de criterio y, por tanto, de fallo del tribunal de apelación de carácter condenatorio, frente al de instancia previo que hubiera resultado absolutorio. El análisis de la importancia de la vista oral debe encardinarse dentro de la práctica de la prueba y con especial énfasis en aquellos procedimientos que habiendo concluido con sentencia absolutoria en primera instancia son recurridos en apelación, tras la realización de una valoración diferente de la credibilidad de testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales) «en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad» (STC 167/2002).

IV. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

En concreto hemos de reflexionar sobre si el denominado derecho al recurso o a la doble instancia penal, pese a su carácter limitado ¿Debe de tener un contenido mínimo?

22 El punto de partida en este análisis puede ser el de un entendimiento «finalístico» del derecho a la tutela judicial efectiva que conduce necesariamente desde la perspectiva teleológica al alto Tribunal a «la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando, (...) las pretensiones del acto han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos órganos judiciales distintos (...) ninguna vulneración comporta per se la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin» (STC 60/2008).

23 «debe favorecerse la celebración de vista en apelación, ya que la oralidad no debe quedar mermada, en la segunda instancia, por una errónea prevalencia de la celeridad mal entendida o de un criterio de oportunidad, que no pueden prevalecer frente a la necesidad de un proceso justo, celebrado en audiencia pública y rodeado de las garantías legales, igualmente observable en el recurso de apelación». RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F., RICHARD GONZÁLEZ, M., *El Proceso Penal Práctico*, Comentarios, jurisprudencia, formularios, Sexta edición, La Ley, p. 958.

y, si dentro de éste ¿Tendría que estar contenida la audiencia pública? Por tanto, la duda que surge es ¿Cuál ha de ser el nivel de exigencia de una audiencia pública en la segunda instancia penal? ¿Nace esta exigencia de nuestro propio ordenamiento o más bien es una aportación del derecho internacional de los derechos fundamentales?

Es por esta razón que la prohibición de la indefensión conlleva que se exija a los órganos jurisdiccionales una especial diligencia, «con el fin de preservar el derecho de defensa de las partes», debiendo respetarse en el proceso la contradicción entre las partes al objeto de disponer de las mismas «posibilidades de alegación y prueba en el ejercicio de su derecho de defensa a lo largo de todas sus instancias» (STC 199/2006).

Evidentemente tenemos que referirnos a la audiencia pública del posteriormente condenado, toda vez que la inmediatez se constituirá en esta materia en principio de obligada observación. En efecto, considerada esta situación en abstracto cabría pensar que carecería de justificación suficiente la condena de quien hubiese sido absuelto en primera instancia con base en «los resultados de pruebas personales» que no hubieran sido objeto de práctica «directa e inmediata» ante el Tribunal ad quem, siendo oído esencialmente el acusado, pero acaso también los testigos y los peritos²⁴. Ahora bien, la cautela se impone, de un lado porque no se trata de generalizar la práctica de la vista oral en la segunda instancia. En segundo lugar, porque la especial trascendencia para la resolución del caso se puede encontrar en la práctica de la audiencia pública del procesado, pero no con carácter general, como una nueva exigencia que se impusiese por el Tribunal de Estrasburgo al juez ordinario, sino porque atendiendo a las circunstancias concretas que concurran, procede para garantizar los derechos de defensa del procesado, llevar a cabo dicha audiencia pública para que sea escuchado en segunda instancia.

Recordemos que podrá acordarse la vista a tenor del art. 791 LECRIM, previa solicitud que se contenga en el escrito de interposición del recurso y haya sido admitida por la Audiencia. Así como cuando la Sala bien de oficio, o a instancia de parte, considere su necesidad para la correcta formación de una convicción fundada. La pertinencia del acuerdo de convocatoria de vista pública por parte del órgano de apelación ha centrado diversos recursos inicialmente en amparo ante el TC y, posteriormente, ante el Tribunal Europeo en la medida en la que la denegación de dicha vista pública pudiera constituir una vulneración del principio de inmediación y, por consiguiente, una vulneración de la tutela judicial efectiva ya que se le ha privado de poder ejercer debidamente la defensa.

La denegación de la vista podría conllevar pues una situación material de indefensión. Como se constata en diversas demandas de amparo ante nuestro alto Tribunal, la inmediación se ha invocado como inherente a la valoración de las pruebas testifical y declaración del acusado, con carácter «inexcusable» para el órgano sentenciador (gestos, estado de ánimo, seguridad, actitud...). En todo caso, será preciso concretar el contexto en el que tiene lugar dicha petición de vista pública, ya que si el objetivo es la observancia del principio de inmediación en la valoración de la prueba conducente al fallo condenatorio ulterior, parece evidente su relevancia. Ahora bien, para analizar esta cuestión en sus justos términos, hemos de constatar la evolución operada por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional fundamentada, sin duda, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

²⁴ MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo blanch, Valencia 2010, p. 389.

En efecto, la jurisprudencia del TEDH recoge como la exigencia del proceso justo o equitativo «implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia». Ahora bien, no existe una exigencia igual con carácter absoluto en la fase de apelación²⁵. A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo cabe resumir la exigibilidad de la segunda instancia de forma casuística ya que será necesario, de un lado, tener en cuenta las peculiaridades del procedimiento concreto en el que se plantee. De otra parte, el lugar que la legislación interna prevé para la jurisdicción de apelación. Además será determinante «la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar»²⁶. En resumen, procederá la exigencia de audiencia pública en el recurso de apelación, atendiendo a las circunstancias del caso y las características del procedimiento interno.

Es en este sentido en el que el TEDH ha puntualizado que «la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia». Así lo ha admitido el Tribunal Europeo respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de derecho y no a las de hecho, en relación con las cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente²⁷.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo descansa en que «es la naturaleza de las cuestiones a tratar ante la jurisdicción de apelación la que determinará la necesidad de que se celebre una vista pública», de tal modo que «la celebración de una vista pública en apelación será exigible cuando la valoración de las pruebas de naturaleza personal (testimonios) sea determinante para decidir sobre la culpabilidad del demandante, exigiendo estas pruebas, por su propia naturaleza, un conocimiento directo e inmediato por el Tribunal de apelación». Además, se concreta por el TEDH en esta sentencia que en «un Tribunal de apelación que goza de la plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates».

Por tanto, se hace necesario un ejercicio de concreción, a los efectos que aquí interesan, ya que no existe un pronunciamiento de alcance general sobre esta cuestión por el Tribunal de Estrasburgo, sino la exigencia de acudir a la casuística para precisar el alcance concreto en el asunto sometido a la consideración del Tribunal. Así, se recoge en dicha jurisprudencia que «cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado», el TEDH ha entendido que «la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo

25 «No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar».

26 Caso Tierce y otros contra San Marino, STEDH de 25 de julio de 2000.

27 Caso Tierce y otros contra San Marino, STEDH de 25 de julio de 2000.

examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas»²⁸.

No ignora el alto Tribunal que las demandas que han sido promovidas ante el Tribunal de Estrasburgo por infracción del art. 6.1 del Convenio, en el caso de sentencias de apelación en procedimientos penales, tienen su fundamentación en la hipotética vulneración de la inmediación, ya que no tuvo lugar en segunda instancia la audiencia o vista oral. En efecto, el TEDH ha declarado «con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa» el art. 6.1 del Convenio «no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH»²⁹.

V. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH CONDENATORIOS AL ESTADO ESPAÑOL

Brevemente procedemos al análisis de los casos de los que ha tenido conocimiento el Tribunal Europeo como consecuencia de la demanda al Estado español por vulneración del citado precepto del Convenio. El análisis de estos asuntos permite constatar el parámetro que emplea el Tribunal de Estrasburgo.

En todo caso, las fronteras que delimitan esta jurisprudencia convencional no terminan de quedar claramente dibujadas, ya que como el propio TEDH ha señalado y nuestro alto Tribunal ha reiterado, «las modalidades de aplicación del art. 6 del CEDH a los procesos de apelación dependen» en primer lugar de las características del propio proceso así como las relativas a la jurisdicción de apelación en cada ordenamiento jurídico nacional. Por tanto, no hay un reconocimiento expreso y para todos los casos de la necesidad de llevar a cabo una vista pública en segunda instancia, si no que se habrá de estar a las particularidades del proceso y especialmente a «la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos en ella, y principalmente la naturaleza de las cuestión que zanjar».

Así el origen de la resolución en el *Caso Bazo González*³⁰, está en la sentencia de primera instancia que fue absolutoria por el Juzgado de lo penal, si bien se planteó con posterioridad el recurso de apelación por el Ministerio fiscal como por el Abogado del Estado. Es relevante que en segunda instancia ninguna de las partes solicitase la celebración de vista pública. La Audiencia Provincial, sin modificar los hechos dicta sentencia condenatoria por tentativa de delito de contrabando, al entender que «la interpretación de la ley (...) realizada por el tribunal a quo fue errónea», si bien, no se llevó a cabo ninguna modificación de los hechos declarados probados. Planteado el recurso de amparo el TC resolvió que no resultaba exigible la celebración de la vista pública.

El correcto entendimiento de las exigencias derivadas de la jurisprudencia del TEDH no es otro que el que le permite a nuestro alto Tribunal concluir que «como

28 Caso Constantinescu contra Rumanía, STEDH de 27 de junio de 2000.

29 Caso Tierce y otros contra San Marino, STEDH de 25 de julio de 2000.

30 STEDH de 16 de diciembre de 2008.

consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar», por lo que si «la celebración de una vista pública no era indispensable» y el órgano juzgador «se limitó a efectuar una interpretación diferente a la del Juez a quo», no resultó necesaria una vista pública, por lo que concluye el Tribunal de Estrasburgo que no se vulneró el derecho del demandante a beneficiarse de un proceso justo.

En el *Caso Igual Coll*, tras la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal relativa a un delito de abandono de familia, con ocasión del recurso de apelación por la ex esposa, se solicita la celebración de vista pública. La Audiencia Provincial deniega esta petición y posteriormente dicta sentencia condenatoria por delito de abandono de familia, admitiendo los hechos declarados probados por el tribunal a quo. Agotada la vía judicial previa, se interpone recurso de amparo ante el TC que no prospera, al entender éste que en primera instancia ya fueron objeto de debate y examen las pruebas propuestas, y que en la Audiencia simplemente se dictaminó la culpabilidad con fundamento en los hechos considerados probados en primera instancia de forma motivada y sin arbitrariedad.

A continuación, se interpone demanda ante el Tribunal de Estrasburgo que tendrá ocasión de reiterar como un Tribunal de apelación goza de plena jurisdicción, y, por ello, «el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates». Ahora bien, reiterando jurisprudencia anterior se afirma por el TEDH que «cuando una instancia de apelación debe conocer un asunto de hecho y en derecho y estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que señala que no ha cometido el acto considerado delito penal»³¹.

En el *Caso Marcos Barrios*³² el origen de esta demanda ante el Tribunal de Estrasburgo está en el procedimiento penal en el que el Juez de lo penal absuelve de un delito de asesinato por las contradicciones parciales de un testigo, así como por insuficiencia de otras pruebas de cargo. El Ministerio Fiscal y la acusación particular recurrieron, solicitando una vista pública en la que se pudieran valorar algunas pruebas. Por la Audiencia Provincial no se admitió dicha propuesta, procediéndose a un pronunciamiento sobre la veracidad y credibilidad de las declaraciones de un testigo que conllevó la modificación de los hechos declarados probados por el Juzgado de lo penal, con la consiguiente sentencia condenatoria. Tras plantearse el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional entendió que no concurrían las circunstancias adecuadas de conformidad con la STC 167/2002, y que tan sólo se había producido una variación en el valor atribuido a las declaraciones de un testigo. Interpuesta la demanda ante el TEDH, se resolverá por éste concluyendo la vulneración del art. 6.1 CEDH, al entender que «la condena en apelación (...) tras un

31 En relación con el margen legal que permite la legislación procesal entiende el Tribunal Europeo que «la Audiencia no se limitó a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Juez a quo respecto a un conjunto de elementos objetivos, sino que efectuó una nueva apreciación de los hechos probados en primera instancia y los reconsideró, cuestión que va más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas». Por estas razones el TEDH entiende que la condena adoptada por la Audiencia Provincial, sin haber sido oído personalmente, no se adecua a «las exigencias de un proceso justo garantizado por el art. 6.1 del Convenio». STEDH de 10 de marzo de 2009.

32 STEDH de 21 de septiembre de 2010.

cambio en la valoración de las declaraciones en litigio (...) sin que el demandante tuviera ocasión de ser oído personalmente y rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista pública, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo».

En el *Caso García Hernández*³³, se inicia este procedimiento judicial con una resolución de absolución en un procedimiento por presunto delito de lesiones por imprudencia profesional. El recurso de apelación fue interpuesto por el afectado y la Audiencia Provincial resolvió mediante sentencia que dictó sin celebración de vista pública, estimando el recurso y condenando como autora responsable de una falta de lesiones por imprudencia leve. El recurso de amparo fue inadmitido por carecer de contenido constitucional, al considerar el TC que la condena no se «había basado en una nueva valoración de las pruebas practicadas en el juez a quo, sino en una distinta apreciación jurídica de los hechos».

Interpuesta la demanda ante el TEDH, en la sentencia que resuelve el caso se afirma que la «Audiencia Provincial no se limitó a una nueva valoración de cuestiones puramente jurídicas, sino que se pronunció sobre la mala praxis de la demandante y el origen de las secuelas del paciente, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia»³⁴. Por tanto, el examen efectuado por la Audiencia Provincial, hacía necesaria la celebración de una vista pública ante el órgano de apelación.

El *Caso Almenara Álvarez*³⁵ tiene su origen en un procedimiento penal por malversación de bienes que concluye en primera instancia con sentencia absolutoria, si bien recurrida dicha absolución en apelación, el órgano jurisdiccional lleva a cabo una modificación de los hechos probados tras una nueva valoración de las pruebas que se practicaron en la primera instancia. En efecto, la Audiencia Provincial anuló la sentencia de instancia y condenó a la demandante por alzamiento de bienes. El sucesivo recurso de amparo fue inadmitido por el alto Tribunal dada su inexistente relevancia constitucional. Sin embargo, una vez instado el enjuiciamiento por el Tribunal de Estrasburgo, éste reiteró la necesidad de haber llevado a cabo el juicio oral dada la valoración diferenciada que de las pruebas se hizo en segunda instancia³⁶, constatando pues la vulneración del art. 6.1 del CEDH.

Aun cuando el desarrollo del procedimiento en el ámbito interno difiere, en el *Caso Valbuena Redondo*³⁷, reúne también las condiciones que están siendo aquí objeto de consideración. En este caso, se trata de un procedimiento penal en el que en primera instancia se dictó sentencia absolutoria al no apreciarse por el Juzgado de lo penal, en atención a las pruebas que obraban en autos, la existencia de ánimo defraudatorio y, en todo caso, tan sólo meras infracciones administrativas. Pero tras el recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado al que se adhirió el Ministerio Fiscal y, sin que ninguna de las partes interesara la vista oral, se condenó por dos delitos contra la Hacienda Pública

33 STEDH de 16 noviembre de 2011.

34 «tal examen implica, por sus características, posicionarse ante unos hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante. (...) la condena de la demandante (...) tras modificar la valoración de elementos tales como el comportamiento de la demandada, sin que ésta tuviera la posibilidad de ser oída personalmente y someterlos a contradicción en la vista pública, no es conforme con las exigencias del juicio justo que garantiza el art. 6.1.»

35 STEDH de 25 de octubre de 2011.

36 «tras un cambio en la valoración de elementos tales como sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la demandante haya tenido la ocasión de ser oída personalmente».

37 STEDH de 13 de diciembre de 2011.

cometidos por medio de un delito de falsedad en documento público (escrituras de compraventa) y de un delito de falsedad en documento comercial (facturas falsas).

El ulterior recurso de amparo ante el TC se fundamenta en la vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que en la Sentencia de la Audiencia Provincial, más allá de llevarse a cabo «una nueva calificación jurídica de los hechos», se procedió a la valoración de cuestiones de hecho que se habían considerado probadas en la primera instancia. Sin embargo, por parte de nuestro alto Tribunal se declaró inadmisibile dicho recurso por carecer de relevancia constitucional.

Tras la interposición de la demanda ante el TEDH en la resolución del caso se puntualiza que en el enjuiciamiento llevado a cabo por la Audiencia Provincial, se efectuó un pronunciamiento expreso sobre la existencia de voluntad de defraudar a la Hacienda Pública, lo que constituye una manifestación relativa a una cuestión de hecho, por lo que se procedió a llevar a cabo una modificación de los hechos declarados probados en primera instancia tan solo a tenor de la prueba documental y sin que el condenado «hubiere tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio en el curso de una vista oral», lo que no es conforme a las exigencias de un proceso equitativo.

El *Caso Serrano Contreras*³⁸ tiene su origen en una sentencia de la Audiencia Provincial de carácter absolutorio por falta de pruebas, por considerar este órgano jurisdiccional que no habría quedado acreditado el dolo exigible para la concurrencia del tipo penal. En efecto, el art. 528 CP en ese momento exigía un ánimo defraudatorio que no pudo ser acreditado. La valoración que efectuó la Audiencia Provincial se concretó en la consideración de la imposibilidad de una afirmación rotunda de la falsedad de las etiquetas sino una probabilidad. Una valoración diferente de algunas pruebas llevó al TS a dictar sentencia condenatoria por los delitos de estafa (art. 528 CP) y falsedad (art. 303 CP). El TS efectuó la modificación parcial de los hechos declarados probados por la Audiencia relativos a los documentos aportados en dos comisiones rogatorias relativos a dos etiquetados de semillas, alcanzando el convencimiento de su falsedad. El demandante alegó la falta de audiencia pública, si bien no fue solicitada por las partes en el juicio oral ante la Audiencia Provincial. Un ulterior recurso de nulidad fue desestimado por el TS por entender que sólo concurriría su oportunidad en el caso del recurso de apelación, pero no de casación que por definición es un recurso extraordinario. El planteamiento a continuación del recurso de amparo fue objeto de resolución de inadmisión del TC por carencia de relevancia constitucional la materia objeto del mismo.

La presentación de la demanda ante el TEDH se sostiene sobre la violación por el Estado español del derecho a la defensa toda vez que fue condenado el demandante por el TS sin posibilidad de ser oído en vista pública y la condena se basó en una nueva valoración de pruebas, no de carácter documental, que se aportaron como consecuencia de las comisiones rogatorias. Para el Tribunal de Estrasburgo «el hecho de que el TS haya tenido en cuenta un medio de prueba que no había sido examinado por el tribunal a quo y que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante, privó a éste de la posibilidad de defenderse frente al mismo».

38 STEDH de 20 de marzo de 2012.

En el *Caso Lacadena Calero*³⁹, la Audiencia Nacional absolvió del delito de estafa y falsedad en documento público al cónyuge de la demandante ante el TEDH, sin embargo recurrida la sentencia ante el TS por el Abogado del Estado y otros condenados, se dictó sentencia condenatoria. Bien es cierto que se dio audiencia a los letrados y condenados en primera instancia así como a la defensa del cónyuge de la demandante, pero no se llevó a cabo la comparecencia material de éste recurrente que finalmente resultó condenado por complicidad en la estafa. La revisión de hechos que estaba prohibida en casación fue la fundamentación en la que descansó el posterior recurso de amparo. La vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías se habría producido por fundamentarse la condena en «una revisión fáctica que altera sustancialmente los hechos probados». El TC consideró que la actuación llevada a cabo por el TS no constituía una revisión de los hechos probados, sino que tan solo se había limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia con base en unos hechos que habían sido acreditados.

Ante el TEDH se argumentó que se habría vulnerado el derecho al proceso en relación con la falta de intermediación en el caso del recurso de casación. Para el Tribunal de Estrasburgo «el TS extrajo inferencias de la intención del acusado a partir de los hechos declarados probados por la instancia inferior (la prueba documental). Sin embargo, para extraer tal inferencia, el TS no escuchó al interesado, quien no tuvo la oportunidad (inexistente en el proceso de casación) de exponer ante el tribunal las razones por las que negaba ser consciente de la ilicitud de su actuación y la voluntad defraudatoria (...) el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su culpabilidad».

En el *Caso Vilanova Goterris y Llop García*⁴⁰, se trata de dos demandas ante el Tribunal que son acumuladas para su resolución y que tienen origen en la sentencia de la Audiencia Provincial que absolvió al primer demandante de un delito de prevaricación medio ambiental y de otro de denegación de auxilio y al otro demandante de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica. La parte acusadora interpuso recurso de casación que concluyó condenando, sin celebración de vista pública, al primero de ellos por delito de prevaricación medioambiental y al segundo por un delito contra el medio ambiente. Los condenados interpusieron sendos recursos de amparo invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad penal (art. 25 CE). El alto Tribunal sin embargo, inadmite sendas demandas al entender que las pretensiones contenidas en las mismas carecían de contenido constitucional que justificara una decisión sobre el fondo. Ante el planteamiento de recuso al Tribunal de Estrasburgo éste apreció que el TS llevó a cabo una nueva valoración de los elementos de prueba que habían sido practicados en la vista pública en la Audiencia Provincial, sin haber dado la oportunidad a las partes a ser escuchados en sus alegaciones directamente en el recurso de casación. Concluye el Tribunal de Estrasburgo que ha habido violación del derecho a un juicio equitativo reconocido en el art. 6.1 CEDH.

El *Caso Román Zurdo y otros*⁴¹ tiene su origen en la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra varios concejales como presuntos autores de delitos relativos a la ordenación del territorio por concesión de licencias de obras ilegales. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia

39 STEDH de 22 de noviembre de 2011.

40 STEDH de 27 de noviembre de 2012.

41 STEDH de 8 de octubre de 2013.

absolutoria ya que el delito del art. 320 del CP exige dolo del autor y no quedaba acreditado que los demandados conocieran la ilegalidad de las licencias de obras. Por parte del Ministerio Fiscal como de la acusación particular, se interpuso el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que sin practicar nuevas pruebas ni oír a los demandados llevo a cabo una modificación parcial de los hechos declarados probados por el Juez a quo. En efecto, la Audiencia Provincial resolvió condenar a una pena de doce meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del cargo por un período de 8 años, por un delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de corrupción urbanística, por entender que quedaba probado el conocimiento de la ilegalidad de las licencias concedidas por los ahora condenados.

Con posterioridad se interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho al proceso equitativo y al principio de la legalidad penal, al no haberse practicado prueba en la Audiencia Provincial y haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. El TC no apreció las vulneraciones alegadas considerando que tan sólo por parte de la Audiencia se había llevado a cabo «un cambio en la inferencia» basado en las pruebas documentales y la legislación urbanística aplicable al caso.

Interpuesta la demanda ante el TEDH por vulneración del principio de inmediatez, éste concluyó que al haberse pronunciado la Audiencia Provincial sobre «circunstancias subjetivas de los demandantes, a saber, que tenían conocimiento de la ilegalidad de las licencias de obras litigiosas», sin tener conocimiento directo de los testimonios de los demandantes y llevar a cabo una nueva valoración todo ello condujo a la vulneración del art. 6.1 CEDH.

El *Caso Nieto Macero*⁴² igualmente presenta una inicial sentencia de absolución por el Juzgado de lo penal de un delito de atentado contra la autoridad del que se le acusaba junto a otras tres personas por haber arrojado presuntamente objetos al paso de un vehículo policial. Recurrida la sentencia por los agentes policiales se llevó a cabo el emplazamiento al Ministerio Fiscal y a las partes si bien el demandante no fue personalmente convocado como preceptúa el art. 182 LECRIM, tan sólo su procurador recibió notificación dos días antes de la celebración de la vista en la que si estuvo presente. La Audiencia Provincial dictó sentencia de condena a todos los demandados a una pena de prisión de un año y al pago de una indemnización.

Sucesivamente se planteó por el demandante incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por improcedente, así como recurso de amparo que no fue admitido por falta de especial trascendencia constitucional.

El recurso planteado ante el TEDH se fundamenta de un lado en la violación del principio de inmediatez y consecuentemente del art. 6 CEDH ya que la vista pública se celebró sin ser personalmente emplazado para comparecer el demandado por la Audiencia Provincial, como prescribe el citado art. 182 LECRIM, llevándose a cabo posteriormente por la Audiencia Provincial una modificación de los hechos declarados probados. El Tribunal de Estrasburgo falla la violación del art. 6.1 CEDH, si bien no se manifiesta sobre el resultado de haberse producido la celebración de la audiencia pública con la presencia del demandante, extremo éste que había sido objeto de reclamación en concepto de daño moral.

El *Caso Varela Geis*⁴³ tiene su origen en una condena por el Juzgado de lo penal por delito continuado de genocidio en virtud del art. 607.2 CP, así como por delito continuado

42 STEDH de 8 de octubre de 2013.

43 STEDH de 5 de marzo de 2013.

de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos por motivos racistas y antisemitas en virtud del art. 510.1 CP. Recurrida la citada sentencia ante la Audiencia Provincial con fundamento en la profesión de librero del condenado que no editor o distribuidor de las obras antisemitas en las que se había fundado aquella condena y previa vista oral se acordó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la conducta sancionada por el art. 607.2 CP⁴⁴. Nuestro Tribunal de garantías constitucionales declaró la inconstitucionalidad de aquel precepto en lo relativo a los términos «que nieguen» delitos tipificados como genocidio. Como consecuencia de esta sentencia, la Audiencia Provincial con expresa mención a su vinculación a la declaración de inconstitucionalidad llevada a cabo por el alto Tribunal relativa al delito de negación de genocidio entiende que deben quedar exentos de sanción penal absolviendo al condenado de dicho delito. Ahora bien, condena a este por el delito de justificación de genocidio (art. 607.2 CP). A continuación se instó demanda para promover el incidente de nulidad de actuaciones que fue rechazado por lo que el condenado presentó recurso de amparo con fundamento en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al principio de legalidad (art. 25 CE), libertad de pensamiento (art. 16 CE) y libertad de expresión (art. 20), que fue inadmitido por aquél.

La demanda formulada ante el Tribunal de Estrasburgo se fundamenta en el hecho de haber sido condenado en apelación por un delito que no se había incluido inicialmente en el escrito de acusación y por el que no había sido objeto de condena en primera instancia en virtud de lo preceptuado en el art. 6.1 CEDH en orden al derecho a que su causa sea oída equitativamente en conexión con ser informado de la causa de la acusación formulada contra él y disponer de tiempo y facilidades para su defensa (art. 6.3 CEDH). Finalmente se resuelve la vulneración del Convenio y del derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa.

*Caso Naranjo Acebedo*⁴⁵. Los datos relevantes en este asunto se resumen en una sentencia condenatoria inicial por parte de la Audiencia Provincial tras un juicio público con jurado popular condenando por delito de robo con violencia y uso de armas. Recurrida la sentencia por el Ministerio Fiscal y por otros condenados se dictó por el Tribunal Superior de Justicia nueva sentencia absolutoria del delito de tenencia ilícita de armas y condenatoria como coautor de dos delitos de asesinato. Planteado el recurso de casación por haber sido condenado sin previa audiencia por el Tribunal Superior, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por entender que el Tribunal Superior tan sólo había llevado a cabo una nueva calificación jurídica de los mismos hechos, sin que esto contraviene el derecho al proceso equitativo. Con posterioridad se plantea un recurso de amparo con fundamento en la violación del art. 24 CE que es inadmitido por carecer de suficiente trascendencia constitucional.

La demanda ante el Tribunal Europeo se concreta en la vulneración del derecho a ser oído por el Tribunal Superior de Justicia, lo que constituiría una vulneración del art. 6 CEDH. Sin embargo el TEDH considera que el defensor del condenado pudo esgrimir en su defensa ante el citado Tribunal Superior lo que a su interés hubiere convenido y que el Tribunal juzgador tan sólo llevó a cabo una modificación jurídica en la calificación de

⁴⁴ «La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos» relativos a la destrucción de grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos.

⁴⁵ STEDH de 22 de octubre de 2013.

los hechos declarados probados en primera instancia. Por tanto, no se aprecia vulneración del art. 6 CEDH en este asunto.

*Caso Sainz Casla*⁴⁶ se trata inicialmente de una sentencia absolutoria para el apoderado de la sociedad por el Juzgado de lo Penal respecto de la acusación de cuatro delitos contra la Hacienda Pública, en concurso con un delito de fraude contable relativos a las declaraciones de la renta e IVA entre los años 1988 y 1999. La absolución se produce por ausencia del elemento subjetivo del tipo, esto es la intención de defraudar, en el demandado, si bien dos inculpados si fueron condenados.

Recurrida la sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado y los coinculpados, el demandante se opuso al mismo. La Audiencia Provincial dictó sentencia condenatoria para el demandante, sin haber considerado la necesidad de celebrar audiencia pública, a una pena de prisión y pago de multa. Es cierto que incorporó una nueva calificación a los hechos la existencia de la firma de varios cheques que el ahora condenado había dirigido al banco en su condición de apoderado de la sociedad. La Audiencia consideró que había existido participación directa en la comisión de los delitos a tenor de la declaración de uno de los inculpados y el testimonio de un experto que así lo declararon en audiencia pública celebrada ante el Juez de lo Penal. Igualmente por la Audiencia se consideró la autenticidad de la firma pese a la carencia de peritaje sobre la misma, en suma no se apreció por aquélla que no se hubieran observado las exigencias relativas al principio de inmediación.

Planteado el recurso de amparo invocando el art. 24 CE por vulneración del derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia, así como el principio de legalidad (art. 25 CE), el alto Tribunal declaró inadmisibile el mismo por no haber justificado el recurrente la esencial trascendencia constitucional.

La demanda ante el TEDH se fundamentaba, entre otras, en la vulneración del art. 6.1 CEDH respecto de la inmediación. Por el Tribunal de Estrasburgo se considera que al revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal la Audiencia Provincial, sin haber escuchado personalmente al condenado, presumiendo su conocimiento de las irregularidades contables se ha vulnerado el art. 6 CEDH. De tal modo que al realizar «una nueva valoración del elemento subjetivo del delito contra la Hacienda Pública sin que el demandante tuviera la oportunidad de ser oído personalmente con el fin de impugnar, mediante un examen contradictorio, la nueva valoración efectuada por la Audiencia Provincial», no se realizó la necesaria audiencia del demandante en una vista pública.

*Caso Porcel Terribas y otros*⁴⁷. En esta ocasión tras la sentencia absolutoria en un asunto de corrupción urbanística, tiene lugar en apelación la sentencia condenatoria en base, entre otras, a las declaraciones testificales prestadas en instancia, por lo que se aduce la vulneración de los principios de inmediación y contradicción por parte de la Audiencia Provincial que se habría pronunciado sobre circunstancias subjetivas (la conciencia de la ilegalidad en la conexión de licencias urbanísticas). Interpuesto recurso de amparo por rechazo de incidente de nulidad de actuaciones como por falta de audiencia en apelación, fue inadmitido por Auto en el que se señalaba la falta de invocación de ésta ante la jurisdicción ordinaria, por lo que se resolvía el no agotamiento de la vía previa. El Tribunal de Estrasburgo aprecia que «la jurisdicción de apelación ha reinterpretado los hechos

46 STEDH de 12 de noviembre de 2013.

47 STEDH de 8 de marzo de 2016.

declarados probados y ha efectuado una nueva calificación jurídica de los mismos, sin respetar las exigencias del principio de inmediación».

*Caso Gómez Olmeda*⁴⁸. En esta ocasión aunque el demandante fue condenado en instancia por desobediencia grave, fue absuelto de los cargos de calumnia, injuria y encubrimiento. Recurrida en apelación la citada resolución no se llevó a cabo la vista pública ya que no fue solicitada por el condenado, ni acordada por el órgano juzgador, si bien se procedió al visionado de un video del juicio oral en primera instancia. La Audiencia Provincial dictó sentencia condenatoria confirmando la condena por desobediencia grave pero también estimando la autoría de un delito continuado de calumnias. Aunque se planteó por el condenado la nulidad de las actuaciones y con posterioridad recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido condenado sin la posibilidad de previa audiencia pública en la que ejercer su defensa, el Tribunal Constitucional no apreció especial trascendencia constitucional. El Tribunal sin embargo hubo de pronunciarse acerca del visionado del video del juicio oral que para el condenado no podía equivaler a la vista oral en segunda instancia en la que los demandados fueran oídos en la vista de casación, en la que se efectuó una nueva valoración de los hechos, mientras que el Gobierno si defendió su equiparación a los efectos del Convenio, por lo que se concluye que el tribunal de apelación «tenía el deber de tomar medidas positivas» aunque no se hubiese solicitado por el demandante, en orden de la celebración de un juicio oral. Recuerda el Tribunal de Estrasburgo que la jurisprudencia constitucional ya se había hecho eco de que «el visionado de un video de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales».

*Caso Atutxa Mendiola y otros*⁴⁹. Aun cuando este asunto presenta diversas vicisitudes hemos de reparar a los efectos de la brevedad expositiva en que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco absolvió de un delito de desobediencia a la autoridad a quienes luego recurrirían a Estrasburgo por el que habían sido demandados, por no acatar la resolución del Tribunal Supremo relativa a la disolución de determinados grupos parlamentarios en las instituciones del País Vasco como consecuencia de la declaración de ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo realizó una nueva interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes respecto a elementos subjetivos que resultaron determinantes para acordar su culpabilidad en un delito de desobediencia sin que hubieran podido ser oídos ante dicho tribunal. No obstante por parte de cinco magistrados se formuló un voto particular por estimar que se había procedido a una nueva valoración de los elementos de prueba sin la observancia del principio de inmediación. Aunque el Tribunal Constitucional no apreció vulneración del derecho de defensa⁵⁰ si se formuló un

48 STEDH 29 de marzo de 2016.

49 STEDH de 13 de junio de 2017.

50 Para la mayoría de los magistrados no «era constitucionalmente exigible que los demandados fueran oídos en la vista de casación», sin embargo en el voto particular se señala que aunque en la segunda instancia no se han modificado «los hechos probados de la sentencia revocada en la parte del relato histórico de los hechos y documentos que lo acreditan, pero sí ha reconsiderado el significado de tales hechos para derivar la presencia del elemento subjetivo de la voluntad de incumplimiento del requerimiento judicial; y en esta reconsideración, se han seleccionado unos datos y excluido otros, (...) lo que propiamente significa también modificarlos porque quedan descontextualizados del conjunto de lo actuado con inmediación en jurisdicción plena en instancia» (STC 205/2013).

voto particular por cuatro magistrados⁵¹. Planteado el recurso ante el Tribunal Europeo por éste se resuelve que el Tribunal Supremo debió llevar a cabo una «valoración directa del testimonio de los demandantes» por lo que al no haberse procedido de este modo se les privó de su derecho de defensa en un proceso contradictorio.

VI. LA RECEPCIÓN POR EL TC DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

No cabe la menor duda que esta jurisprudencia aquí reseñada del TEDH ha sido objeto de amplia recepción por el TC y recogida en la reciente reforma de la LECRIM⁵² y ha tenido cabida en la jurisprudencia constitucional, en relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del CEDH, «como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiere celebrado en esta fase audiencia o vista pública».

Es cierto que con anterioridad el alto Tribunal había optado por la desestimación de vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías denunciadas por la «eventual» ausencia de intermediación en la valoración de la prueba por parte del tribunal que resolvía el recurso de apelación en el entendimiento de que no se causaba lesión al derecho fundamental si en apelación no se llevaba a cabo la práctica de nuevas pruebas (STC 120/1999)⁵³. Además desde esta institución se había confirmado que «quien no ha solicitado la práctica de prueba ni la celebración de juicio oral ante el órgano ad quem no puede luego invocar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de intermediación, oralidad y contradicción en la fase de apelación» (STC 120/1999).

Se ha producido pues una recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de intermediación. Así nuestro Tribunal de garantías constitucionales ha dado entrada a la celebración de la vista pública en segunda instancia, al objeto de propiciar un conocimiento directo e inmediato de las pruebas por parte del órgano judicial encargado de conocer del recurso de apelación, cuando el recurso tuviere por objeto esencial cuestiones de hecho suscitadas por la violación o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, un escenario no tan infrecuente en nuestra actividad jurisdiccional.

Esta evolución jurisprudencial se constata en su primera fase, como se recoge en el ATC 220/1999, cuando se declara por el alto Tribunal que la falta de celebración de vista

51 Se señala la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en contrario y se apela a recientes condenas del mismo (Vilanova Goterris o Román Zurdo).

52 «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas» (art. 792.2).

53 El TC ha señalado que como «consecuencia de la eventual falta de intermediación de la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al considerar que no se lesionaba <tal principio en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de intermediación y contradicción> en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer a <una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia>, pues el Juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba se halla en idéntica situación que el Juez a quo y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo» (STC 129/1999, 43/1997 y 172/1997).

en el recurso de apelación penal en relación con la garantía procesal contenida en el art. 6.1 CEDH «afecta al sistema legal de recursos establecido cuando hay, como sucede entre nosotros, más de una instancia y en la apelación se puede ver de nuevo todas las cuestiones», aunque finalmente no se admitiera la demanda de amparo, ya que la condena en segunda instancia se produjo tras la absolución en la primera, porque el Tribunal ad quem dedujo la culpabilidad «de la valoración de la prueba documental y no de otras pruebas, testificales o periciales, que exigían inmediación y oralidad».

En efecto, esta línea jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Estrasburgo ha tenido eco a partir de la STC 167/2002, que ha incorporado los elementos integrantes de la misma y reiterado en sucesivas sentencias. El TC en esta resolución reconoce que «ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción».

La cuestión que hemos de abordar a continuación no es otra que, en los términos empleados por el alto Tribunal, la relativa a «determinar si en este caso el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción». La cuestión también puede ser formulada en los siguientes términos: «si el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite que opera la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir en los recursos de apelación y si tal posible límite se ha respetado» en el caso concreto objeto de recurso de amparo (STC 167/2002). Nuestro Tribunal de garantías constitucionales advierte del alcance del enjuiciamiento que está llamado a realizar, pues precisa que «la dificultad que puede suscitar (...) relativa a la interpretación constitucionalmente conforme del art. 795 LECRIM⁵⁴ en relación con el art. 24.2 CE, no es evidentemente la misma en la aplicación de dicho artículo 795 LECRIM al caso actual, que la que pudiera suscitarse en el caso de sentencias condenatorias en primera instancia y en los recursos de apelación contra ellas». Cuestión esta que si bien no ha sido abordada ni por el TC ni ante el Tribunal de Estrasburgo contra el Estado español, es factible que pudiera suscitarse en un futuro no muy lejano.

Pues bien, el propio Tribunal se interroga sobre la «interpretación constitucionalmente conforme del art. 795 de la LECRIM en relación con el art. 24.2 CE» en el caso de sentencia absolutoria en primera instancia y el recurso de apelación contra ella interpuesto y resuelto con sentencia condenatoria. En la medida en que en el contenido del art. 24.2 CE se encuentra, entre otras garantías, la de exigencia de inmediación y contradicción, se debe resolver si «puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación» (STC 167/2000). La jurisprudencia del TC en esta materia inicialmente había procedido a la desestimación de los recursos de amparo por vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías.

El giro esencial en la doctrina del TC se produce desde el momento en el que se afirma que el Tribunal de apelación «no puede, por motivos de equidad del proceso,

⁵⁴ En el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado.

decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal (...) excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación» (STC 167/2002). En cambio, no será precisa esta inmediación cuando el objeto de la revisión penal no recaiga sobre la veracidad de los hechos. Es decir, si la cuestión versa sobre la aplicación correcta de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena.

En el mismo sentido y de conformidad con la jurisprudencia de Estrasburgo, se ha asumido por el TC que respecto de la prueba documental, ésta es susceptible de valoración ulterior en segunda instancia, sin que sea necesario reproducir el debate procesal y, por tanto, no precisando inmediación⁵⁵. Tras el giro jurisprudencial producido con la STC 167/2002, justificada con expresa declaración en el art. 13 de la propia LOTC⁵⁶, a continuación se ha reiterado en numerosas resoluciones que el órgano de apelación «no puede, sin celebración de una vista valorar una prueba de carácter personal y la prueba testifical o la declaración de un acusado. En efecto, esto sería contrario a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que conforman parte del derecho a un proceso con todas las garantías» (STC 232/2002).

La recepción por nuestro alto Tribunal de esta orientación jurisprudencial del TEDH se reitera desde el momento en que se ha afirmado por aquél, como se convierte en elemento central la realización de «una nueva valoración de la prueba testifical y de la declaración del acusado, que si tiene lugar sin audiencia pública puede constituir una contravención de los principios de inmediación y contradicción, que podría provocar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías» (STC 134/2007).

Por tanto, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo si el órgano jurisdiccional que conoce del recurso de apelación debe atender para su resolución «cuestiones de hecho como de Derecho y en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado», se hace necesario llevar a cabo «un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible», al objeto de la estricta observancia de los principios que rigen un proceso justo. En este caso se hace precisa «una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».

Si bien no cabe deducir con carácter general que al estar investido el tribunal de apelación de «plenitud de jurisdicción» se debe «siempre» deducir «el derecho a una audiencia pública en segunda instancia» como una obligación dimanante del art. 6 CEDH, al margen de las circunstancias que concurran en la litis correspondiente.

Claro que de la propia jurisprudencia del TC se desprende que se debe acreditar que la privación de la vista en la segunda instancia produjo un efectivo y real menoscabo de

55 No existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en los que «no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos (STC 230/2002).

56 «es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida (...) para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en cuanto a lo que ahora nos ocupa, las exigencias del Convenio...»

su derecho de defensa. El recurrente en amparo deberá precisar, bien las alegaciones que pudo esgrimir en la vista oral o «la oposición que no pudo efectuar frente a las alegaciones formuladas por la acusación, al no haberse llevado a efecto la vista oral, así como con el consiguiente perjuicio que para sus intereses se derivó» (STC 363/1993).

Otra muestra de la «inflexión» de la jurisprudencia constitucional en la materia la encontramos, entre otras, en la resolución de un recurso de amparo en el que se denuncia la vulneración del proceso con todas las garantías de un lado, por la necesidad de que se practiquen en apelación de nuevo las pruebas de carácter personal y, de otro, la exigencia de la audiencia al acusado en segunda instancia, a los efectos de su defensa, ya que la sentencia de apelación resultó condenatoria revocando la absolutoria de instancia. Pues bien, con fundamentación en la jurisprudencia del TEDH se concluye la vulneración del derecho fundamental de defensa del recurrente, pues «los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos a lo largo del proceso», aunque no se solicitase la celebración de la vista en la fase de apelación la Audiencia Provincial «venía obligada a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado» (STC 184/2009⁵⁷).

Hay que recordar como el propio Tribunal ha afirmado que «no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro ordenamiento», sino la observancia de las garantías constitucionales, pero si concluye que la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, «es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído» (STC 201/2012⁵⁸).

Pero es con ocasión de la condena en segunda instancia por delito societario con revocación de la sentencia absolutoria de instancia que se aborda la valoración de pruebas no practicadas ante el tribunal de apelación, así como por no haber sido oído por éste con carácter previo a la condena (STC 88/2013). Pues bien, para la resolución de este recurso de amparo el TC se cuestiona el alcance de las garantías procesales en la segunda instancia penal, para afirmar con sustento en la jurisprudencia del TEDH que la observancia de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, «impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción»⁵⁹.

57 «pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción».

58 «hemos trazado una delimitación, nítida al menos en el plano teórico, entre el ámbito de decisión relativo a la valoración de la prueba y fijación de los hechos probados, para el que resultará insoslayable la audiencia personal del acusado y, en su caso, de otros testigos, y aquellos pronunciamientos que quedan circunscritos a la calificación jurídica del hecho que pueden ser resueltos por el órgano ad quem sin la necesidad de celebrar vista oral».

59 «resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva

Esta evolución jurisprudencial se recoge en la STC 125/2017 en la que al hilo de la resolución del recurso de amparo planteado el Tribunal realiza un recorrido por su jurisprudencia en la materia, hasta concluir con una definición del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal, que quedaría vulnerado «cuando un órgano judicial conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados, para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Con carácter más reciente la STC 146/2017 aborda la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales para la determinación de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito y el deber de audiencia de los acusados, como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías, sobre los que ya se había pronunciado en alguna ocasión el alto Tribunal⁶⁰. El origen de esta resolución se encuentra en una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública dictada en casación por el TS sobre una cuestión relativa al consumo compartido de cannabis, que por parte de la Audiencia Provincial había sido considerada irrelevante penalmente. Bien es cierto que en la sentencia el TS se hacía eco de la jurisprudencia del TEDH sobre la inmediación en el contexto de la revisión de sentencias absolutorias, aunque argumentando en esta ocasión que la Sala juzgadora se habría limitado a un aspecto puramente jurídico: «la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados». Para a continuación, en la segunda sentencia, incorporar una consideración respecto a la concurrencia del error como «conocimiento genérico de la conducta»⁶¹. A partir de aquí la Sala afirma el carácter vencible del error ya que los condenados «debieron cuestionarse la posible ilicitud de su conducta». Si bien fue objeto de cinco votos particulares dicha resolución, en uno de ellos se cuestiona si se excedió el Tribunal en los límites de la revisión en casación de la sentencia absolutoria⁶².

Aun cuando en el recurso de amparo interpuesto contra la citada sentencia condenatoria del TS se alegaba la vulneración de la legalidad penal, tan sólo hemos de ocuparnos aquí de la vulneración de la inmediación «para la valoración de pruebas personales, al dar por probados hechos sobre los que existen dudas razonables, basándose en datos que no

fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (...) sin haber celebrado una vista pública en la que se haya desarrollado todas las garantías dicha actividad probatoria».

60 «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia» (STC 126/2012).

61 «aunque no había sido invocada, en la deliberación ... se suscitó la eventualidad de apreciar en los acusados una situación de error que pudiera atraer la aplicación del art. 14 CP».

62 «la existencia o no del dolo en la actuación» así como que «los hechos probados afirman que no queda acreditado que la asociación tuviera como finalidad pura y simplemente la distribución» a terceros de marihuana o cannabis».

están en el relato de hechos probados, para declarar el carácter vencible del error». Por parte de nuestro alto Tribunal se atiende a la exigencia de intermediación en la valoración de las pruebas personales que, por lo que nos interesa, afecta a la inferencia que por el TS se llevó a cabo respecto de la antijuricidad de los recurrentes respecto de la calificación como vencible o invencible el error de prohibición⁶³. De tal manera que la sentencia condenatoria del TS se fundamentó en la intención de los acusados pero deducida de los hechos probados sin ser oídos «personalmente», por lo que se llegó por la sala juzgadora en casación a desechar que el error de prohibición fuera invencible sin ser oídos los acusados en esta instancia, lo que constituyó para el TC la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

TITLE: The right to trial with guarantees of due process in the second criminal instance

ABSTRACT: This essay focuses on the reception by the Constitutional Court of the case law of the ECtHR on the right to trial with guarantees of due process in second criminal instance, in cases where a court convicts an accused who was acquitted by the first instance.

RESUMEN: Se analiza la recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho al proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal cuando a través de sentencia condenatoria se revisa sentencia absolutoria en la primera instancia.

KEY WORDS: Guarantees of the right to due process, Second criminal instance, Reception of ECtHR case-law.

PALABRAS CLAVE: garantías del derecho al proceso, segunda instancia penal, recepción jurisprudencia del TEDH.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.05.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

63 «la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa error vencible de prohibición» que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa» (STC 146/2017).

LAS SENTENCIAS PILOTO COMO EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA TRANSFORMACIÓN DEL TRIBUNAL DE EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

*Profesora Agregada de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona*

SUMARIO

I. Introducción. II. El atasco de casos ante el Tribunal Europeo. III. La transición de lo internacional a lo constitucional. IV. La aparición de las sentencias piloto. V. Práctica y alcance de las sentencias piloto. VI. La tendencia constitucionalizadora del procedimiento piloto. VII. Un claro desafío a la función de tutela individual. VIII. Valoraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN¹

Después de 60 años de funcionamiento del sistema europeo de garantía de los derechos fundamentales y de más de 50 años desde que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictara su primera sentencia, ha llegado el momento de replantearse la función definitiva de esta jurisdicción, como viene haciendo parte de la doctrina europea en los últimos

¹ Las páginas que siguen pertenecen a un estudio más amplio sobre «La transformación de la función del TEDH en el espacio judicial europeo de los derechos humanos» que presenté como ejercicio de investigación en el concurso para acceder a un contrato de profesora de Agregada Serra Hunter, convocatoria 2016, celebrado el mes de mayo de 2018. Algunas de las conclusiones alcanzadas hasta ahora son fruto de una estancia de tres meses en el Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht en Heidelberg, Alemania, donde fui recibida por el prof. A. VON BOGDANDY. Durante esta estancia tuve la oportunidad de discutir mi trabajo con diferentes investigadores europeos y latinoamericanos, algunos de ellos pertenecientes a la Red ICCAL (*Ius Constitutionale Commune en América Latina*), impulsada por la Prof. Mariela MORALES ANTONIAZZI a quien agradezco enormemente que me haya incorporado en esta red magnífica. Asimismo, quiero agradecer al Prof. Luis LÓPEZ GUERRA a quien entrevisté en Estrasburgo en su calidad del magistrado del TEDH y a Guillem CANO-PALOMARES, Letrado del Tribunal, a quien asalto constantemente con mis dudas. El estudio sobre completo del nuevo papel del TEDH en Europa verá la luz en forma de monografía en los próximos meses. Y como siempre, al grupo de investigación dirigido por el prof. J. GARCÍA ROCA y, tras el fallecimiento del profesor y amigo P. SANTOLAYA, y la profa. E. CARMONA CUENCA con quienes debatir siempre supone aprender.

tiempos². En esta línea, merece la pena reconocer y analizar con detalle la tensión existente entre su función de tutela individual, que ha sido siempre identificada como el objetivo central del sistema europeo, y su función como fijadora de estándares en materia de derechos y libertades. A esta tensión ya se han referido diferentes autores, por todos, L. Wildhaber quien la identificaba como la «fundamental dichotomy» del sistema³. Se trata, utilizando un lenguaje más propio del derecho constitucional, de profundizar en la tensión existente entre la tutela subjetiva de los derechos y una tutela de tipo objetivo y, en cierto sentido, la posibilidad de identificar al TEDH como el tribunal constitucional europeo⁴.

Es evidente que, durante más de 5 décadas de funcionamiento del sistema europeo, el TEDH se ha reivindicado muy especialmente como una jurisdicción internacional a través de la que los particulares podían ver tutelados sus derechos; ahora bien, esta protección quizá no necesariamente deba hacerse a través de las demandas individuales⁵. Se trata pues, de nuevo en palabras del ex-Presidente L. Wildhaber, de entender la demanda individual como un medio, y como un fin en si mismo. Además, los cambios en la configuración del Tribunal, su propia práctica y lógica de funcionamiento, y su jurisprudencia hacen pensar que esta jurisdicción es consciente de que su función en el escenario europeo está cambiando. Cabe identificar una tendencia creciente en el propio TEDH, no siempre explícita, hacia la priorización de la función armonizadora, establecedora de estándares comunes, en detrimento de su función eminentemente tuitiva, basada en un análisis caso a caso. Muestra de ello son, por ejemplo, el reconocimiento, todavía implícito, de los efectos vinculantes y *erga omnes* de la cosa interpretada; el desarrollo de instrumentos internos en el TEDH para dotar de mayor coherencia a las decisiones de las diferentes Salas y evitar contradicciones⁶; el fomento del estudio y aproximación comparados a los conflictos para dotar de base a los consensos de los que el TEDH suele hacer uso en sus decisiones; la insistencia en la subsidiariedad del sistema; los esfuerzos de la Gran Sala por establecer criterios generales en sus sentencias; la tendencia del sistema hacia la estandarización y concentración en problemas estructurales. Entre estas novedades, destaca la que es el objeto de estas páginas: el desarrollo y perfeccionamiento del procedimiento de las sentencias piloto.

Esta tendencia armonizadora, viene seguramente obligada por un elemento bastante prosaico: el TEDH necesita de una nueva estrategia para afrontar su, de nuevo, creciente atasco de demandas (lo que en la jerga de Estrasburgo se categoriza como medidas para garantizar la efectividad a largo plazo del sistema).

Está claro, en todo caso, que el Tribunal está en una nueva etapa de redefinición que, como señala la doctrina, implica una transformación de su posición en el espacio judicial europeo. Veremos cómo contribuyen a ello las sentencias piloto.

2 GLAS, L. R. «Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to Be Drawn,» *Human Rights Law Review* 14, no. 4, pp. 671–690.

3 WILDHABER, L. «A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?,» *Human Rights Law Journal*, no. 23 (2002), p. 162.

4 En esta línea también se manifiesta DE LONDRAS, F. «Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights,» *European Human Rights Law Review*, 2013(1), pp.38–46.

5 En esta línea, GERARDS J. H. y GLAS, L. R. «Access to Justice in the European Convention on Human Rights System,» *Netherlands Quarterly of Human Rights* 35, no. 1, pp. 11–30.

6 Muy relevante es la figura del Jurisconsulto ahora prevista en el art. 18 RTEDH.

II. EL ATASCO DE CASOS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO

Las cifras del TEDH son siempre un instrumento recurrente para mostrar cual es la situación real del sistema europeo⁷:

- a) a finales de 2017 había aproximadamente 56250 demandas pendientes ante alguna de las formaciones judiciales del TEDH⁸;
- b) durante 2017 unas 63400 demandas fueron asignadas a alguna de las formaciones del Tribunal⁹;
- c) el TEDH dictó 1068 sentencias que resolvían 15595 demandas.
- d) 70356 asuntos fueron declarados inadmisibles o fueron archivados¹⁰ (66156 por un juez único).
- e) en cambio, tan sólo fueron admitidos 531 asunto, un 0,9% del total de demandas interpuestas.

Con estas cifras cabe hacerse una primera idea de a qué tipo de demandas hace frente al TEDH diariamente, en otros términos, a qué tipo de asuntos está dedicando tiempo y recursos.

El continuado aumento de demandas se debe a la entrada de nuevos Estados y al mayor conocimiento que se tiene hoy del sistema europeo, pero, también, como señala Helfer¹¹ a la buena reputación con la que cuenta el TEDH entre la opinión pública, su interpretación extensiva del CEDH, la desconfianza respecto de los jueces internos en algunos Estados, o a problemas arraigados en los sistemas de derechos fundamentales en el ámbito doméstico.

La supervivencia del sistema viene siendo objeto de preocupación desde hace muchos años en el seno del Consejo de Europa; de hecho, tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al CEDH en 1998, se produjo la primera toma de consciencia de que aquella reforma que había convertido al sistema europeo en único en su especie debería pronto ser seguida de nuevas modificaciones que ayudaran a aligerar la carga del trabajo del TEDH¹². Sin embargo, como señalan Greer y Wildhaber¹³, el debate oficialista que

7 Las cifras utilizadas han sido extraídas de la publicación del TEDH «Analysis of statistics 2017», publicado en enero de 2018, y que puede encontrarse en https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf.

8 A 31 de diciembre de 2017 había una bolsa de 12,600 demandas en una fase-prejudicial.

De hecho, en 2017 hubo una gran fluctuación en el número de demandas: en enero había 79750 demandas pendientes, 93200 en junio, y 5625 en diciembre. La diferencia entre la cifra de enero y la de finales de año es esencialmente el efecto de que los casos sean repatriados al sistema nacional de una forma u otra, especialmente tras una sentencia piloto.

9 Si bien fui capaz de encontrar la cifra de demandas repetitivas a 31 de diciembre de 2016 ante el TEDH, 35000 demandas, no lo he podido hacer con las cifras publicadas en la web respecto de 2017.

10 Cabe adelantar ahora que 12148 demandas fueron archivadas en una sentencia de la Gran Sala (Burmych y otros contra Ucrania, el 12 de octubre de 2017), de seguimiento de una sentencia piloto previa.

11 HELFER, L. R. «Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime,» *The European Journal of International Law EJIL* 19, no. 1, p. 133.

12 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A. *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, capítulo 2.

13 GREER, S. y WILDHABER, L. «Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights,» *Human Rights Law Review* 12, no. 4, pp. 5 y ss.

defienden la mayoría de los implicados en el Consejo de Europa impide entrar a discutir sobre las bases mismas del sistema europeo de garantía, quedándose, por el contrario, en la propuesta de reformas superficiales, en «parches», que no permiten una mejora sustancial del sistema (estos autores hablan literalmente de «procrastination and tinkering»¹⁴). Por contra, el debate mantenido por jueces y en la academia resulta bastante más profundo y plantea seriamente repensar la función del TEDH. En esta línea es oportuno adentrarse en el estudio de cómo priorizar una función sobre otra de forma que se permita al TEDH velar más adecuadamente por los derechos y libertades del CEDH en Europa, respetando la subsidiariedad del sistema. El objetivo, es, por tanto, aportar un nuevo enfoque (Helper apuesta por un «rediseño»¹⁵) sobre cómo debe abordar el Tribunal de Estrasburgo su función de garante.

III. LA TRANSICIÓN DE LO INTERNACIONAL A LO CONSTITUCIONAL

1. El proceso de armonización

En la línea apuntada, es necesario abordar la naturaleza del Tribunal de Estrasburgo, desde una perspectiva más abierta y material. Parece claro que el TEDH desarrolla una función que supera, con creces, la primigenia finalidad de los tribunales internacionales de resolver conflictos internacionales e, incluso, los planteamientos de los Estados fundadores del Consejo de Europa y primeros firmantes del Convenio Europeo¹⁶. Por este motivo, muchos autores tratan de categorizar al TEDH más allá de su naturaleza formalmente internacional. Así, S. Besson¹⁷ afirma que hoy cabe defender que el control judicial que lleva a cabo el Tribunal Europeo se acerca más al de una jurisdicción supranacional o constitucional, que a un tribunal internacional clásico. Otras autoras, como muestra de la nueva función material del TEDH, se centran en su impacto, como J. Gerards quien que se refiere al poder transformador (*transformative power*) del Tribunal¹⁸. Algunos autores no dudan en atribuirle una función constitucional debido precisamente al tipo de control que realiza y los efectos de sus sentencias en los ordenamientos internos¹⁹.

En este contexto debe explicarse cual es la naturaleza actual del TEDH, a partir de su función en el escenario europeo, para poder entender cual es su relación con el resto

14 GREER, S. y WILDHABER, L., «Revisiting the Debate...», op. cit. p. 7.

15 HELFER, L. R. «Redesigning the European Court of Human Rights»..., op.cit., 128.

16 Recuérdese que el CEDH contenía un mecanismo de protección muy diferente al actual en su estructura y naturaleza; cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A. *El Tribunal de Estrasburgo*, op. cit.

17 BESSON, S. «European Human Rights, supranational judicial review and democracy», en POPELIER, P., HEYNING, C., NUFFEL, P. V. *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Interseta, Bélgica, 2011, pp. 112 en especial.

18 GERARDS, J. H. «The Paradox of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights' Transformative Power,» *Kutafin University Law Review* 4, no. 2, pp. 319 y ss.

19 Entre otros, SADURSKI, W. «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», en *Human Rights Law Review*, vol. 93, 2009, pp. 397-453; o los ya citados GREER, S., y WILDHABER, L. o DE LONDRAS, F.

órganos de tutela de los derechos fundamentales (en sentido amplio), sobre todo, en el ámbito doméstico. De acuerdo con mis últimas investigaciones, el papel del TEDH en Europa cabe ser explicado a través de su función armonizadora. Para ello debe ponerse en valor la gran aportación del Tribunal de Estrasburgo a la protección de los derechos y libertades en Europa, enfatizando su contribución en la creación de un *ius commune europeo* de los derechos humanos («comunidad de derecho» según Helfer²⁰), que se genera a través de función de *standard setting* y que impacta en los sistemas domésticos europeos, provocando cambios en ellos.

La armonización es un proceso basado en el efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH en el que llevo trabajando desde hace años²¹. El Tribunal Europeo parece haber reconocido, no siempre de forma clara, la cosa interpretada como uno de los efectos inherentes a sus sentencias, pero no ha dado el paso de defender su carácter vinculante, no al menos de forma expresa²². Esto no le ha impedido, sin embargo, utilizar su propia jurisprudencia para determinar cuál es el estándar respecto de cada uno de los derechos y libertades convencionales y establecerlo como el canon de convencionalidad que debe ser respetado por las autoridades internas de cualquiera de los Estados parte, y no sólo el implicado en un determinado caso. Y ello porque el efecto de cosa interpretada es *erga omnes*.

La razón que me lleva a defender el carácter vinculante del efecto de cosa interpretada está en que la vinculatoriedad interpretativa de las sentencias del TEDH es elemento indispensable para la supervivencia del propio sistema y elemento indisociable a unos sistemas que se erigen en «desarrolladores» de estándares en materia de derechos humanos en sus respectivos territorios. Esta es, también, la posición que cada vez más agentes implicados en funcionamiento de la garantía europea que el seguimiento del canon europeo, formado por el catálogo convencional y el desarrollo hecho por el Tribunal, es un instrumento indispensable para garantizar la subsistencia del sistema.

Las bases de esta construcción teórica son, en síntesis, las siguientes: los Estados cuando se obligan a respetar los compromisos jurídicos que se derivan del CEDH saben que lo hacen también a la jurisprudencia del TEDH, asumen el compromiso jurídico respecto del *acquis conventionnel* europeo. Negar la obligatoriedad de la cosa interpretada de las sentencias definitivas del Tribunal sería tanto como negar la evolución del propio CEDH y su efectividad actual. Ahora bien, la obligatoriedad que genera la cosa interpretada, que deriva del art. 1 CEDH, es de resultado y supone un deber de compatibilidad de los ordenamientos internos con el citado *acquis conventionnel*. Si un juez interno se

20 Cfr. HELFER, L. R., «Redesigning the European Court of Human Rights», op.cit., p. 134.

21 Especialmente, QUERALT JIMÉNEZ, A. «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 230-275.

22 Es esta una clara diferencia respecto del sistema interamericano de derechos humanos donde la Corte expresamente reconoce los efectos vinculantes y *erga omnes* de sus sentencias a través del control de convencionalidad. Puede encontrarse un estudio comparado entre el control de convencionalidad americano y la cosa interpretada europea en FERRER-MACGREGOR, E., y QUERALT JIMENEZ, A. «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?», en *¿Hacia la globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E., (eds), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

aparta de los estándares fijados por el TEDH podrá provocar una nueva sentencia estimatoria de esta jurisdicción o, quizá, provocar una revisión de su jurisprudencia, pero, en cualquier caso, el Tribunal Europeo será el que decida en última instancia cual es la interpretación compatible con el CEDH en cada momento.

Así, una vez que el Estado ha ratificado válidamente el CEDH aquel quedará obligado por el *acquis conventionnel* europeo, compuesto por las obligaciones del Convenio y, indisolublemente, por el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal de Estrasburgo. Observar la jurisprudencia del TEDH y compatibilizar los estándares internos con el estándar europeo implica cumplir con la obligación del art. 1 CEDH. En definitiva, es el propio sistema de garantía el que genera un principio general de compatibilidad con el estándar europeo definido, desarrollado, completado en cada momento por la interpretación que el TEDH ofrece en sus sentencias.

Pues bien, en el que podemos denominar el espacio judicial europeo de los derechos y libertades «cohabitan», utilizando el término de C. PIZZOLO²³, Tribunales ordinarios de distinto tipo y rango, los Tribunales constitucionales y/o supremos de cada Estado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La base normativa de las relaciones transnacionales y su práctica efectiva son diversas, produciéndose así diálogos, en un sentido amplio, de distinta índole²⁴. En esta cohabitación dialógica el instrumento privilegiado de relación entre los tribunales internos (sean del tipo que sean) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el efecto de cosa interpretada. La *res interpretata* es el vehículo de diálogo con el que cuenta el TEDH en esta *comunidad de intérpretes*²⁵ en la que se desarrolla hoy, como se acaba de mencionar, la tutela de los derechos fundamentales. La principal relación entre TEDH y los Tribunales internos, incluidos los Tribunales Constitucionales, en materia de derechos fundamentales se produce a través de los efectos interpretativos de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estos efectos interpretativos permiten a todos los poderes públicos, también los judiciales, conocer cual es el estándar europeo en cada momento y adaptar su actividad a dicho estándar. Por este motivo definiendo que el efecto de cosa interpretada de las sentencias europeas permite afirmar que el Tribunal de Estrasburgo es el responsable de un proceso de armonización de estándares de derechos y libertades en el espacio judicial europeo.

El proceso de armonización en materia de derechos y libertades, que no de uniformización, viene exigido por el entendimiento conjunto de la existencia de un estándar mínimo europeo (art. 53 CEDH) y la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el sistema. En este sistema, además, la compatibilidad como principio de no contradicción de las medidas estatales con el estándar mínimo generado por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, y no la identidad o la conformidad, hace efectivo el principio de subsidiariedad del sistema europeo, porque permite a los Estados parte elegir los medios para cumplir efectivamente con las obligaciones derivadas de la ratificación del CEDH, sin

23 PIZZOLO, C., *Comunidad de intérpretes finales : relación entre Tribunales Supranacionales, Constitucionales y Supremos: el diálogo judicial*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

24 Entre nosotros, son especialmente relevantes los trabajos de TORRES PÉREZ, A., *Conflict of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, y BUSTOS GISPERT, R. «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.

25 De nuevo, acuñado por PIZZOLO, C., *Comunidad de Intérpretes Finales*, op.cit.

que esto suponga menoscabar la efectividad del sistema ya que el TEDH tendrá la última palabra sobre la potencial contradicción entre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y el estándar europeo.

En definitiva, el proceso de armonización viene implicando a los tribunales ordinarios internos y, particularmente, a los tribunales constitucionales a través de la recepción en sus decisiones del estándar fijado en Estrasburgo, que se convierte en el parámetro de control de la convencionalidad de la actividad de los poderes públicos domésticos. Si no se supera este control, los Estados deben modificar sus cánones internos y reorientarlos hacia el estándar europeo existente.

2. ¿Un tribunal constitucional europeo?

Algunos autores describen hace tiempo al TEDH como una suerte de tribunal constitucional europeo y ello, no tanto por su composición o naturaleza, sino más bien por la función que desarrolla. Así, si consideramos que es constitucional aquel tribunal que es capaz de anular disposiciones generales, normas jurídicas internas cuando son declaradas como contrarias a un parámetro superior, ¿cabe afirmar que el Tribunal de Estrasburgo es un Tribunal Constitucional? La respuesta será negativa si tomamos la definición anterior en su sentido estricto. Sin embargo, si permitimos cierta flexibilidad interpretativa, cabría afirmar que el TEDH es tendencialmente una jurisdicción constitucional para Europa, el tribunal constitucional del espacio judicial europeo de los derechos humanos. El CEDH no es obviamente una constitución en el sentido clásico del término, aunque el propio Tribunal lo calificase como «a constitutional instrument of european public order (ordre public)» en su *STEDH Loizidou contra Turquía*, 23 de marzo de 1995. En todo caso, el CEDH se ha convertido en el catálogo de derechos y libertades de referencia en la actividad de las instituciones de 47 Estados y de la Unión Europea. Por su parte, las sentencias del TEDH son obligatorias, aunque no ejecutivas y, por tanto, no implican *per se* la anulación de una disposición general interna (sea ley, sea reglamento, sea de la clase que sea). En el ámbito de las medidas individuales, muchos Estados han incorporado en sus ordenamientos una vía para permitir la revisión judicial de sentencias firmes tras una condena del Tribunal Europeo²⁶. Además, hay muchísimas evidencias de que los Estados parte modifican, acomodan, sus ordenamientos jurídicos internos, prácticas administrativas e interpretaciones judiciales a los estándares del Tribunal de Estrasburgo y lo hacen independientemente de si fueron o no el Estado declarado responsable de una violación del Convenio. En todo caso, las decisiones del Tribunal no siempre generan la inmediata anulación de una norma interna, como sería exigible de un Tribunal Constitucional «clásico», pero suponen, en muchos casos, el inicio de un camino para su futura (más o menos próxima) modificación²⁷.

26 En cumplimiento de la *Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at major level following judgements of the European Court of Human Rights*, adoptada el 19 de enero de 2000, muchos Estados han incorporado este instrumento de ejecución de sentencias en sus ordenamientos; recientemente, España.

27 Una muestra de los cambios domésticos provocados por las sentencias del TEDH puede encontrarse en el documento «Thematic presentation of major reforms since Interlaken 2010» (Committee of Ministers' Annual Report 2016, <https://rm.coe.int/16807082d4>)

Sadurski, a través de un acercamiento pragmático²⁸, afirma que es obvio que no cabe hablar de Constitución cuando nos referimos al CEDH ni de Tribunal Constitucional para definir el TEDH. Sin embargo, considera que si se permite un acercamiento por grados o intensidades (un planteamiento flexible como el que se defiende aquí), entonces sí puede aceptarse que el Tribunal Europeo es en cierto grado constitucional. En su caso, la cuestión de si estamos ante una jurisdicción constitucional tiene que ver con las concretas funciones que lleva a cabo el TEDH y que, como defiende este autor, se han ido constitucionalizando, esto es, se percibe una clara tendencia constitucionalizadora de su actividad. Esta tendencia se ha visto reafirmada por la entrada de los países del este y centro de Europa en el Consejo de Europa. Para Sadurski las deficiencias en los sistemas de tutela de los derechos fundamentales de las nuevas democracias orientales y centro europeas provocaron una clarísima transformación del TEDH hacia su constitucionalización. Y ello porque la entrada de estos Estados en el sistema provocó que el Tribunal de Estrasburgo se viera obligado a pasar de ser una jurisdicción, en el término utilizado por de Sadurski, de «fine-tuned control» a una jurisdicción que debía entrar a valorar la propia viabilidad de sistemas normativos y políticas públicas respecto del estándar común europeo²⁹. Ya no se trataba de atender demandas individuales que, por lo general, ponían de manifiesto fallos coyunturales y fácilmente identificables de los sistemas domésticos de tutela, sino de fiscalizar la compatibilidad de disposiciones generales y líneas de desarrollo político con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH³⁰.

A lo que se acaba de decir, debe añadirse que el TEDH no tuvo que esperar, en realidad, para llevar a cabo controles de tipo constitucional a que llegaran los Estados del telón de acero. Mucho antes había llevado a cabo análisis de leyes u otras disposiciones generales para determinar si una vulneración concreta del CEDH se debía a una incorrecta aplicación de dichas normas o si, por contra, la contravención del estándar europeo se encontraba en la propia norma. Es cierto que el TEDH sigue reiterando que su función es la tutela individual de los derechos a través de controles *in concreto* y que, por tanto, los controles *in abstracto* quedan fuera de su competencia³¹. Sin embargo, diga lo que diga sobre el alcance formal de su control, no es extraño ver en las sentencias europeas escrutinios de compatibilidad que van más allá de la mera aplicación de una norma³², muy especialmente, a través de las sentencias piloto.

En efecto, un elemento clave para afirmar la tendencia constitucionalizadora del TEDH es el procedimiento de caso piloto³³. Los casos piloto suponen la formalización del control *in*

28 Lirretalmente «purely instrumental role of the issue of «constitutionalisation», SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit., p. 400.

29 Cfr. SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit., p. 422.

30 Vid. *in extenso* SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit., especialmente pp. 402-403 y 406 y ss.

31 No merece la pena ahora detenerse en esta cuestión a la que he tenido oportunidad de referirme con detalle en otros trabajos; me remito a QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 54 y ss.

32 En esta misma línea recordaba GARLICKI, L. en «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Sur le dialogue des juges», en VVAA, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, Daloz, Paris, pp. 272 y 273, como el TEDH se había visto obligado a llevar a cabo controles en concreto, como mínimo, en tres supuestos: en demandas entre Estados, en supuestos en los que la violación del CEDH emana directamente de una ley o disposición general o, incluso, cuando la violación deriva de un acto de ejecución de una disposición que contraviene el convenio.

33 Claramente lo señala SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit.: es una de las bases de su texto.

abstracto del TEDH respecto de los ordenamientos jurídicos internos, y ello sin que se haya producido ningún cambio normativo convencional. Todo sigue igual en el texto del Convenio, ya que el procedimiento del caso piloto es un método «adoptado» por el TEDH y normativizado en su reglamento, y empujado, como veremos, por las propias instituciones del Consejo de Europa, especialmente el Comité de Ministros. Por ello, en palabras de Sadurski³⁴:

«[...] the court can now announce that it is authorised (even compelled) to identify systemic defects in a legal system and to prescribe major legislative changes, its self-perception as a 'constitutional' court of sorts is quite clear.»

IV. LA APARICIÓN DE LAS SENTENCIAS PILOTO

1. Los casos piloto: causa y origen

El procedimiento de caso piloto nace como respuesta a lo que el TEDH denomina demandas repetitivas. Son demandas individuales presentadas por personas no organizadas pero generadas por la misma causa, con el mismo origen. Por lo general, además, la causa de la violación suele estar en una disposición general interna (leyes, reglamentos, etc.) o en un fallo estructural del sistema nacional de tutela de los derechos, por acción u omisión.

Aunque el procedimiento piloto no fue codificado en el Reglamento del TEDH hasta 2011, el pistoletazo de salida de este método para lidiar con asuntos repetitivos lo dio el Comité de Ministros con la aprobación de la Resolución Res(2004)3 sobre sentencias que pongan de manifiesto problemas estructurales³⁵. En esta resolución el comité invitaba al TEDH a que:

«i. As far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the committee of ministers in supervising the execution of judgments;

ii. To specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the committee of ministers, but also to the parliamentary assembly, to the secretary general of the council of Europe and to the Council of Europe commissioner for human rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the court»

En la misma sesión del Comité de Ministros, se aprobó, también, la Recomendación Rec (2004)6³⁶, que suponía la correspondiente traslación de su petición al TEDH en

34 SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit., p. 422.

35 Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session).

36 Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session)

sugerencias a los Estados. Así, les recordaba insistentemente que ellos son los primeros responsables de la tutela de los derechos convencionales (art. 1 CEDH) y que, además, según se desprende del art. 46 CEDH, deben cumplir con las sentencias dictadas contra ellos, siendo especialmente importante un rápido cumplimiento en los casos en los que se ha detectado un fallo estructural del sistema. En estos supuestos en los que la problemática interna pueda generar la llegada constante de demandas ante el TEDH, los Estados deben ser especialmente diligentes. De hecho, en el apéndice de esta recomendación dedicado a recoger una guía de buenas prácticas en relación con el cumplimiento de las sentencias del TEDH, el Comité de Ministros era bastante ambicioso con sus peticiones a los Estados, sobre todo, en el apartado relativo a los casos piloto. Y ello porque, como el órgano de supervisión reiteraba en este texto, las demandas repetitivas³⁷ ponen en jaque al sistema. Así, cuando el TEDH identifica un problema estructural y declara que es este el origen de vulneración del CEDH, las autoridades domésticas deben asegurarse de que los potenciales solicitantes tengan, cuando corresponda, un recurso efectivo que les permita presentar una solicitud ante un tribunal competente interno, evitando así que el caso llegue ante el TEDH y respetando el principio de subsidiariedad del sistema europeo. De la implementación de dicho recurso efectivo depende, dice literalmente el Comité de Ministros, la reducción sustancial de la carga de trabajo del Tribunal. En este contexto, el Comité de Ministros,

«Recommends that member states, taking into account the examples of good practice appearing in the appendix:

I. Ascertain, through constant review, in the light of case-law of the court, that domestic remedies exist for anyone with an arguable complaint of a violation of the convention, and that these remedies are effective, in that they can result in a decision on the merits of the complaint and adequate redress for any violation found;

II. Review, following court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the court.»

Como se observa, el Comité abría una nueva etapa en la jurisprudencia del TEDH, incluso en la propia naturaleza de sus sentencias, dado que, en contra de lo que venía siendo la tónica general, inducía al Tribunal a identificar casos de violaciones con origen estructural y, lo más importante, a ayudar a determinar las medidas necesarias para ponerles remedio, tanto individuales como generales. Se iniciaba un cambio en el contenido y alcance de las decisiones de la jurisdicción europea, superando los estrechos límites en que se venía moviendo, al menos formalmente: mera declaración de vulneración del CEDH y, en su caso, concesión de una satisfacción equitativa. Esta Resolución abría la puerta y legitimaba una nueva etapa del sistema europeo hacia el control de disposiciones o medidas generales de los Estados parte, quedando el control concreto superado en este tipo de supuestos.

Asimismo, la semilla de los casos pilotos estaba plantada: el TEDH debía identificar aquellas demandas que tuvieran origen en fallos estructurales de los sistemas de protección internos que hubieran dado lugar o pudieran dar lugar a demandas repetitivas.

37 Vid más arriba.

El Tribunal rápidamente hizo uso de la oportunidad abierta por el Comité de Ministros y la Gran Sala dictaba su primera sentencia piloto el 28 de septiembre de 2005, STEDH caso *Broniowski contra Polonia*. Este asunto, relativo al derecho a la propiedad privada reconocida en el Protocolo núm. 1 al CEDH, afectaba a unas 80.000 personas. En junio de 2004 la Gran Sala dictó una sentencia³⁸ en la que se hacía constar el fallo estructural en la protección del derecho a la propiedad. En el fallo, el Tribunal declaraba que el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH tenía su origen en un problema sistémico conectado con el malfuncionamiento de la legislación y prácticas internas, causado por la falta de un mecanismo efectivo que hiciera posible a los afectados reclamar la correspondiente indemnización. En consecuencia, el TEDH declaraba que Polonia debía (*must*) asegurar el ejercicio del derecho a la propiedad privada a través de la implementación de las correspondientes medidas legales y administrativas.

Tras la sentencia, el Parlamento polaco inició la tramitación de una nueva ley, aprobada en julio de 2005, que satisfacía los criterios establecidos por la Gran Sala en la sentencia de 2004. Con posterioridad, se alcanzó un acuerdo amistoso (art. 39 CEDH) relativo a la satisfacción equitativa (art. 41 CEDH) que sería reconocida a las víctimas de la violación del derecho a la propiedad. Este acuerdo fue recogido en la sentencia de archivo de la demanda de 28 de septiembre de 2005 de la Gran Sala. Fue en esta sentencia en la que el Tribunal inició formalmente la utilización del procedimiento de caso piloto, al amparo de la Resolución del Comité de Ministros de 2004 y en aplicación del art. 46 CEDH:

«The object in designating the principal judgment as a «pilot judgment» was to facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction affecting the protection of the right of property in the national —polish— legal order. One of the relevant factors considered by the court was the growing threat to the convention system and to the court's ability to handle its ever increasing caseload that resulted from large numbers of repetitive cases deriving from, among other things, the same structural or systemic problem (see *Broniowski*, cited above). Indeed, the pilot judgment procedure is primarily designed to assist the contracting states in fulfilling their role in the convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned the convention rights and freedoms as required by article 1 of the convention, offering to them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the court which would otherwise have to take to judgment large numbers of applications similar in substance. It will be recalled that, in the pilot judgment in *Mr. Broniowski's* application, the court, after finding a violation, also adjourned its consideration of applications deriving from the same general cause «pending the implementation of the relevant general measures»³⁹.

En esta decisión, el TEDH avaló el acuerdo alcanzado por el Sr. Broniowski y el Gobierno polaco —en tanto que incorporaba medidas individuales dirigidas a compensar al demandante, pero, también, medidas de carácter general que pudieran ser aplicadas a todas aquellas personas que se encontraran en la misma situación que Broniowski. Así, como el propio Tribunal señalaba, se tutelaba el derecho individual del demandante a la

38 Asunto *Broniowski contra Polonia*, de 22 de junio de 2004.

39 Pár. 35 STEDH *Broniowski* de 28 de septiembre de 2005.

vez que preservaba la subsidiariedad del sistema europeo dejando en manos del Estado polaco la protección del derecho a la propiedad privada de los demás afectados.

El cumplimiento de las medidas generales e individuales a las que se comprometió el Gobierno polaco en el acuerdo amistoso fue verificado por el Comité de Ministros. De hecho, en su resolución final del caso en 2009⁴⁰, testaba la adecuación y suficiencia de las medidas adoptadas mediante dos decisiones de inadmisibilidad del TEDH en varios casos con el mismo fondo que Broniowski⁴¹. En estas decisiones el Tribunal afirmaba que:

«For that reason, the Court's findings in the present case as to whether the enactment of the July 2005 Act and its operation in practice «secure[d] the implementation of the property right in question in respect of the remaining Bug River claimants..., in accordance with the principles of protection of property rights under Article 1 of Protocol No. 1» and whether, in consequence, the «matter has been resolved» for the purposes of Article 37 §1 (b) will be valid in the context of all subsequent similar cases»⁴².

Finalmente, en 2011⁴³ entró en vigor una nueva reforma del Reglamento del TEDH⁴⁴, por la que se incorporó el procedimiento de sentencia piloto. Con este procedimiento pretendía dotarse al sistema de un medio para tratar con grandes bolsas de casos idénticos con el mismo origen (demandas repetitivas).

A grandes rasgos, el funcionamiento del procedimiento es el siguiente: cuando el Tribunal recibe un número significativo de demandas que se deriven de la misma causa, podrá decidir seleccionar una o varias de ellas y darles una tramitación prioritaria. Al estudiar el caso o casos seleccionados, tratará de lograrse una solución que pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos similares, esto es, que plantean el mismo problema de base, tanto presentes como futuros.

En todo caso, son varias las finalidades de este procedimiento. La primera está clara: dar solución a problemas estructurales de un Estado, lo que, a su vez, deber evitar la llegada de nuevas demandas ante el TEDH⁴⁵. Asimismo, según el Tribunal, este procedimiento favorece una reparación más rápida de la violación (o violaciones) del Convenio. También se persigue otro objetivo importante desde la perspectiva del sistema: este procedimiento permite aumentar la productividad del Tribunal⁴⁶. Por último, en la base de

40 Final Resolution CM/ResDH(2009)89, adoptada por el Comité de Ministros de 30 de septiembre de 2009.

41 Decisión en el caso Wolkenberg y otros contra Polonia, de 4 de diciembre de 2007, y decisión en el caso Witkowska-Tobola contra Polonia, también de 4 de diciembre de 2007.

42 Pár. 36 Wolkenberg y otros contra Polonia.

43 Desde la STEDH en Broniowski hasta la aprobación de la reforma del Reglamento del TEDH en 2011, el Tribunal utilizó como base para utilizar el procedimiento de casos pilotos su sentencia de 2005, lo que hizo por segunda vez en la STEDH Hutten-Czapska contra Polonia, de 22 de febrero de 2005, sentencia de Sala. En este supuesto se repitió el mismo esquema: sentencia de Sala, sentencia de Gran Sala confirmando la decisión de la Sala y segunda sentencia de Gran Sala recogiendo un acuerdo amistoso con medidas individuales y medidas generales.

44 Incorporado por el TEDH el 21 de febrero de 2011.

45 DI MARCO A., «L'État face aux arrêts pilotes de la Cour Européenne Des Droits de l'Homme,» en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 108, p. 888.

46 Estos dos elementos son señalados por el TEDH en la *Factsheet* relativa a las sentencias piloto, actualizada en febrero de 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf (consultada el 15 de julio de 2018).

este procedimiento está recuperar la subsidiariedad de la tutela que ofrece el sistema procurando al Estado la guía necesaria para que adopte en el ámbito interno los instrumentos efectivos para poner remedio a la vulneración detectada⁴⁷.

2. El art. 61 RTEDH: base normativa de las sentencias piloto

El art. 61 fue incorporado en febrero de 2011 al Reglamento del TEDH. Es un artículo largo y prolijo al que merece la pena echar, si quiera, un breve vistazo ya que en él se establecen las bases normativas sobre las que funciona el TEDH a la hora de utilizar el procedimiento de caso piloto.

En primer lugar, las normas de funcionamiento del Tribunal fijan el objeto de los casos piloto: asuntos en los que los hechos revelen la existencia de un fallo estructural o sistémico u otra disfunción similar que haya dado lugar o pueda dar lugar a aplicaciones similares.

La adopción del método de caso piloto será siempre de oficio, pero las partes pueden solicitarlo. En todo caso, antes de decidir que a la demanda le será aplicado el procedimiento de caso piloto, el Tribunal recabará la opinión de las partes sobre la existencia de un problema o disfunción en el Estado demandado y sobre la idoneidad de tramitar la demanda como piloto. Una vez decidido que el asunto será piloto, su tramitación tendrá carácter prioritario⁴⁸.

En su sentencia piloto, el Tribunal identificará tanto la naturaleza estructural o sistémica del problema o disfunción, así como el tipo de medidas reparadoras que el Estado demandado deberá adoptar en el ámbito nacional en virtud del fallo de la sentencia. En el fallo, además, el Tribunal podrá determinar en qué plazo deben adoptarse aquellas medidas, teniendo en cuenta su naturaleza y la rapidez con la que puedan ser adoptadas.

Por último, el art. 61 del RTEDH se refiere a los efectos que genera una sentencia piloto tanto respecto de los demandantes en el supuesto estudiado como respecto del resto de demandas presentadas ante el Tribunal por la misma causa. Así, en primer lugar, el Reglamento señala que al adoptar una sentencia piloto, el Tribunal podrá reservarse la cuestión de la satisfacción equitativa en su totalidad o en parte a la espera de la adopción por el Estado responsable de las medidas individuales y generales fijadas en la sentencia.

En cuanto a los casos similares, el Tribunal puede decidir aplazar su examen a la adopción de las medidas reparadoras requeridas en su decisión. En este caso, se informará adecuadamente a los demandantes del aplazamiento del estudio de sus recursos y serán notificados de todas las vicisitudes del proceso que también afecten a su causa. En cualquier caso, el Tribunal podrá recuperar el estudio de una demanda aplazada cuando el interés de la justicia así lo exija. Asimismo, si pasado el plazo, el Estado infractor no

⁴⁷ STEDH caso Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de enero de 2012, párr. 182. Este párrafo se repite prácticamente en todas las sentencias piloto del TEDH; entre las más recientes, asunto Rezmives y otros contra Rumania, de 25 de julio de 2017, párr. 104.

⁴⁸ Los criterios de priorización del TEDH pueden consultarse en https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf (consultado el 15 de julio de 2018).

cumple con las medidas acordadas en la sentencia piloto, el Tribunal podrá recuperar la tramitación de las demandas previamente aplazadas.

Es importante señalar que las sentencias piloto son tomadas por el Tribunal como un instrumento que atañe a todo el sistema europeo de garantía y, por ello, cuando dicta una de estas sentencias da cuenta de ello al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Secretario General del Consejo de Europa, y al Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. De esta forma pretende ponerse el acento sobre la base estructural de la vulneración del Convenio, elemento que necesita, en muchas ocasiones, de la concurrencia de diferentes actores para su reversión.

V. PRÁCTICA Y ALCANCE DE LAS SENTENCIAS PILOTO

1. La decisión de aplicar el procedimiento de caso piloto

La decisión de identificar una sentencia como piloto y la aplicación de los elementos establecidos en el art. 61 RTEDH se hace en virtud del art. 46 CEDH. Así, después de analizar las vulneraciones materiales del CEDH, a veces incluso después de hacer el examen sobre la necesidad de reconocer una satisfacción equitativa a los demandantes (art. 41 CEDH), se abre, en la parte argumentativa de la sentencia, un epígrafe dedicado al art. 46 CEDH.

Ahora que el Tribunal cuenta ya con un cierto acervo jurisprudencial sobre sentencias piloto, en primer lugar, se recuerdan los principios generales que sustentan el procedimiento piloto y los elementos que lo caracterizan. En esta línea, en principio el supuesto habilitante viene marcado, como se ha visto, por el art. 61 CEDH: cuando los hechos de una demanda revelen la existencia de un problema sistémico o estructural u otra disfunción que haya aparecido ya en diferentes asuntos. A partir de aquí, es competencia exclusiva del Tribunal decidir si en una demanda o supuesto de hecho concurren las situaciones descritas. A este respecto, las partes pueden indicar la necesidad de convertir el proceso en un procedimiento piloto. Sin embargo, no parece que quepa distinguir todavía un criterio inequívoco que permita anticipar, en todo caso, la decisión del TEDH al respecto. Esto es, el Tribunal, cuando adopta la decisión de aplicar el procedimiento piloto sí que identifica cual es el problema sistémico o disfunción, aunque tampoco se distingue entre problema estructural, sistemático o disfunción del sistema interno. Sin embargo, no conocemos todavía los elementos concretos que deben concurrir para que el Tribunal identifique una demanda como piloto respecto del resto de demandas similares, cuál es la razón que le lleva a preferir una demanda respecto de otras⁴⁹.

⁴⁹ Por ejemplo, en Mansur Yalçın y otros contra Turquía, de 16 de septiembre de 2014, relativo al art. 2 Protocolo 1 al CEDH: en este supuesto, el Tribunal trataba, de nuevo, la forma en que se dan las clases de religión y ética en los cursos de primaria y secundaria y el respeto las convicciones religiosas y morales de los padres. En este caso, el Tribunal, al analizar el alcance de las obligaciones del art. 46 CEDH, afirmaba que esta vulneración derivaba de un problema estructural y que, por ello, el Estado debía seguir las directrices sentadas en párrafos previos de la sentencia, que reiteraban, además, lo ya dicho en STEDH Hasan and Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007, sentencia que tampoco fue calificada como piloto. Como se observa, pese a la detección como problema estructural, no se utiliza el sistema de procedimiento piloto. Cfr. GLAS, L. «The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice,» March 16, 2016, <https://papers.ssrn.com/sol3/>

El problema puede ser identificado en el primer asunto sobre la materia respecto del que el TEDH dicte una sentencia (*Bronioswki y otros*), siempre y cuando haya sido advertida la llegada a Estrasburgo de una cantidad importante de demandas con la misma básica fáctica.

A veces, en cambio, un lapso menor de tiempo y un volumen también menor de condenas previas, pueden determinar que el Tribunal adopte el procedimiento piloto. Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto *W. D. contra Bélgica*, de 6 de septiembre de 2016, declarada sentencia piloto en relación con el problema estructural que supone que en las prisiones belgas los internos no cuenten con tratamiento psiquiátrico adecuado a sus patologías mentales, lo que contraviene los art. 3 y 5 del CEDH. Según el Tribunal desde el caso *L.B. contra Bélgica*, de 22 de octubre de 2012, las demandas presentadas sobre la base de las mismas violaciones del CEDH no habían hecho más que crecer⁵⁰, aunque no habían sido más de 20 sentencias dictadas. En todo caso, aunque este número puede parecer escaso en comparación con el volumen de asuntos similares necesarios para activar el procedimiento piloto en otros supuestos, como se verá enseguida, el Tribunal acompañó su decisión de los informes elaborados por otras organizaciones nacionales e internacionales centradas en la garantía de los derechos de los presos⁵¹. La razón última, en este caso, parecía ser el número de personas a las que potencialmente podía afectar el problema estructural señalado⁵². La subsidiariedad y la efectividad del sistema europeo estaban en la base de las razones expuestas.

En otras ocasiones, en cambio, el TEDH puede tardar años en tomar la decisión de adoptar un caso piloto. Cabe poner como ejemplo el caso de las dilaciones indebidas, incluso incumplimientos, en la ejecución de resoluciones judiciales en Ucrania. En 2004, el Tribunal dictó sentencia en varios asuntos en los que ya se ponía de manifiesto esta situación⁵³. Pese a ello, el número de demandas europeas sobre el mismo motivo no dejaba de crecer. Tanto es así que son varios los documentos que ha ido elaborando el Comité de Ministros en su labor de supervisión de estos asuntos⁵⁴. Pasados unos años, el Tribunal dictó la sentencia en el caso *Yuriy Nikolayevich Ivanov contra Ucrania*, de 15 de octubre de 2009, en la que se ponía de manifiesto las reiteradas llamadas de atención que pesaban sobre este Estado en esta materia: las más de 300 sentencias dictada contra Ucrania desde 2004 a 2009⁵⁵ sobre incumplimiento o dilaciones injustificadas en la ejecución judicial, los más de 1400 casos pendientes ante las formaciones del Tribunal⁵⁶, y las recurrentes decisiones del Comité de Ministros sobre esta materia (en diciembre de 2009 eran

papers.cfm?abstract_id=2748540, p. 4; HAIDER, D., *The Pilot-Judgement Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2013.

50 En el momento de dictarse esta sentencia, había pendientes unas 40 demandas con la misma motivación.

51 Vid. párs. 71 y ss. de la STEDH *W. D. contra Bélgica*.

52 Pár. 166.

53 Se toma como referencia la STEDH caso *Zhovner* (y otros casos similares) contra Ucrania de 26 de junio de 2004.

54 Destaca el documento informativo «Non-enforcement of domestic judicial decisions in Ukraine: general measures to comply with the European Court's judgments. Memorandum prepared by the Department for the Execution of the judgments of the European Court (Application of Article 46 of the ECHR), CM/Inf/DH(2007)30-rev, de 13 de junio de 2007 (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ad2b9), (consultado el 15 de julio de 2018).

55 STEDH caso *Ivanov* pár. 83.

56 STEDH caso *Ivanov* pár. 86.

324 las sentencias del TEDH contra Ucrania en fase de ejecución)⁵⁷. Estos elementos fueron los que llevaron al Tribunal a declarar el asunto *Ivanov* como caso piloto⁵⁸.

Este procedimiento piloto, sin embargo, no tuvo los frutos esperados dado que, como se verá más adelante en relación con la relevante STEDH de Gran Sala en *Burmych* y otros contra Ucrania (archivo) de 12 de octubre de 2017, el sistema no ha logrado todavía que Ucrania adopte las medidas individuales y generales necesarias para dar por cumplidas sus obligaciones.

2. Tipo de control y naturaleza de las sentencias piloto

Las sentencias piloto, como se viene diciendo desde el principio, suponen un cambio respecto del control que realiza el Tribunal cuando resuelve una demanda y respecto de la naturaleza de sus sentencias. Según jurisprudencia absolutamente reiterada y consolidada del TEDH, la función de tutela individual que tiene atribuida el Tribunal como órgano de control del cumplimiento de los derechos convencionales se lleva a cabo a través de un control concreto de las demandas, una tutela caso a caso. Esto supone, en principio, que el Tribunal cuando examina una demanda individual contra un Estado parte se limita a comprobar si los hechos descritos, actos o ejecuciones de normas generales, son contrarios al estándar europeo. Tal y como se ha dicho más arriba, el Tribunal ha reiterado que su naturaleza internacional y subsidiaria no le permite realizar controles en abstracto de los ordenamientos jurídicos implicados. Sin embargo, es igualmente conocido que el Tribunal en no pocas ocasiones ha excepcionado su propia regla, haciendo controles *in abstracto* de normas o disposiciones generales. Insisto, es cierto, que estas ocasiones han sido consideradas como excepciones a la norma general de funcionamiento⁵⁹. Sin embargo, en el procedimiento piloto la naturaleza del control cambia totalmente ya que su razón de ser es la necesidad de llevar a cabo un control general de la situación de la que derivan muchas (decenas, cientos o miles) de vulneraciones convencionales. Una parte importante de la sentencia se dedica, precisamente, a señalar cuales son las carencias del sistema doméstico y qué tipo de medidas deberían ser adoptadas.

El segundo gran cambio que se apuntaba se produce en relación con la naturaleza de las sentencias europeas. Es muy relevante destacar la premisa de la que parte el TEDH para reclamar la adopción de medidas individuales y generales a los Estados. El Tribunal parte de su jurisprudencia sobre el alcance de la obligación del art. 46 CEDH, la *restitutio*

57 Cfr. Interim Resolution CM/ResDH(2009)159: Execution of the judgments of the European Court of Human Rights in 324 cases against Ukraine concerning the failure or serious delay in abiding by final domestic courts' decisions delivered against the state and its entities as well as the absence of an effective remedy, adoptada por el Comité de Ministros el 3 de diciembre de 2009 (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ad6d5#_ftn1).

58 La misma actuación desarrolló el TEDH en la saga de casos contra Rumanía. Así, en la STEDH *Rezmiveş* y otros contra Rumanía, de 25 de abril de 2017, sobre la situación de los centros de detención y prisiones, el TEDH, además de explicar la implicación del propio Tribunal y del Comité de Ministros en el problema estructural ya detectado en casos anteriores, ofrecía los siguientes datos y cifras: a) el problema estructural fue identificado en una sentencia de 2012 (*Iacov Stanciu* contra Rumanía); b) más de 4 años después, el TEDH había dictado 150 sentencias declarativas de la violación del art. 3 CEDH por el mismo supuesto de hecho; c) en agosto de 2016, existía una bolsa de 3200 demandas pendientes sobre la misma cuestión ante las formaciones del TEDH.

59 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos*, op.cit., 29 y ss.

in integrum del demandante, recordando que ello implica también adoptar las mismas medidas respecto del resto de afectados por la vulneración. Se parte de una concepción muy amplia del compromiso de los Estados de velar por el respeto y garantía de los derechos y de cumplir con las sentencias del TEDH. La determinación del Tribunal es absoluta:

«The Court recalls that Article 46 of the Convention, as interpreted in the light of Article 1, imposes on the respondent State a legal obligation to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to secure the right of the applicant which the Court found to be violated. Such measures must also be taken in respect of other persons in the applicant's position, notably by solving the problems that have led to the Court's findings (...). This obligation has consistently been emphasised by the Committee of Ministers in the supervision of the execution of the Court's judgments (see, among many authorities, Interim Resolutions DH(97)336 in cases concerning the length of proceedings in Italy;...)⁶⁰.»

Las sentencias piloto son un instrumento a través del que Tribunal reivindica la obligatoriedad de sus decisiones y refuerza su alcance. Para cumplir con las sentencias del Tribunal, todas ellas, no solo las piloto, se requiere que los Estado adopten las medidas necesarias para restablecer al particular en sus derechos, para evitar que la vulneración del CEDH se repita y para permitir al resto de víctimas de la violación convencional disfrutar de los remedios efectivos brindados al demandante individual. Lejos queda esta aproximación de aquellas sentencias meramente declarativas.

Sentadas las bases del alcance de la obligatoriedad de sus decisiones, y a diferencia de lo que es la regla general en la práctica del Tribunal, en las sentencias de los casos piloto, además de identificar en la argumentación de la decisión cuales son las causas concretas que generan la disfunción interna, en el fallo se señala al Estado responsable de la violación que debe adoptar las medidas generales e individuales que sean necesarias para acabar con esta situación. Se rompe claramente con la naturaleza tradicional que se venía atribuyendo a las sentencias de Estrasburgo, derivada de su naturaleza internacional, y que esta jurisdicción había asumido: sentencias declarativas, cuyo fallo se limitaba a constatar, en su caso, la vulneración del CEDH y que podía venir acompañada de una decisión sobre la satisfacción equitativa para las víctimas. A continuación de reproduce una secuencia de extractos de la sentencia *Torreggiani y otros contra Italia*, en la que quedan reflejados los elementos a los que se acaba de hacer referencia:

a) Margen de apreciación pero obligado cambio de alcance de las sentencias del TEDH:

« La Cour rappelle que ses arrêts ont un caractère essentiellement déclaratoire et qu'il appartient en principe à l'État défendeur de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention »⁶¹.

⁶⁰ STEDH caso Ananyev y otros contra Rusia, pár. 180. Esta fórmula es utilizada en todas las sentencias piloto.

⁶¹ Pár. 91. Cursiva añadida por la autora.

« La Cour est consciente que des efforts conséquents et soutenus sur le long terme sont nécessaires pour résoudre le problème structurel du surpeuplement carcéral. Toutefois, elle rappelle qu'au vu du caractère intangible du droit protégé par l'article 3 de la Convention, l'État *est tenu d'organiser*⁶² son système pénitentiaire de telle sorte que la dignité des détenus soit respectée ».

b) El TEDH sugiere al Estado la adopción de medidas generales e individuales de distinto calado, aunque manteniendo una actitud muy deferente con dicho Estado,

« En particulier, [...] la Cour l'encourage à agir de sorte à réduire le nombre de personnes incarcérées, notamment en appliquant davantage des mesures punitives non privatives de liberté et en réduisant au minimum le recours à la détention provisoire »⁶³.

« *Il n'appartient pas à la Cour d'indiquer aux États des dispositions concernant leurs politiques pénales et l'organisation de leur système pénitentiaire. Ces processus soulèvent un certain nombre de questions complexes d'ordre juridique et pratique qui, en principe, dépassent la fonction judiciaire de la Cour. Néanmoins, elle souhaite rappeler dans ce contexte... [...]*⁶⁴.

c) Pero sin hacer dejación de sus funciones de garante de los derechos del CEDH:

« En ce qui concerne la ou les voies de recours internes à adopter pour faire face au problème systémique reconnu dans la présente affaire, la Cour rappelle qu'en matière de conditions de détention, les remèdes « préventifs » et ceux de nature « compensatoire » doivent coexister de manière complémentaire »⁶⁵.

« *La Cour n'a pas à préciser quelle serait la meilleure manière d'instaurer les voies de recours internes nécessaires. L'État peut soit modifier les recours existants soit en créer de nouveaux de sorte que les violations des droits tirés de la Convention puissent être redressées de manière réellement effective. Il lui incombe également, sous le contrôle du Comité des Ministres, de garantir que le recours ou les recours nouvellement mis en place respectent, tant en théorie qu'en pratique, les exigences de la Convention* »⁶⁶.

« Elle en conclut que les *autorités nationales doivent sans retard* mettre en place un recours ou une combinaison de recours ayant des effets préventifs et compensatoires et garantissant réellement une réparation effective des violations de la Convention résultant du surpeuplement carcéral en Italie »⁶⁷.

d) Todo ello queda recogido en el fallo de la sentencia como una obligación de hacer del Estado que deberá, cumplir, además, en un plazo determinado:

« [...] Dit que l'État défendeur *devra, dans un délai d'un an* à compter de la date à laquelle le présent arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2 de la Convention, *mettre en place* un recours ou un ensemble de recours internes effectifs aptes à offrir un

62 Pár. 93. Cursiva añadida por la autora.

63 Pár. 94.

64 Pár. 95. Cursiva añadida por la autora.

65 Pár. 96.

66 Pár. 98. Cursiva añadida por la autora.

67 Pár. 99. Cursiva añadida por la autora.

redressement adéquat et suffisant dans les cas de surpeuplement carcéral, et ce conformément aux principes de la Convention tels qu'établis dans la jurisprudence de la Cour »⁶⁸.

Las sentencias piloto implican reconocer un alcance máximo a la obligatoriedad de las sentencias del TEDH, partiendo del reconocimiento de las dos premisas tradicionales del sistema: los destinatarios primeros y naturales de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades convencionales son los Estados. Para la consecución de esta obligación jurídica de resultado los Estados cuentan con libertad para elegir los medios que utilizan. Ahora bien, como el TEDH lleva advirtiendo claramente desde *Papamichalopoulos contra Grecia* (1995), dicho margen de apreciación no es ilimitado y no puede, en ningún caso, suponer el menoscabo del estándar europeo ni tampoco poner en riesgo el sistema de garantía europeo.

3. Las demandas similares

Cuando el Tribunal decide identificar un caso como piloto, ¿qué ocurre con las demandas ya interpuestas y que basan la violación del CEDH en el mismo fallo del sistema estatal que la decisión de marras? De nuevo, la subsidiariedad y la propia supervivencia del sistema europeo se imponen sobre la tutela individual de todas y cada una de las demandas que llegan a Estrasburgo, aunque, en principio, superen los criterios de admisibilidad del art. 35 CEDH.

Por lo general el Tribunal diferencia entre las demandas que han sido comunicadas al Estado infractor con anterioridad a la sentencia piloto, a las que «congela» (pospone su estudio) e intenta que su tutela sea «repatriada», como describe G. Cano Palomares⁶⁹. Esto significa que, en la sentencia piloto, el TEDH suele exigir al Estado que permita a los demandantes en Estrasburgo que interpusieron su demanda previamente a la sentencia piloto utilizar retroactivamente los recursos efectivos que se generen en cumplimiento de la decisión europea. En el caso de que pasado el plazo señalado por el Tribunal para implementar las medidas y para compensar a los afectados aquellas no se hayan adoptado, el Tribunal podrá retomar el estudio de las demandas «congeladas» previamente. En cambio, si las medidas internas son adoptadas, en principio, el Tribunal iniciará la inadmisión de demandas con el mismo fondo y archivará las que estuvieran pendientes.

Así lo hizo en *Burdov contra Rusia* (2), de 15 de enero de 2009, en la que diferenció entre las demandas que ya habían sido interpuestas y comunicadas al Estado de las que pudieran interponerse a partir del momento en que se dictara la sentencia. Respecto de un problema estructural por el que los particulares no conseguían que se ejecutaran las sentencias que acreditaban deudas generadas por el Estado (art. 6 CEDH), los demandantes

68 Fallo, pár. 4. Cursiva añadida por la autora.

Esta misma estructura, identificación y explicación en los fundamentos jurídicos y concreción en el fallo, se repite en todos los asuntos piloto, por ejemplo, STEDH Varga y otros contra Hungría, de 10 de marzo de 2015 (contravención del art. 3 CEDH debido a la masificación de las prisiones); también en la ya citada STEDH Rezmiveş y otros contra Rumanía; STEDH W.D. contra Bélgica citada más arriba, o, STEDH Gzásó contra Hungría, de 16 de julio de 2015.

69 Vid. SAAVEDRA ALESSANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M. «Repración y Superposición de Sentencias,» in GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E. *¿Hacia una globalización de los derechos?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 227.

de los casos ya comunicados deberían beneficiarse de las mismas condiciones y plazo, un año, del mecanismo de compensación por inejecución que implementara Rusia en cumplimiento de *Burdov*. Se excluye, eso sí, la satisfacción equitativa que fija el TEDH en virtud del art. 41. CEDH. El resto de las demandas serían «congeladas» durante un año⁷⁰.

Esta misma medida diferenciadora se aplicó en *Gerasimov y otros contra Rusia*, de 1 de julio de 2014, también como respuesta a la falta de un remedio efectivo interno (art. 13 CEDH) para hacer ejecutar determinados tipos de sentencias en contra del Estado. En este supuesto, se daba un año a Rusia para implementar los remedios efectivos y dos para que los demandantes en *Gerasimov* y los de las demás demandas comunicadas recibieran el correspondiente restablecimiento interno.

En otras ocasiones, el Tribunal ha decidido continuar admitiendo demandas durante el plazo otorgado para adoptar las medidas de carácter general por el Estado. Así, lo hizo, por ejemplo, en la sentencia *Dimitrov y Hamanov contra Bulgaria*, de 11 de mayo de 2011, sobre dilaciones excesivas en los procedimientos penales y civiles sin que existieran mecanismos efectivos para revertir o compensar esta situación, art. 6 y 13 CEDH. Solo adoptadas las medidas generales necesarias, y mostrada su efectividad, el TEDH ha decidido inadmitir demandas similares⁷¹.

Llama la atención, en cambio, que en sentencias piloto dictadas respecto de fallos sistémicos que entrañan violaciones del art. 3 CEDH, el Tribunal no haya optado por la misma solución, esto es, admitir demandas en tanto el Estado infractor no adoptada las medidas señaladas en Estrasburgo. Un ejemplo claro es *Torreggiani y otros contra Italia*, relativo al nivel de masificación de las prisiones italianas, donde el TEDH decidió congelar durante un año, plazo otorgado para implementar los remedios efectivos, las demandas no comunicadas en el momento de dictar la sentencia piloto. La misma decisión adoptó respecto de las demandas ya comunicadas en casos similares al ventilado en la sentencia *W.D. contra Bélgica*, de 6 de septiembre de 2019 y en *Rezmiveş y otros contra Rumanía*, de 25 de abril de 2017.

Esta decisión es especialmente sorprendente sabiendo que en otras sentencias piloto en las que el Tribunal consideró vulnerado el art. 3 CEDH por la situación de hacinamiento en los centros de prisión provisional o en cárceles ordinarias, su respuesta fue seguir admitiendo demandas y no posponer las demandas ya comunicadas, en primer lugar:

«Having regard to the fundamental nature of the right protected by Article 3 of the Convention and *the importance and urgency of complaints about inhuman or degrading treatment*⁷², the Court does not consider it appropriate to adjourn the examination of similar cases» (pár. 239)

Y además, porque

«the Court observes that *continuing to process* all conditions-of-detention cases in a *diligent manner will remind the respondent State* on a regular basis of *its obligations* under the Convention and in particular those resulting from this judgment»⁷³

70 Pár. 7 y 8 del fallo respectivamente.

71 Decisiones de inadmisibilidad de 18 de junio de 2013, en asuntos Valcheva y Abrashev contra Bulgaria; Balakchiev y otros contra Bulgaria.

72 Cursiva añadida por la autora.

73 Cursiva añadida por la autora.

Así, el TEDH decide seguir tramitando casos similares dada la gravedad de las violaciones generadas por las malas condiciones en los centros penitenciarios y como instrumento de presión sobre el Estado.

En cualquier caso, cuando el Tribunal decide posponer la tramitación de los asuntos ya comunicados al Estado, se establece un plazo y, además, se le indica que el restablecimiento de los derechos puede producirse a través de soluciones *ad hoc*, por ejemplo, a través de acuerdos amistosos o declaraciones unilaterales de mejora y/o compensación del Estado⁷⁴ que, por supuesto, el TEDH deberá validar. En esta línea se pronunció el Tribunal en *Ananyev y otros contra Rusia*, de 10 de enero de 2012, también en *Neshkov y otros contra Bulgaria*, 27 de enero de 2015, *Varga and Others v. Hungary*, de 10 de marzo de 2015.

4. Efectividad de las sentencias piloto

Por último, debe hacerse una valoración sobre la efectividad de las sentencias piloto, incluida también su ejecución ya que su correcto cumplimiento determinará su efectividad.

Como ya se ha dicho, puede suceder que algunas demandas sean congeladas, mientras que otras serán inadmitidas durante el transcurso del plazo otorgado al Estado para adoptar las medidas individuales y generales necesarias.

El TEDH no ha aprovechado el procedimiento piloto para hacerse suya la supervisión de la ejecución de sus sentencias. Es cierto que el Tribunal se ha adentrado en la identificación de medidas, al menos el tipo de medidas, a adoptar por el Estado para dar cumplimiento a este tipo de sentencias. Lo ha hecho respecto de la adopción de medidas individuales más allá del reconocimiento de la satisfacción equitativa del demandante o demandantes del caso elegido como piloto. Y también respecto del señalamiento de las medidas generales: medidas normativas⁷⁵, preventivas⁷⁶, compensatorias⁷⁷, modelos de reparación⁷⁸, entre otras. Sin embargo, el Tribunal insiste en que esta transformación de la naturaleza de sus juicios no altera la competencia del Comité de Ministros que, a través de los procedimientos de supervisión adecuados, debe procurar y verificar que se adoptan las medidas apuntadas y acordadas con el Gobierno en el plazo establecido por el Tribunal.

Así, el Tribunal, una vez superado el plazo de implementación de las medidas que permitan a los particulares tutelar su derecho de forma efectiva ante las instancias nacionales, a la hora de examinar nuevas demandas con la misma base fáctica no entra a valorar en detalle la o las medidas adoptadas por los Estados. En general, si haciendo un análisis superficial de las novedades internas puede entender que se cumplen los estándares mínimos exigidos por el Convenio, inadmitirá la demanda por considerar que no se han agotado los (nuevos) mecanismos internos⁷⁹. Dicho de otra forma, en

74 Esta opción fue incorporada en el art. 62A del RTEDH en una modificación de 2 de abril de 2012.

75 STEDH W.D. contra Bélgica de 6 de septiembre de 2016.

76 STEDH Gzásó contra Hungría, de 16 de julio de 2015.

77 STEDH Gzásó contra Hungría, de 16 de julio de 2015.

78 STEDH Kurić y otros contra Eslovenia, de 26 de junio de 2012, de Gran Sala.

79 Por ejemplo, decisión de inadmisibilidad del caso Domján contra Hungría, de 23 de noviembre de 2017. El TEDH inadmitió la demanda, basada en los mismos hechos que la sentencia piloto dictada en Varga y otros

general, se presume la efectividad de los instrumentos adoptados bajo la supervisión del Comité de Ministros. De esta forma se refuerza la idea de que son los Estados los primeros responsables de velar por el respeto y garantía de los derechos reconocidos en el CEDH, afianzando la subsidiariedad del sistema. Además, se respeta la distribución de funciones entre el TEDH y el Comité que, como se acaba de mencionar, no se ve afectada por el procedimiento piloto.

En esta línea, el Tribunal ha iniciado una práctica por la que cuando observa que le llegan nuevas demandas contra un Estado basadas en un fallo sistémico o malfuncionamiento sobre el que ya ha dictado una sentencia piloto, inadmite las demandas y las reconduce al ámbito de la ejecución de sentencias en manos del Comité. Esta forma de actuar responde, primero, a la necesidad de quitarse de encima demandas relativas a violaciones sobre las que ya hay una decisión de fondo y, segundo, a entender que si hay nuevas demandas es porque alguna cosa está fallando en la fase de supervisión de cumplimiento de las sentencias, y, por tanto, cae bajo la competencia del Comité de Ministros.

El cumplimiento de las medidas, sobre todo las generales, no siempre se produce en el plazo marcado por el TEDH y, en algunos casos no se han cumplido nunca. El incumplimiento se debe en ocasiones a que los procedimientos internos de cambio, revisión o innovación jurídica son más lentos de lo esperado. En este caso, debe ser el Comité de Ministros, en el proceso de supervisión de la ejecución de la sentencia, el que determine como amoldar los mandatos de la sentencia a la realidad interna del Estado⁸⁰.

Sin duda, la aplicación del caso piloto y el compromiso con la mejora del standard ha generado escenarios de éxito. Así, en *Kurić y otros contra Eslovenia*, de 25 de abril de 2017, en un asunto en el que los demandantes, originarios de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia no habían sido reconocidos como ciudadanos del nuevo Estado, el Comité de Ministros decidió cerrar el expediente de ejecución al comprobar que se habían adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal⁸¹. En otros asuntos, las soluciones se están demorando más, pero las resoluciones intermedias del Comité de Ministros parecen indicar que se están acercando posiciones y que los Estados están respondiendo, aunque sea lentamente; ejemplos de esta situación sería el cumplimiento de la sentencia *Greens y M.T. contra Reino Unido*, de 23 de noviembre de 2010, sobre la prohibición general de ejercer el derecho de voto a todos los presos⁸²; o, por ejemplo, en el asunto *Rutkowski y otros contra Polonia*, de 7 de julio de 2015, sobre la excesiva duración de los procedimientos judiciales, el Comité de Ministros también da muestras en sus informes de avances lentos pero en la buena dirección⁸³.

contra Hungría, al considerar que el fallo estructural interno había sido remediado con una ley de 2016 dictada en cumplimiento de la STEDH Varga. Así, comunicó al nuevo demandante la necesidad de agotar los instrumentos previstos en la nueva ley antes de acudir al Tribunal.

80 GLAS, L. R. «The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure», op.cit., p. 21, considera que sería más adecuado que el TEDH no marcara los plazos, sino que fuera el Comité de Ministros una vez que hubiera establecido contacto con el Estado responsable de la violación. Esto podría favorecer un cumplimiento más realista de las sentencias.

81 Resolución Resolution CM/ResDH(2016)112, de 25 de mayo de 2016.

82 Así se deduce de lo descrito por el Comité de Ministros en un documento adoptado en diciembre de 2017 (<http://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEIdentifer%22:%7B%22004-2204%22%7D%7D>), consultado el 15 de julio de 2018.

83 Diciembre de 2017, vid en <http://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-26436>, consultado el 15 de julio de 2018.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando una sentencia piloto no se cumple adecuadamente?

El caso más claro de esta situación se ha producido respecto de la no ejecución de decisiones judiciales declarada en la sentencia piloto *Ivanov contra Ucrania*, citada más arriba. Como se explicó, esta sentencia traía causa de la falta de ejecución de sentencias por deudas contraídas por el Estado respecto de los demandantes. La sentencia piloto establecía un periodo de un año desde la firmeza de la decisión para adoptar los remedios internos necesarios para compensar a las víctimas por una ejecución incompleta o inexistente. Pasado el plazo fijado sin que Ucrania adoptara las medidas generales señaladas, el Tribunal reexaminó la situación de los aproximadamente 2500 casos pendientes por las mismas causas. El Tribunal observó que, en algunos de ellos, los demandantes habían llegado a arreglos individualizados con el Estado. Sin embargo, todavía había que dar respuesta a unos 1700 asuntos. Ante esta situación, en febrero de 2012 el Tribunal decidió retomar la tramitación de estos asuntos.

Cinco años más tarde, el 12 de octubre de 2017, la Gran Sala dictó sentencia en el asunto *Burmych y otros contra Ucrania*, que planteaba cuestiones similares a las estudiadas en la sentencia piloto *Yuriy Nikolayevich Ivanov*. La demanda *Burmych*, acompañada de otras 4 similares, formaba parte de un grupo de más de 12.100 demandas repetitivas pendientes ante el Tribunal, todas con origen en el problema sistémico identificado en *Ivanov*. Así las cosas, la Gran Sala decidió unir las cinco demandas y las 12.000 y picos pendientes y concluyó que todas derivaban de la sentencia *Ivanov*, concretamente, de la falta de adopción por Ucrania de las medidas generales establecidas. Por ello, decidió archivarlas, en virtud del art. 37. 1 c) CEDH, y se las transmitió al Comité de Ministros para que fueran tratadas en el marco de la supervisión de ejecución de las medidas generales establecidas en la sentencia piloto. Hoy en día, el Comité sigue lidiando con la implementación de la sentencia *Ivanov* y, también, intentando que el Gobierno ucraniano alcance acuerdos individualizados con los más de 12000 demandantes implicados en la sentencia *Burmych*⁸⁴.

VI. LA TENDENCIA CONSTITUCIONALIZADORA DEL PROCEDIMIENTO PILOTO

Claramente los casos pilotos, como se ha apuntado, suponen una muestra de la tendencia constitucionalizadora⁸⁵, en el sentido «armonizante» del término, del sistema europeo. Y ello aunque, hasta donde yo se, en sus decisiones sobre casos pilotos el Tribunal haya evitado utilizar el concepto «constitucional», o cualquier de sus variantes⁸⁶. Pero materialmente, el TEDH ha superado, por mandato normativo, los límites declarativos de sus sentencias e incorpora en sus fundamentos jurídicos auténticos mandatos,

84 Parece que el problema de fondo es que Ucrania no cuenta con los fondos necesarios para hacer frente al coste de la implementación de las medidas generales señaladas por el TEDH y el Comité de Ministros que, como se ha dicho, se ha visto obligado a optar en primer término por intentar que el Gobierno ucraniano restablezca los derechos de los demandantes ante Estrasburgo. Cfr. SAAVEDRA ALESSANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M. «Reparación y Supervisión de Sentencias», op.cit., p. 226.

85 Claramente, FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights», en *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 05, p. 1233.

86 Cfr. SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg...», op. cit., p. 422

obligaciones positivas, para el Estado parte responsable de la violación del CEDH. El lenguaje utilizado por el Tribunal no sugiere la adopción de medidas, sino que las impone, y así lo traslada, además, a la parte dispositiva de sus sentencias.

El cambio que incorpora la sentencia piloto es que, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, la necesidad de adopción de medidas generales aparece en la parte dispositiva de las sentencias del Tribunal⁸⁷. Así, si antes de *Broniowski contra Polonia*⁸⁸, el TEDH identificaba que el origen de la violación de un derecho convencional estaba en una disposición general interna, y no en su acto de ejecución, lo refería en los fundamentos jurídicos de la decisión pero no en el fallo, dejando que fuera el Estado o el Comité de Ministros los que tomaran la decisión sobre las medidas. Con la adopción del procedimiento del caso piloto, como señala Garlicki, el TEDH se adentra en la dimensión constitucional de su función, superando los límites de la función de tutela individual⁸⁹, de la tutela subjetiva.

Esta transformación constitucionalizadora no ha gustado a todos, más bien lo contrario. Algunos autores señalan que el procedimiento de caso piloto puede suponer una fuerte injerencia en el principio de subsidiariedad y, sobre todo, en el margen de apreciación de los Estados, principio intrínsecamente vinculado al sistema europeo de tutela. En esta línea, señala Di Marco que las sentencias piloto suponen desbordar la aproximación casuística que caracteriza al TEDH⁹⁰, ya que este escoge uno o varios casos que analiza y, a partir de las conclusiones adoptadas en él sobre la violación de un derecho convencional generada por una determinada situación fáctica o normativa, extrae conclusiones sobre la compatibilidad con el estándar europeo del resto de supuestos. En este sentido, el TEDH pasa de realizar un control concreto de una actuación individualiza a un control abstracto de lo que califica como un fallo estructural del sistema interno de garantía.

Es cierto que el margen de apreciación es un principio basilar del sistema europeo de garantía que permite hacer efectiva la relación cooperativa⁹¹ en la tutela de los derechos fundamentales entre TEDH y Estados, y, también, en el cumplimiento de las sentencias. El art. 1 CEDH reconoce una obligación de resultado por la que los Estados parte quedan jurídicamente vinculados a proteger los derechos y libertades recogidos por este instrumento internacional. Ahora bien, el Convenio no prefigura qué herramientas concretas deba adoptar cada Estado para cumplir con dicho resultado (pluralidad del sistema europeo). En este ámbito los Estados cuentan con un más o menos amplio margen de apreciación.

En cambio, cuando decide optar por la aplicación del caso piloto, de acuerdo con las reglas de aplicación de este proceso, el TEDH determina cuáles son las medidas que debe adoptar el Estado para finalizar con la situación lesiva de los derechos convencionales. Visto así, parecería que, en efecto, el TEDH rompe con su principio de actuación de no determinar cómo deben los Estados cumplir con sus obligaciones.

87 Cfr. GARLICKI, L. «Broniowski and After: On the Dual Nature of 'Pilot Judgments,'» in *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, p. 183.

88 STEDH de Gran Sala de 28 de septiembre de 2005.

89 GARLICKI, L. «Broniowski and After», op.cit. p. 182.

90 Vid. DI MARCO, A., «L'État Face Aux Arrêts Pilotes», op.cit., p. 888.

91 Cfr. FYRNYIS, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit., p. 259.

Ahora bien, si se va al examen concreto del procedimiento de los casos piloto, se observa como lo que *a priori* podría parecer una injerencia excesiva del TEDH en el ámbito propio de actuación del Estado, en realidad, no lo es.

Como se ha visto, en la fórmula estándar del caso piloto, el TEDH estudia el asunto o asuntos que tiene en sus manos y verifica, a través de diferentes evidencias⁹², que se trata de un asunto repetitivo. Ante esta evidencia el TEDH decide que aplicará este particular procedimiento y llevará a cabo el estudio del caso, identificando qué causa «subyacente» o estructural está en el origen de la vulneración, quebrantado el CEDH. A partir de aquí, y al amparo del art. 46 CEDH, el TEDH señala cuáles son las medidas que debe adoptar para poner fin a la violación o violaciones del CEDH, qué debe hacer para restaurar los derechos ya vulnerados y evitar futuras conculcaciones.

Así, a diferencia de lo que ocurría antes de la implementación de este procedimiento, el TEDH en la parte argumentativa (en los fundamentos jurídicos) identifica la causa de la vulneración, como se ha dicho, y también explica cuáles son las medidas que a su parecer debería adoptar el Estado, tal y como establece el art. 61 TEDH, cosa que todavía hace de forma cauta, prudente, recordando que sus decisiones son declarativas y que es competencia del Comité de Ministros la función de velar por el correcto cumplimiento de sus sentencias⁹³. Ello, no obstante, en la parte dispositiva (en el fallo) el TEDH determina cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar sin mayores contemplaciones o recatos. El TEDH utiliza un estilo directo, claro e incondicional, precedido de un «el Estado debe». A partir de aquí, la sentencia pasa a manos del Comité de Ministros que es quien tiene reconocida la función de supervisar el correcto cumplimiento de las sentencias⁹⁴ y, en su caso, quien cuenta con herramientas para forzar dicho cumplimiento, tanto jurídicas (art. 46. 3 CEDH) como políticas.

Este proceder muestra como las sentencias piloto pueden ser vistas como una excepción a la naturaleza propia de las sentencias europeas: carácter declarativo y, por tanto, en principio, su imposibilidad de fijar medidas concretas de reparación. En este sentido, el TEDH da un paso más allá en la determinación del contenido del *restitutio in integrum* que ya identificó en la sentencia *Papamichalopoulos* de 1995⁹⁵ como la obligación de resultado derivada de una sentencias estimatoria. Si en los últimos años el TEDH había optado, en supuestos excepcionales, por indicar también en la parte dispositiva una obligación concreta al Estado, pero en forma de medida individual⁹⁶, la sentencia piloto es una apuesta clara por dirigir (si no limitar) la respuesta del Estado a la solución adecuada, compatible, con el estándar europeo. Ahora bien, debe señalarse que, aunque el TEDH avanza en la

92 Porque existen demandas previas, porque exista una bolsa ante el TEDH, etc.

93 Muy duro fue el juez ZAGREBELSKI en su voto particular a la segunda sentencia piloto dictada por el TEDH, asunto *Hutten-Czapska* contra Polonia, de 19 de junio de 2006, quien afirmaba que el hecho de que las medidas a adoptar se incorporaran en el fallo de la sentencia suponía romper con la división de funciones entre el Tribunal y el Comité de Ministros.

94 GARLICKI, L. «Broniowski and After», op.cit., p. 184 señala que durante el proceso de elaboración del Protocolo núm. 14 al CEDH sobrevoló la posibilidad de incorporar explícitamente en el art. 46 CEDH la posibilidad de que el TEDH fuera el que determinara que medidas debía adoptar el Estado para restablecer la violación. Sin embargo, esta opción no fue acogida y solo en el IE (par- 16) se hace un sucinta mención a la posibilidad de crear un procedimiento específico y prioritario para casos que revelaran situaciones estructurales de violación de derechos.

95 STEDH *Papamichalopoulos* contra Grecia.

96 Vid, por ejemplo, STEDH del Río Prada contra España, de 10 de julio de 2012 (Sala) y de 21 de octubre de 2013 (Gran Sala).

determinación del contenido de la obligación de resultado, todavía deja cierto margen de apreciación a los Estados, en el sentido de que indica qué tipo de medidas deberían adoptarse, sin que haya llegado a individualizar totalmente la medida o medidas que deben adoptarse. Podría decirse que el Tribunal señala la tipología, pero no la concreta medida⁹⁷. Pese a esta salvedad, no menor, algunos autores, como por ejemplo, Fyrnys, evidencian que las sentencias del TEDH en los procedimientos piloto suponen extender la parte dispositiva de la sentencia final mucho más allá del caso individual: no solo identifica un problema estructural, sino que además manda (solicita formalmente) al Estado parte demandado que adopte medidas específicas generales y/o individuales, lo que supone, según el citado autor la incorporación en el sistema de «substantively programmed law-making obligation»: mandato de actuación normativa (jurídica) al Estado⁹⁸.

Fyrnys considera que las sentencias piloto generan un efecto judicializante sobre la política estatal. Según este autor «by issuing a substantively programmed lawmaking obligation pilot judgments impose the legal arguments on the political process at the supervisory level»⁹⁹. En esta línea, las sentencias piloto suponen que se normativiza la extensión de los efectos vinculantes de las decisiones del TEDH¹⁰⁰, de hecho, del sistema. En otros términos, cabría entender que el Comité de Ministros, pero previamente el TEDH, cuando establecen las medidas o tipo de medidas que deba adoptar un Estado para poner fin a una falla estructural incompatible con el sistema europeo, están condicionando las opciones políticas de los poderes estatales. De esta forma, una sentencia piloto implicará, normalmente, la adopción de medidas generales por parte del Estado, esto es, la aprobación de leyes o disposiciones generales de rango inferior lo que, en cualquier caso, supone condicionar la agenda política del legislativo y/o del ejecutivo sin que quepa, en estos casos, ni siquiera valorar la oportunidad política (interna) de adoptar determinadas políticas públicas o determinadas medidas normativas. En este caso, una sentencia piloto asume no ya los efectos del legislador negativo propios de los tribunales constitucionales continentales, sino que se convierte en una suerte de legislador positivo. Y lo hace en un proceso de tutela individual de derechos (en una suerte de amparo) que en su transcurso se convierte en un control de convencionalidad de la normativa interna, e incluso a veces indirectamente, de las políticas implementadas por un gobierno. En este sentido, sin duda, el impacto de las sentencias piloto es mucho mayor que las sentencias declarativas al uso del TEDH, superando los efectos *inter partes* clásicos, y pasando a tener un efecto *erga omnes*, eso sí, en los confines de un determinado Estado. Tanto es así que Fyrnys afirma que las sentencias piloto son una novedosa estrategia del TEDH para imponer su jurisdicción sobre el proceso legislativo doméstico¹⁰¹.

97 STEDH Torregiani contra Italia.

98 Cfr. FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit., p. 1244. Hay que señalar que este autor es especialmente crítico y incluye la duda de si el Tribunal cuenta con la capacidad para saber qué medidas deben adoptarse y cuáles van a ser efectivas en cada caso y respecto de cada Estado (p. 1250).

99 FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit., 1244. Una opinión similar subyace en el trabajo de la profesora ABRISKETA URIARTE, J. «Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a Legislador,» *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, no. 1, 2013, p. 73-99.

100 FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit. p. 1233. El TEDH en las sentencias piloto lleva a cabo una función normativa en tanto que le indica a los Estados cuales son las medidas incluso normativas que deben adoptarse, extralimitándose en sus funciones.

101 FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit. p. 1233.

Y sí, evidentemente, esto lleva a afirmar, como hace Garlicky, que «las sentencias piloto tienen una doble naturaleza ya que son comparables a las sentencias de un Tribunal Constitucional en los llamados «konkrete Normenkontrolle» y el proceso de «constitutional complaint». La combinación de efectos individuales y generales son típicos de este tipo de decisiones y está presente en las sentencias piloto del TEDH¹⁰². En definitiva, las sentencias piloto han supuesto la entrada del control de convencionalidad abstracto, sin ambages, en el sistema de garantía y enfatizado su función constitucional.

Fyrnys también señala, en la línea de las críticas vertidas por algún juez del TEDH en votos particulares de las primeras sentencias piloto¹⁰³, que, por una parte, se violenta el reparto horizontal de funciones que el Convenio establece entre el tribunal y el Comité de Ministros, en que el primero declara la violación del CEDH y el segundo determina las medidas y vela porque se cumplan. Por otra, rompe con el reparto vertical de competencias entre TEDH y autoridades nacionales, regido, en principio, por una relación de cooperación, en la que debe respetarse el margen de apreciación de los Estados. Ahora bien, y más allá de la aclaración realizada más arriba sobre este principio, el autor acaba aceptando que esta supuesta extralimitación se produce con la cobertura institucional del Comité de Ministros, en referencia a la Res(2004/3), que, recordemos, tiene como objetivo garantizar la efectividad en el medio y largo plazo del sistema europeo.

VII. UN CLARO DESAFÍO A LA FUNCIÓN DE TUTELA INDIVIDUAL

Como se ha comprobado, según el TEDH la justificación para implementar el procedimiento de casos piloto es que cuando hay una gran cantidad de solicitudes relacionadas con el mismo problema, los demandantes puedan obtener una reparación más rápida a través, sobre todo, del establecimiento de un recurso efectivo en el ámbito doméstico. Esta parece la única solución viable para las demandas repetitivas pendientes, ya que, de lo contrario, quedarían a la espera durante varios años de ser estudiadas.

Pese a las ventajas que presenta el procedimiento piloto, la realidad demuestra que contiene también algunos inconvenientes, especialmente, desde la perspectiva de la función de tutela individual del sistema europeo. Sin pretender hacer ahora un análisis exhaustivo al respecto, sí merece la pena destacar algunos de ellos.

Algunos autores plantean dudas sobre la conveniencia de aplicar los casos piloto a asuntos que deriven de graves violaciones de derechos ya que pueden suponer una denegación de justicia, del derecho a la tutela¹⁰⁴. Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, Dilek Kurban, muy crítica con el hecho de que este tipo de procedimientos se utilicen en asuntos relativos a las violaciones de derechos sistemáticas de los kurdos en Turquía. Negar el acceso a una decisión individualizada de Estrasburgo supone para estas víctimas una verdadera denegación de justicia dado que es evidente que en Turquía no existen

102 Cfr. GARLICKI, L. «Broniowski and After», op.cit., p. 186.

103 FYRNY, M. «Expanding Competences by Judicial Lawmaking», op.cit. p. 1233

104 Parece que de los pocos que han expresado esta crítica ha sido el juez del TEDH Zagrebelski.

medidas efectivas para la protección de estas personas; de hecho, son las autoridades turcas las que perpetran estas violaciones inmunemente¹⁰⁵.

Una crítica relevante se refiere a la situación privilegiada en la que se sitúa a la víctima del que es declarado caso piloto respecto de demandantes de otros casos que son suspendidos o inadmitidos. Precisamente una de las «ventajas» destacadas por el TEDH del procedimiento piloto es que puede implicar el aplazamiento o «congelación» de otros asuntos repetitivos, al menos durante el plazo que se conceda al Estado para adoptar las medidas fijadas en la correspondiente sentencia piloto. En principio, como se ha dicho, este aplazamiento aparece como un elemento de persuasión dirigido a las autoridades nacionales para que adopten las medidas oportunas y se eviten nuevas decisiones reprobatorias. Es cierto que durante este periodo se mantiene a los demandantes informados de los progresos en el cumplimiento de las sentencias. Y, en caso de que el TEDH considere que no se está produciendo una evolución acorde con su decisión, puede en cualquier momento reanudar el examen de la causa.

Ahora bien, recuérdese que el caso o casos elegidos para dictar sentencia conllevan, además, medidas individuales para los demandantes, normalmente, aunque no solo, una satisfacción equitativa. Pero ¿qué ocurre con el resto de los demandantes? Es este elemento el que genera problemas desde la perspectiva de la tutela individual, dado que parece que la sentencia piloto hace de más y de menos entre demandantes que reclaman ante la misma situación y por la violación de los mismos derechos. Hay que tener en cuenta, además, que una sentencia piloto puede suponer, al menos durante un tiempo, que nuevos asuntos no sean admitidos por Estrasburgo. Cabe reconocer que se produce una cierta *vacatio* en la protección de los derechos en el periodo comprendido entre la sentencia y la adopción efectiva de las medidas ordenadas por el TEDH.

En definitiva, por estas razones este sector de la doctrina que critica las sentencias piloto pone el acento en que son un instrumento llamado a incrementar la productividad del TEDH¹⁰⁶, y no tanto que sea un mecanismo adecuado de tutela para poner remedio a graves violaciones de derechos fundamentales. Seguramente, esta crítica es cierta, pero no lo es menos que el Tribunal es una instancia subsidiaria de tutela. Y en ello insiste el procedimiento piloto, en intentar que sean los Estados los que tutelen los derechos y libertades de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Quizá debería darse un trato diferente para aquellos asuntos que, como los planteados por Kurban, son de una gravedad tal que necesitan de un procedimiento específico.

VIII. VALORACIONES FINALES

Sin duda, el procedimiento de caso piloto supone un elemento novedoso y de fuerte impacto en la naturaleza y comprensión del sistema europeo de garantía. Sin embargo, tampoco debe sobredimensionarse su utilización dado que el Tribunal lo ha utilizado en contadas ocasiones, no más de 35, y siempre en supuestos en los que es evidente que el Estado presenta carencias importantes respecto de alguno de los derechos convencionales. En todo

105 KURBAN, D., «Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations», en *Human Rights Law Review*, vol. 16, no. 4.

106 Cfr. KURBAN, D., «Forsaking Individual Justice», op.cit, p. 759.

caso, pese a los problemas que pueda tener, y algunos tiene como se ha visto, es un instrumento adecuado a las necesidades del Tribunal y a la situación de algunos sistemas de tutela internos. En favor del Tribunal, y del sistema en general, debe decirse que la adopción del caso piloto forma parte de otra serie de medidas que buscan preservar la existencia del propio sistema europeo. Tanto es así que, si nos basamos en la última declaración política de los Estados, la valoración del resultado de los casos piloto es positiva y están aquí para quedarse. Así ha quedado reflejado en la Declaración de Copenhague aprobada en abril de 2018:

«[The Conference] notes the positive effects of the pilot judgment procedure as a tool for improving national implementation of the Convention by tackling systemic or structural human rights problems».

Esta valoración se debe a que, como se ha visto, la principal consecuencia de la sentencia piloto es la renacionalización de la tutela de los derechos, esto es, hacer que el Estado parte cumpla las obligaciones del art. 1 CEDH y asuma la correcta protección de los derechos vulnerados. Esta dinámica implica, además, que la fase de supervisión del cumplimiento de la sentencia adquiere una relevancia enorme. El Comité de Ministros asume la responsabilidad de lograr que el Estado infractor adopte las medidas necesarias para que pueda producirse la efectiva renacionalización de la tutela de los derechos. Esta tarea no es, ni mucho menos sencilla y requiere no solo de técnica, sino también de altas dosis de diplomacia. Y, claro, exige tiempo, un tiempo que corre en contra de los individuos que siguen viendo vulnerados sus derechos, en una situación en la que el Tribunal, digámoslo así, ya ha declarado todo lo que podía declarar respecto de la compatibilidad del sistema doméstico con el estándar europeo. Por estos motivos la dinámica de devolver al ámbito doméstico la tutela de los derechos debe ser prioritaria e indispensable en un sistema que, si se recuerdan las cifras expuestas al principio de estas páginas, debe hacer frente a un número ingente y creciente de demandas cada año. De ahí la importancia de reforzar y recordar siempre que sea posible que el europeo es un sistema subsidiario que solo debe activarse cuando los remedios internos no funcionen.

El sistema europeo vive en una situación de continua bipolaridad. Por una parte, todo el mundo, incluidos los Estados (al menos, por lo general), se felicitan por que este sea el sistema de tutela internacional, tanto en el ámbito regional como universal, más avanzado desde la perspectiva de la protección individual de los derechos de las personas. Este éxito lleva aparejadas como mínimo tres situaciones concurrentes y que no siempre se favorecen entre ellas: a) una sobrecarga de trabajo sostenida en el tiempo, b) unas expectativas sobre la función del Tribunal en relación con la tutela de derechos, sobre todo en algunas zonas, muy alta; c) pese al reconocimiento de los logros del TEDH en el desarrollo del estándar común europeo de los derechos humanos, a la hora de la verdad, una posición cautelosa, cuando no restrictiva, de los Estados hacia los poderes de actuación del TEDH. Tanto es así que, en las últimas grandes conferencias sobre el futuro del sistema europeo, Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012) y Bruselas (2015), los Estados pusieron especial empeño en reforzar el principio de subsidiariedad en la actuación del TEDH. Y sí, el principio de subsidiariedad debe ser reivindicado porque es consustancial a la naturaleza del sistema de garantía y por ello el Tribunal lo utiliza reiteradamente, especialmente en las sentencias piloto, para recordar a los Estados que la tutela efectiva de los derechos y libertades convencionales esté primero en sus manos. Todo ello, también, en el bien entendido de que el sistema europeo de

garantías se basa en la responsabilidad compartida del TEDH y los Estados parte del CEDH, como quedó claramente acotado en la Declaración de Bruselas de 2015¹⁰⁷.

Hay que aceptar, sin duda, que el sistema europeo de protección está experimentado un proceso de mutación en detrimento de su naturaleza internacional y en favor de su naturaleza constitucional. Seguramente, esta transformación no se produzca nunca completamente, o no en el corto y medio plazo, pero sí cabe afirmar que la vertiente constitucional irá ganando fuerza, como demuestra la práctica diaria del Tribunal y la descripción de su función que hacen los analistas. El control de convencionalidad sobre los ordenamientos internos tendrá cada vez un impacto mayor, un poder de transformación cada vez más elevado. La *autoritas* no siempre está acompañada de *potestas* pero la obligatoriedad de sus sentencias es una realidad a la que el Tribunal ha ido incorporando cada vez más contenidos (recordemos el salto que supone la *restitutio in integrum* como obligación primera) y que los Estados, aunque a veces con alguna resistencia¹⁰⁸, acaban asumiendo. Cuanto mayor sea el impacto inicial de una sentencia del Tribunal, menor será su carga de trabajo futuro. Y en esta línea, cuanto más control pueda ejercer en una primera sentencia, esto es, cuanto más integral sea su fiscalización sobre la situación de la tutela de los derechos en un Estado parte, más efectiva será su función de tutela de los derechos convencionales.

TITLE: The pilot judgements as a paradigmatic example of transformation of the European Court of Human Rights.

ABSTRACT: Fifty years after the ECtHR delivered its first judgement, the time has come to rethink the defining function of this jurisdiction. That means recognizing and analyzing in detail the tension between its role as a protector of individual rights and its role as a standard-setting body through which the process of European harmonisation in the field of fundamental rights takes place. This rethinking actually means considering which of the two functions, the protective or the harmonising one, should prevail in determining the position of the Court of Strasbourg in the European judicial area. One of the clearest elements of this transformation of the Court is the pilot judgment procedure, which tests the potential of the European Court as the European Constitutional Court.

RESUMEN: Después de 50 años desde que el TEDH dictara su primera sentencia, ha llegado el momento de replantearse la función definitoria de esta jurisdicción. Esto supone reconocer y analizar con detalle la tensión existente entre su función de tutela y su función como fijadora de estándares a través de los que se produce el proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. Este replanteamiento supone, en realidad, determinar cual de las dos funciones, la tuitiva o la armonizadora, debe prevalecer en la determinación de la posición del Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo. Uno de los elementos más claros de esta transformación del Tribunal en el espacio europeo de los derechos humanos es el procedimiento de caso piloto, banco de pruebas de las potencialidades del Tribunal Europeo como Tribunal Constitucional Europeo.

KEY WORDS: European system of protection, European Court of Human Rights, Constitutional Court, pilot judgment, Europe, Human Rights, dialogue among judges, effective remedy, subsidiarity.

PALABRAS CLAVE: Sistema europeo de protección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, caso piloto, Europa, Derechos Humanos, diálogo judicial, tutela de derechos, subsidiariedad.

FECHA DE RECEPCIÓN: 16.07.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

¹⁰⁷ «High-level Conference on the «Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility», Brussels Declaration, 27 March 2015. https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf

¹⁰⁸ Por todos, POPELIER, P., LAMBRECHT, S., y LEMMENS, K., *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Antwerp, 2016.

¿TOMANDO LA JUSTICIA CAUTELAR EN SERIO?: LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MARÍA DÍAZ CREGO

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá*

SUMARIO

I. Introducción. II. Comencemos con el cumplimiento: sobre la vinculatoriedad de las medidas cautelares y el alcance de las obligaciones que asumen los Estados. III. Algunas cuestiones procedimentales: un análisis especialmente diligente del riesgo. IV. Los criterios a considerar en el juicio cautelar: riesgo real e inminente y daño grave e irreparable. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela cautelar de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio, en adelante) se ha convertido en los últimos años en uno de los buques insignia del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, ofreciendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal, en adelante) una oportunidad más de demostrar su voluntad de garantizar derechos reales y efectivos.

Téngase en cuenta que la justicia cautelar tiene como finalidad esencial preservar la integridad del proceso, previniendo que los avatares del mismo o el mero transcurso del tiempo impidan desarrollar todos sus efectos a la resolución judicial que le ponga fin. Las medidas cautelares preservarán los derechos de las partes a la espera de la resolución judicial definitiva, garantizando su eficacia y evitando que su cumplimiento se vea comprometido¹.

¹ En este sentido, ver: WHATTHÉE, S., *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme: La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*. Bruselas, Anthemis, 2017, p. 31 y ss.; CAMERON, A.M., *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Nueva York, 2017, págs 1 y ss.; Chinchilla, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.

En el marco de los procesos dirigidos a tutelar derechos fundamentales, a la finalidad genérica de toda medida cautelar, se añade un elemento clave vinculado a la mayor trascendencia del contenido de los derechos de las partes que se pretenden salvaguardar. No se trata sólo de garantizar la efectividad de la resolución judicial definitiva, sino de preservar los derechos fundamentales de la parte evitando toda situación que pueda devenir irreversible². El TEDH lo indica en su jurisprudencia con total claridad: sus medidas cautelares persiguen salvaguardar los derechos de las partes, evitando situaciones irreversibles que impedirían al tribunal examinar debidamente la demanda y garantizar el cumplimiento de la eventual resolución de fondo³.

A pesar de la trascendencia que tiene la tutela cautelar para garantizar la efectividad de los litigios en materia de derechos fundamentales y que el TEDH reconoce como fundamento de su jurisprudencia en la materia, llama poderosamente la atención que el CEDH no haga referencia alguna a la posibilidad de que sus órganos de control adopten este tipo de medidas. El sistema europeo se distingue así, tal y como se ha subrayado en múltiples ocasiones⁴, del otro gran sistema regional de protección de los derechos humanos, en la medida en que el art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sí recoge de forma expresa la competencia de la Corte Interamericana para adoptar medidas provisionales.

No obstante, haciendo uso de unas mimbres normativas muchos menos sólidas, la jurisprudencia del TEDH ha convertido sus medidas cautelares en obligatorias para los Estados parte. Ese elemento, y la diligencia con que la institución analiza toda petición al efecto, parecen haber dado alas a quienes acuden a Estrasburgo buscando un remedio inmediato a una vulneración de sus derechos fundamentales que no hallan en su ordenamiento nacional.

No es de extrañar así que, en años posteriores al primer pronunciamiento europeo que declaraba la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH⁵, se produjera un incremento notable del número de solicitudes de medidas cautelares presentadas ante Estrasburgo, con picos especialmente altos en 2008 y 2010⁶, el último de los cuales llevó al propio Presidente del TEDH a emitir un comunicado en el manifestaba

2 WHATTHÉE, S., op. cit., p. 33 y ss.; BURGORGUE-LARSEN, L., «Interim measures in the European system of Human Rights», *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 2, n.º 1-2, 2009, p. 99.

3 Entre muchas otras, STEDH Toumi c. Italia, de 5 de abril de 2011, § 70; Ben Khemais c. Italia, de 24 de febrero de 2009, § 82.

4 Entre otros, Burbano Herrera, C. - Haeck, Y., «Letting States of the hook? The paradox of the legal consequences following state non-compliance with provisional measures in the Inter-American and European Human Rights Systems». *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28/3, 2010, p. 334 y ss.; PASQUALUCCI, J. M., «Interim measures in international human rights: evolution and harmonization». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, n.º 1, 2005, p. 6 y ss.

5 STEDH Mamatkulov y Askarov c. Turquía, Gran Sala, de 4 de febrero de 2005, que se comentará en el apartado siguiente.

6 En 2008, se solicitaron un total de 3185 medidas cautelares, de las cuales tan sólo 747 fueron concedidas. En 2010, el número de solicitudes ascendió a 3775, concediéndose 1443 medidas cautelares. La información se ha tomado de: Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, *Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court*, de 22 de marzo de 2013 (accesible en file:///Users/mariadiaz/Downloads/Compilation%20ReformE-CHR2014_en.pdf). Hasta el año 2009, resultan también muy esclarecedores los datos comparados por años que ofrece el trabajo: BURBANO HERRERA, C., «A Critical Analysis of The Work Of The European Commission And European Court Of Human Rights In Relation With Non-Compliance Of Interim Measures - Period 1957-2011». *Revista Via Inveniendi Et Iudicandi*, 7 (2), 2012, p. 22.

su preocupación por un aumento que cuantificaba en un 4000% entre 2006 y 2010 y que impedía al TEDH desarrollar su actividad con garantías⁷. En años posteriores, el número de solicitudes parece haberse estabilizado, oscilando entre las 1500-2000 anualmente⁸. Algo semejante ha ocurrido con el porcentaje de solicitudes concedidas, que llegó a alcanzar tasas del 39,1% en 2010, pero que parece ubicarse en los últimos años por debajo del 10%⁹. Si el número de solicitudes y de concesiones de medidas cautelares ha disminuido desde 2010, lo que parece haber aumentado, aún sin ser todavía preocupante, es el número de casos en que el TEDH confirma que el Estado demandado no ha cumplido la medida cautelar que había sido adoptada. En este sentido, algunos estudios apuntan hacia un incremento de los incumplimientos, señalando que entre 1957 y 2005, apenas se produjeron una decena¹⁰, ascendiendo la cifra a más de 40 desde el año 2005 hasta la fecha¹¹.

Dado que la tutela cautelar es esencial para garantizar la efectividad de la labor que desarrolla el TEDH y que sólo conseguirá su finalidad última si las medidas se adoptan de forma ágil, para evitar situaciones irreparables, y los Estados aceptan su cumplimiento, parece claro que el Tribunal debe prestar particular atención a la determinación de las obligaciones que incumben a los Estados respecto de sus medidas cautelares, al procedimiento que sigue para el tratamiento de estas solicitudes, y a la definición de los elementos que le llevan a adoptar o denegar las medidas cautelares que se solicitan. Este trabajo pretende abordar esos tres elementos clave, buscando una suerte de evaluación de la práctica del TEDH en la materia.

7 ECHR, «Governments, applicants and their lawyers urged to co-operate fully with European Court, following «alarming rise» in requests to suspend deportation», Statment made by the President Jean-Paul Costa, Press Release n.º 17, 11 de febrero de 2011.

8 En este sentido, ver las últimas estadísticas proporcionadas por el TEDH, en las que se indica que, en 2015 se recibieron un total de 1458 solicitudes, en 2016, un total de 2286, y en 2017, un total de 1669. La información completa puede encontrarse en: ECHR, «Rule 39 requests granted and refused in 2015, 2016 and 2017 by respondent state», accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf

9 Así se desprende de los datos proporcionados por el propio TEDH en sus Informes anuales y en las estadísticas proporcionadas en su página web. Teniendo en cuenta los datos que se facilitan en el documento citado supra, en 2015 el número de solicitudes concedidas habría sido del 11%, en 2016, del 5%, y en 2017, del 7%. Llama la atención que ese descenso se haya producido tras la Declaración de Izmir, adoptada por la Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del TEDH, el 27 de abril de 2011, y en la que se instaba al TEDH a reducir el número de solicitudes concedidas con las siguientes palabras: «As regards Rule 39, expresses its expectation that the implementation of the approach set out in paragraph A3 will lead to a significant reduction in the number of interim measures granted by the Court, and to the speedy resolution of those applications in which they are, exceptionally, applied, with progress achieved within one year. The Committee of Ministers is invited to revert to the question in one year's time» (Follow-up Plan (Implementation), par. 4).

10 Para un análisis del número y alcance de los incumplimientos desde 1957 hasta el año 2010, ver especialmente Burbano Herrera, C., op. cit.

11 Una lista completa de los incumplimientos desde 2005 hasta 2014 puede encontrarse en: PACE, Committee on Legal Affairs and Human Rights, «Report on the Urgent need to deal with new failures to co-operate with the European Court of Human Rights», Doc. 13435, de 28 de febrero de 2014. A la lista de casos de incumplimiento citados en ese informe (31) habría que añadir los siguientes, que no son citados en el informe: SSTDH Makharadzé y Sikharulidze c. Georgia, de 22 de noviembre de 2011; Rrapo c. Albania, de 25 de septiembre de 2012; Salakhov y Islyamova v. Ucrania, de 14 de marzo de 2013; Trabelsi c. Bélgica, de 4 de septiembre de 2014; Amirov c. Rusia, de 27 de noviembre de 2014; Sergey Antonov c. Ucrania, de 22 de octubre de 2015; Andrey Lavrov c. Rusia, de 1 de marzo de 2016; Klimov c. Rusia, de 4 de octubre de 2016; Maylenskiy c. Rusia, de 4 de octubre de 2016; Pivovarnik c. Ucrania, de 6 de octubre de 2016; Konovalchuk c. Ucrania, de 13 de octubre de 2016; M.A. c. Francia, de 1 de febrero de 2018; y A.S. c. Francia, de 19 de abril de 2018.

II. COMENCEMOS CON EL CUMPLIMIENTO: SOBRE LA VINCULATORIEDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES QUE ASUMEN LOS ESTADOS

Quizás por la ausencia de referencia convencional expresa a la facultad del TEDH, o de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, de adoptar medidas cautelares, el TEDH no reconoció su carácter vinculante sino hasta el ya famoso caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, Gran Sala, de 4 de febrero de 2005. Desde entonces su jurisprudencia al respecto se ha ido perfilando, estrechando cada vez más los márgenes de actuación de los Estados parte en la materia. Tenemos hoy perfectamente claro que las medidas cautelares del TEDH son obligatorias y que cualquier incumplimiento provoca la automática vulneración del art. 34 CEDH. Más allá de esa precisión, la jurisprudencia del TEDH mira con lupa cualquier cumplimiento tardío o parcial, así como los intentos de los Estados de justificar su incumplimiento aduciendo motivaciones variopintas. Veamos con detalle la jurisprudencia del TEDH al respecto.

1. Refrescando la memoria: de la ausencia de base convencional a la vinculatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH

Como ya he señalado, el CEDH no hace referencia expresa a la facultad de sus órganos de control de adoptar medidas cautelares. Tal y como ha explicado prolijamente Whatthée, los trabajos preparatorios del Convenio no recogen ninguna mención relacionada con la atribución de esa facultad a sus órganos de control, pareciendo —de forma un tanto sorprendente— que esa cuestión no fue objeto de debate alguno en el momento en que se redactó el Convenio¹².

Tan sólo años después, en 1971, la Asamblea Parlamentaria dirigiría una recomendación al Comité de Ministros para que encargara al Comité de Expertos en materia de derechos humanos la redacción de un Protocolo adicional al CEDH que atribuyera tal competencia a los órganos de control del CEDH y, en especial, a la Comisión Europea¹³. El Comité de expertos estimó que, dado que la práctica de la Comisión Europea en materia de medidas cautelares era satisfactoria, no parecía conveniente adoptar un Protocolo adicional que regulara el procedimiento y los criterios para la indicación de tales medidas¹⁴.

El Comité de Ministros asumió tal posicionamiento, subrayando la existencia de una laguna en la materia, pero señalando que la formalización de la facultad de los

12 WHATTHÉE, S., op. cit., págs 65 y ss. La autora señala que esa ausencia de debate parece tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que el Movimiento Europeo remitió al Consejo de Ministros un proyecto de Estatuto que sí contenía un precepto referido a la tutela cautelar. Ver, Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly (11 May - 8 September 1949). La Haya, Martinus Nijhoff, 1975, vol. 1, p. 315.

13 Asamblea Parlamentaria, Recomendación 623 (1971), de 21 de enero de 1971, *relative aux mesures provisoires complémentaires à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*.

14 Comité de Ministros, Conclusiones de la 224.ª reunión de delegados, 18-26 septiembre 1973, *Mesures provisoires complémentaires à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Rapport du Comité d'expert en matière de droits de l'homme*. Doc. CM (73) 57 (accesible en <https://rm.coe.int/0900001680521a78>)

órganos de Estrasburgo de adoptar medidas cautelares a través de un Protocolo adicional y la correspondiente introducción de obligaciones jurídicas podía poner en riesgo la práctica desarrollada por la Comisión Europea durante años¹⁵. Se explicaba así, negro sobre blanco, que las recomendaciones de la Comisión Europea en la materia —el TEDH todavía no había tenido oportunidad de aplicar el entonces art. 34 de su Reglamento interno— no eran más que eso «recomendaciones» y que, por tanto, no parecía deducirse obligación jurídica alguna para los Estados. Con estos argumentos, que trasladaban la escasa voluntad de los Estados de formalizar lo que se describía como una exitosa «práctica», se abandonó la idea de dotar de base convencional a la adopción de medidas cautelares por los órganos de control del Convenio.

Esa idea no volvió a recuperarse ni siquiera al hilo de la elaboración de los Protocolos núm. 11 y 14, que introdujeron notables novedades en el sistema de control del Convenio, a pesar de que varios actores, inclusive el propio TEDH¹⁶, plantearon la necesidad de introducir una cláusula convencional al respecto. No obstante, la cuestión sí parece haberse planteado en los debates más recientes sobre el futuro del CEDH¹⁷, pero sin que las propuestas realizadas se hayan materializado por el momento.

De esta suerte, la práctica de ambas instituciones en relación con la adopción de medidas cautelares se ha fundado siempre en las previsiones de sus propios Reglamentos internos. Como explican Burbano y Haeck¹⁸, el TEDH fue el primero en introducir en su Reglamento interno (art. 34) una previsión que le permitía llamar la atención de los Estados parte sobre las medidas cautelares que considerara deseable adoptar, al incluir tal posibilidad en su Reglamento de 1959¹⁹.

Por su parte, la Comisión Europea tardó mucho más en incluir tal previsión en su Reglamento interno²⁰. Habría que esperar a la reforma del Reglamento de 1974, ulterior a la decisión del Comité de Ministros de no elaborar un Protocolo adicional en la materia²¹, para que expresamente se atribuyera a la Comisión o, cuando no estuviera en sesión, a su Presidente, la facultad de indicar a los Estados las medidas provisionales consideradas deseables en interés de las partes o del correcto desarrollo del proceso (art. 36)²². A

15 Comité de Ministros, Conclusiones de la 224.ª reunión de delegados, 18-26 septiembre 1973, *Mesures provisoires complémentaires à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Rapport du Comité d'expert en matière de droits de l'homme*. Concl (71) 199, point III B (h) (accesible en <https://rm.coe.int/0900001680521a78>)

16 Opinion of the Court on Draft Protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights, Doc. DH-PR (94)4, 31 de enero de 1994.

17 Ver, especialmente, Council of Europe, Steering Committee For Human Rights, *Final report on a simplified procedure for amendment of certain provisions of the Convention*, 22 de junio de 2012.

18 Para un análisis más detallado, ver: Burbano Herrera, C. y Haeck, Y., op. cit., p. 339 y ss.

19 El texto original en inglés versa: «1. Before the constitution of a Chamber, the President of the Plenary Court may, at the request of a Party, the Commission, or any person concerned or *proprio motu*, bring to the attention of the Parties any interim measure the adoption of which seems desirable. The Chamber, when constituted, or, if the Chamber is not on session, its President, shall have the same right. 2. Notice of these measures shall be immediately given to the Committee of the Ministers.» (Rule 34, accesible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1959_RoC_CDH\(59\)8_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1959_RoC_CDH(59)8_ENG.PDF))

20 La primera versión del Reglamento interno de la Comisión se aprueba el 2 de abril de 1955 y no hace referencia alguna a la posibilidad de indicar medidas cautelares (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1955_Rules_Commission_BIL.pdf)

21 Whatthée, S., op. cit., p. 67 y ss.

22 En relación con esta modificación, ver: Burbano y Haeck, op. cit., p. 338. El texto original en inglés versaba: «The Commission or, where it is not in session, the President may indicate to the parties any interim measure

pesar de ello y de forma un tanto llamativa, en el momento en que se introduce tal posibilidad de forma expresa en su Reglamento, la Comisión Europea llevaba ya años recomendado informalmente a los Estados parte la adopción de medidas cautelares, datando la primera de ellas de 1957²³. Por su parte, el TEDH no adoptó ninguna medida cautelar hasta el famoso caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, en el que prorrogó la indicada previamente por la Comisión Europea²⁴.

Por lo que aquí interesa, el texto inicial del Reglamento interno del TEDH no sufrió modificaciones sustanciales en lo referido a la facultad del tribunal de indicar medidas cautelares a los Estados hasta 1998²⁵, momento en que se produce la adaptación del Reglamento al Protocolo núm. 11, el artículo referido a las medidas cautelares pasa a ser el número 39 y el texto del mismo se moldea a la luz de lo que preveía el Reglamento interno de la Comisión, recogándose expresamente que el TEDH podría indicar las medidas cautelares que considerara apropiadas en interés de las partes o del correcto desarrollo del proceso, y podría requerir a las partes información referida a la implementación de tales medidas²⁶. Tras esta modificación, el resto de las sufridas por el precepto tienen que ver con la notificación de las medidas cautelares indicadas al Comité de Ministros²⁷ o con el órgano competente para la adopción de las mismas²⁸.

the adoption of which seems desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the proceedings before it» (Rule 36).

23 En este sentido, ver: Burbano y Haeck, op. cit, p. 337.

24 En este sentido, ver: Burbano y Haeck, op. cit, p. 339.

25 En el nuevo Reglamento interno del TEDH, adoptado el 24 de noviembre de 1982, el artículo 34 pasa a ser el 36, introduciéndose una modificación sutil, en la medida en que el texto recoge la facultad del TEDH de indicar/recomendar a los Estados la adopción de medidas cautelares. El texto original en inglés recoge, tras la reforma: «1. Before the constitution of a Chamber, the President of the Court may, at the request of a Party, the Commission, or any person concerned or *proprio motu*, indicate to Parties any interim measure which is advisable for them to adopt. The Chamber, when constituted, or, if the Chamber is not on session, its President, shall have the same right. 2. Notice of these measures shall be immediately given to the Committee of the Ministers. » (Rule 36, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1982_RoC_Revised_Nouveau_BIL.PDF). Desde una perspectiva jurídica, la diferencia parece escasa, en la medida en que la nueva redacción no estaba llamada a convertir las medidas cautelares en vinculantes para los Estados. El art. 36 de ese nuevo reglamento sufre varias modificaciones: el 26 de enero de 1989, a fin de contemplar la posibilidad de que el TEDH mantuviera las medidas cautelares indicadas por la Comisión (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1989_RoC_BIL.PDF) y el 20 de abril de 1992, a fin de contemplar la posibilidad de que el TEDH indicara medidas cautelares también al demandante (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1992_RoC_BIL.PDF). Ese mismo texto pasó a convertirse en el art. 38 del Reglamento interno con la modificación que entró en vigor el 23 de mayo de 1996 (https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1996_RoC_Part%20B_BIL.PDF)

26 El texto en inglés versa: 1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it. 2. Notice of these measures should be given to the Committee of Ministers. 3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated (Rule 39, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_1998_RoC_BIL.pdf)

27 La modificación introducida el 1 de septiembre de 2012 dejaba en manos del TEDH la decisión de notificar la adopción de medidas cautelares al Comité de Ministros, cuando se considerara apropiado: «2. Where it is considered appropriate, immediate notice of the measure adopted in a particular case may be given to the Committee of Ministers.» (Rule 39, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_2012_RoC_Sep_ENG.PDF)

28 La modificación introducida el 1 de junio de 2015 atribuía la competencia para adoptar medidas cautelares no sólo a la Sala o a los Presidentes de Sección, sino también a los Vicepresidentes de Sección que fueran designados para ello, en línea con la redacción actual del art. 39 del Reglamento interno del TEDH (la versión de 2015 es accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Library_2015_RoC_ENG.PDF).

Teniendo en cuenta la redacción dada al actual art. 39 del Reglamento interno del TEDH —y al anterior art. 36 del Reglamento de la Comisión—, así como la justificación de la negativa del Comité de Ministros a adoptar un Protocolo adicional que dotara de base jurídica convencional a la adopción de medidas cautelares por los órganos de control del Convenio, parece lógico que el TEDH haya tenido una posición titubeante en relación con la obligatoriedad de sus medidas cautelares.

Como es bien sabido, en el criticado asunto Cruz Varas y otros c. Suecia, Pleno, de 20 de marzo de 1991, el TEDH se pronunció en contra de la obligatoriedad de las adoptadas por la entonces Comisión Europea²⁹. El TEDH trató de justificar su pronunciamiento aludiendo a la inexistencia de base convencional, los fracasados intentos por incluirla, la propia dicción del art. 36 del Reglamento interno de la Comisión —que utilizaba el verbo «indicar» y hablaba del carácter «deseable» de las medidas cautelares adoptadas—, la ausencia de jurisprudencia internacional que apoyara la tesis de la obligatoriedad de esas medidas, y la imposibilidad de derivar del entonces art. 25 CEDH —derecho a plantear una demanda individual ante la Comisión— una nueva obligación jurídica que se impondría a los Estados.

Tales planteamientos ocultaban difícilmente que el incumplimiento de las medidas cautelares ponía en cuestión la protección real y efectiva de los derechos reconocidos en el CEDH —constantemente reiterada por el TEDH en su jurisprudencia—, así como la efectividad del derecho a presentar una demanda ante la entonces Comisión. Como señalaran las voces discrepantes de los Jueces Cremona, Thór Vilhjálmsson, Walsh, Macdonald, Bernhardt, De Meyer, Martens, Foighel y Morenilla, el derecho procedimental garantizado por el entonces art. 25 CEDH debía necesariamente implicar el correspondiente derecho del demandante a que su caso fuera analizado por los órganos de control del CEDH y a que se protegieran sus derechos si se estimaba su demanda. La facultad de adoptar medidas cautelares vinculantes, entendían esos jueces, se derivaba implícitamente del CEDH, ya que lo contrario podría provocar que los Estados causaran daños irreparables a los demandantes, desposeyendo de todo sentido al propio proceso ante Estrasburgo al convertir en imposible el cumplimiento de la resolución definitiva. En fin, las voces discrepantes enfatizaban el estrecho vínculo existente entre la facultad de adoptar medidas cautelares y la propia función de juzgar, en línea con lo indicado por algunos autores³⁰. Pero lejos de adoptar esa posición, el TEDH se conformó con subrayar que el incumplimiento de una medida cautelar podría, en todo caso, agravar la responsabilidad del Estado en relación con las vulneraciones sustantivas de otros derechos reconocidos en el CEDH³¹. Un pronunciamiento que no parecía ser más que simbólico.

El TEDH mantuvo esa línea jurisprudencial, aplicándola a sus propias medidas cautelares³², hasta el conocidísimo asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía, en el que

29 Sobre el asunto Cruz Varas, ver García De Enterría, E., «De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes. L'affaire Cruz Varas». *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 11, 1992, p. 251-280.

30 Entre otros, ver: KELLER, H. - MARTI, C., «Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 73(3), 2013, p. 230.

31 STEDH Cruz Varas y otros c. Suecia, de 2 de marzo de 1991, § 103.

32 En el caso Čonka y Ligue Des Droits De L'homme c. Bélgica, Decisión de admisibilidad de 13 de marzo de 2001, el TEDH había indicado al gobierno belga que no expulsara a los demandantes, un grupo de ciudadanos eslovacos

modificó de forma radical su jurisprudencia precedente sobre la cuestión. En ese asunto, el TEDH abandonó el argumento centrado en la interpretación literal del CEDH que utilizara en Cruz Varas y justificó su posicionamiento haciendo referencia al objeto y la finalidad del tratado —véase, servir de garantía colectiva de los derechos humanos e imponer obligaciones objetivas a los Estados parte—, y a la necesidad de interpretar el texto teniendo en cuenta los principios generales de Derecho Internacional, así como las condiciones actuales —instrumento vivo—, con el ánimo de garantizar derechos reales y efectivo y no teóricos e ilusorios.

Adoptando esta interpretación evolutiva y finalista, el TEDH subrayó la importancia que había adquirido el derecho al recurso individual en el marco del CEDH (art. 34 CEDH), especialmente tras las innovaciones introducidas por el Protocolo núm. 11. El TEDH ligaba así la eficacia de esa garantía procedimental con el respeto de las medidas cautelares acordadas por el tribunal. Tales medidas van dirigidas a evitar situaciones irreversibles; garantizar a los demandantes el disfrute efectivo de los derechos que invocan ante el TEDH; permitir a la Corte analizar de forma efectiva y siguiendo su procedimiento habitual las demandas recibidas; y, una vez dictada sentencia, facilitar la labor del Comité de Ministros, encargado de controlar la ejecución de la resolución dictada (art. 46 CEDH), y las propias obligaciones asumidas por los Estados parte, obligados a ejecutar tales sentencias. En esa lógica, subrayaba el TEDH, el cumplimiento de sus medidas cautelares se vinculaba a lo previsto en los arts. 1, 34 y 46 CEDH.

Más allá de la justificación del cambio jurisprudencial operado por el TEDH sobre la base de las innovaciones introducidas por el Protocolo núm. 11, llamaba la atención la relevancia que el TEDH otorgaba a los principios generales del Derecho Internacional como criterio hermenéutico que le permitía justificar su nuevo posicionamiento. El TEDH aportaba numerosos ejemplos de jurisdicciones internacionales que habían ya reconocido el carácter obligatorio de sus medidas cautelares basándose en la garantía de los derechos de las partes y la eficacia de su propia función jurisdiccional³³. Entre ellas, el razonamiento del TEDH parecía fuertemente influenciado por las decisiones adoptadas por la Corte Internacional de Justicia en los casos *LaGrand*, de 27 de junio de 2001, y *Avena* y otros ciudadanos mexicanos, de 31 de marzo de 2004³⁴.

A pesar de la relevancia del cambio jurisprudencial que se produjo en la sentencia *Mamatkulov y Askarov* y del vínculo claro que se estableció entre las medidas cautelares indicadas por el TEDH y el derecho al recurso individual ante el tribunal, el TEDH no

de etnia gitana hacia ese país, a pesar de lo cual el gobierno procedió a ejecutar la expulsión.

³³ El TEDH citaba resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, ambos de Naciones Unidas, o de la Corte Internacional de Justicia. Sobre el valor que el TEDH atribuía a esas decisiones, ver: De Schutter, O., «The binding character of the provisional measures adopted by the European Court of Human Rights». *International Law Forum du Droit International*, vol. 7, 2005, p. 19 y ss.

³⁴ Sobre la importancia de la CIJ en el cambio jurisprudencial del TEDH, ver: BURGORGUE —Larsen, L. «Interim measures in the European Convention System of Protection of Human Rights». *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 2, num. 1-2, 2010, p. 100 ; Cohen— Jonathan, G., «Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour Européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*». *Revue Générale de Droit Internationale Public*, vol. 2, 2005, p. 432. Sobre la influencia de la jurisprudencia americana en la materia, ver: Salado Osuna, A. y Corzo Sosa, E., «Las medidas provisionales», en GARCÍA ROCA, J. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J., SANTOLAYA, P., CANOSA USERA, R. (coords), *El diálogo entre los sistemas americano y europeo de derechos humanos*. Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 351 y ss.

llegó a utilizar el término «vinculante» para referirse a esas medidas ni tampoco aclaró si la inobservancia de las mismas provocaba necesariamente la vulneración del art. 34 CEDH. La primera cuestión fue resuelta de forma clara en el caso *Aoulmi c. Francia*, de 17 de enero de 2006, en el que el TEDH empleó ese adjetivo por vez primera.

La segunda cuestión tardaría un poco más en quedar resuelta, de modo que tras algunas vacilaciones³⁵, criticadas por la doctrina³⁶, el TEDH aclararía de forma terminante en *Olaechea Cahuas c. España*, de 10 de agosto de 2006, que la inobservancia de cualquier medida cautelar provocaba una vulneración del art. 34 CEDH, independientemente de que, en un momento posterior, se confirmara que el riesgo que pretendía evitar no se había materializado o que el incumplimiento no había provocado que el demandante no pudiera continuar con el procedimiento ante el tribunal³⁷. Para el TEDH, la evaluación del riesgo se produce en un momento concreto y conduce a la adopción de una decisión por su parte. El carácter obligatorio para los Estados del contenido de tal decisión no puede hacerse depender de hechos que necesariamente acaecerán después y que no son conocidos por las partes, ni pueden ser evaluados en el momento de la adopción de la decisión cautelar.

A partir del caso *Olaechea Cahuas* queda perfectamente claro, en la jurisprudencia del TEDH, que todas las medidas cautelares del tribunal son obligatorias y que su incumplimiento provoca, siempre, una vulneración del art. 34 CEDH. A pesar de estas certezas, veremos que el TEDH se ha visto obligado a desarrollar de forma mucho más precisa las obligaciones que se imponen a los Estados parte en relación con sus medidas cautelares.

2. El cumplimiento de las medidas cautelares: ¿qué obligaciones se imponen a los Estados parte?

Asumida la vinculatoriedad de las medidas cautelares del TEDH, parecería clara la obligación que asumen los Estados en la materia, véase, cumplir lo indicado por el tribunal. Sin embargo, la cuestión de si se ha producido o no el cumplimiento no siempre ha sido indiscutida, como tampoco la determinación de las eventuales causas que eximirían a los Estados de tal obligación. El tribunal ha lidiado con estas cuestiones en jurisprudencia reciente, en la que parece haber interpretado de forma amplia el contenido de sus medidas cautelares, imponiendo así obligaciones muy exigentes a los Estados, a la par que ha reconducido, de forma muy restrictiva, la posibilidad de que eludan el cumplimiento cuando circunstancias objetivas les impidan hacerlo. Veamos con más detalle ambas cuestiones.

³⁵ Ver, *STEDH Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005, § 478, en el que el TEDH parecía sugerir que la inobservancia de una medida cautelar sólo provocaría una vulneración del art. 34 CEDH si se obstruía el ejercicio del derecho a presentar una demanda individual ante el TEDH. Se planteaba así si no se produciría tal vulneración en aquellos casos en que la inobservancia de la medida cautelar fuera inocua desde la perspectiva del ejercicio efectivo del derecho reconocido en el art. 34 CEDH.

³⁶ BURGORGUE – LARSEN, L., op. cit., p. 105.

³⁷ Sobre el alcance de esta sentencia, ver: HAECK, Y., BURBANO HERRERA, C., ZWAAK, L., «Non-compliance with a provisional measure automatically leads to a violation of the right to individual application...or doesn't it?». *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, p. 41-63.

2.1. *La obligación de dar cumplimiento a la medida cautelar: el rigor y la celeridad se imponen*

Tal y como ya he apuntado, el TEDH ha impuesto obligaciones muy exigentes a los Estados miembros en lo que al cumplimiento de sus medidas cautelares se refiere. De su jurisprudencia se desprenden claramente varias obligaciones:

- a) los Estados no pueden sustituir al propio tribunal en lo que a la valoración del riesgo se refiere;
- b) la interpretación del contenido de las medidas cautelares europeas no puede ser formalista;
- c) los Estados habrán de cumplir esas medidas con una celeridad y diligencia notable, articulando procedimientos adecuados para ello.

Efectivamente, el TEDH viene señalando de forma habitual que los Estados no pueden sustituir su juicio frente al del propio tribunal en relación con la conveniencia de adoptar una determinada medida cautelar. Si un Estado tienen información relevante en relación con la necesidad de levantar una determinada medida cautelar, deberá informar al TEDH para que adopte la decisión que considere conveniente³⁸. Entre tanto, el Estado tiene obligación de cumplir la medida cautelar indicada y el TEDH tiene competencia para determinar si el Estado ha cumplido con su obligación, teniendo en cuenta tanto el alcance como la celeridad de las medidas adoptadas, y no si se ha materializado el riesgo que la medida trataba de evitar, tal y como ya se destacó anteriormente³⁹. Esta afirmación de competencia no hace sino aquilatar el carácter vinculante de las medidas cautelares dictadas por el TEDH: si éstas son obligatorias para los Estados, vulnerándose el art. 34 CEDH en caso de incumplimiento, parece evidente que ha de ser el propio TEDH el que determine si éste se ha producido. En relación con los criterios utilizados por el TEDH para determinar tal cuestión, resaltan de forma clara su interpretación extensiva y flexible de los contenidos de las medidas, así como su interpretación exigente del tiempo del que disponen los Estados para cumplirlas.

En lo que a la interpretación del contenido de la medida cautelar se refiere, el TEDH ha subrayado de forma reiterada que no puede hacerse de un modo formalista, ateniéndose únicamente a su formulación literal. Por el contrario, es necesario tener en cuenta el objetivo o el espíritu de la medida a la hora de determinar la existencia de un eventual incumplimiento por parte del Estado demandado⁴⁰. Lo relevante no será tanto que el Estado cumpla con el texto de la medida, sino que ésta tenga un efecto real, alcanzando el objetivo que se proponía.

³⁸ El incumplimiento de la medida, unido a la falta de comunicación del Estado sobre los motivos que justificarían el eventual levantamiento de la misma, parece agravar la responsabilidad estatal, a la luz de las consideraciones que realiza el TEDH en una larga serie de casos contra Italia: *SSTEDH Toumi c. Italia*, de 5 de abril de 2011; *Mannai c. Italia*, de 27 de marzo de 2012; *Trabelsi c. Italia*, de 13 de abril de 2010; *Ben Khemais c. Italia*, de 24 de febrero de 2009. En el mismo sentido, ver: *STEDH Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, § 104.

³⁹ Ver el apartado anterior y, también, *STEDH Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, § 90.

⁴⁰ Ver, *STEDH Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, § 91; *STEDH Klimov c. Rusia*, de 4 de octubre de 2016, § 47.

En este sentido, llaman la atención varios casos en los que el TEDH indicaba a los Estados demandados que no procedieran a extraditar a los demandantes hasta tanto el tribunal no se pronunciara sobre el fondo del asunto por existir un riesgo plausible de violación del art. 3 CEDH. Aún con tal advertencia, los demandantes fueron puestos en manos de las autoridades del país que había solicitado la extradición por procedimientos distintos a la extradición o sin seguir ningún tipo de procedimiento legal. En estos asuntos, parecía evidente que el Estado había realizado una interpretación literal de la medida cautelar dictada: no se había extraditado a los demandantes⁴¹. Aún así, el TEDH entendió violado el art. 34 CEDH ya que se había subvertido la finalidad última de la medida cautelar poniendo a los demandantes en manos de terceros Estados que podían vulnerar el art. 3 CEDH. El TEDH realizaba así una interpretación extensiva del contenido de sus medidas cautelares: lo importante no era tanto que no se hubiera procedido a la extradición, como que no se había alcanzado el objetivo último de la misma, véase, salvaguardar la integridad de los demandantes hasta que hubiera un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda formulada.

Igualmente, el TEDH viene subrayando de forma reiterada que los Estados deben cumplir con rigor las medidas cautelares indicadas, cuestión que puede resultar compleja cuando la medida impone obligaciones positivas al Estado. Así, por ejemplo, en el asunto *Amirov c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2014, el TEDH indicó al Estado demandado una medida cautelar doble: el traslado del demandante, privado de libertad y gravemente enfermo, a una institución especializada para su tratamiento; y la creación de una comisión médica independiente de instituciones penitenciarias, que determinara si el tratamiento que el demandante recibía era el adecuado, si su estado de salud era compatible con la permanencia en prisión y si era necesario su traslado a un hospital. El demandante fue atendido por esa comisión médica que, sin embargo, no respondió a las cuestiones planteadas, limitándose a analizar si la enfermedad que sufría podía encuadrarse en las que, según la normativa rusa, determinaban la obligación de poner en libertad a un detenido. El gobierno fue quien contestó a las preguntas del TEDH.

El TEDH consideró vulnerado el art. 34 CEDH, argumentando que las autoridades estatales sustituyeron la valoración que debía realizar la comisión experta por su propia valoración, lo que impidió al tribunal obtener mayor información sobre la situación médica del detenido y las condiciones de los establecimientos médicos de la prisión. Se truncaba así uno de los fines de la medida, que no sólo pretendía salvaguardar el estado de salud del demandante, sino también determinar los hechos en los que se basaba la demanda⁴². Y se reflejaba, negro sobre blanco, la interpretación estricta del cumplimiento de las medidas cautelares que realiza el TEDH: las medidas deben cumplirse íntegramente, de modo que un cumplimiento parcial es siempre considerado una violación del art. 34 CEDH⁴³.

41 Ver, *STEDH Zokhidov c. Rusia*, de 5 de febrero de 2013, § 207-208; *Savriddin Dzshurayev c. Rusia*, de 25 de abril de 2013, § 215- 216. Ver también *STEDH Abdulkhakov c. Rusia*, de 2 de octubre de 2012, en que las autoridades rusas pusieron al demandante a disposición de las autoridades tayikas, y no de las uzbekas, que habían solicitado su extradición, a pesar de la medida cautelar dictada por el TEDH.

42 En una línea semejante, ver: *SSTEDH Andrey Lavrov*, de 1 de marzo de 2016; *Klimov c. Rusia*, de 4 de octubre de 2016; *Maylenskiy c. Rusia*, de 4 de octubre de 2016; *Aleksanyan c. Rusia*, de 22 de diciembre de 2008.

43 En el mismo sentido, ver casos en los que se inicia el tratamiento de un demandante tras la indicación de una medida cautelar por el TEDH, pero no se continua: *STEDH Pivovarnik c. Ucrania*, de 6 de octubre de 2016.

Finalmente, llama también la atención la celeridad con la que los Estados deben actuar una vez recibida la indicación de una medida cautelar por parte del TEDH. El TEDH ha subrayado en varias ocasiones que las medidas cautelares deben ser cumplidas de forma urgente⁴⁴, exigiendo su cumplimiento en plazos extraordinariamente breves. El retraso en la adopción de la medida se califica como un incumplimiento. De este modo, no es infrecuente encontrar supuestos en los que el tribunal considera incumplida una medida cautelar y vulnerado el art. 34 CEDH por un retraso que puede ser de apenas unos días⁴⁵.

No obstante, hay que señalar que no queda claro cual es el estándar de celeridad que aplica el TEDH en relación con el cumplimiento de sus medidas. Lo que sí parece evidente es que, en la determinación de la existencia de un eventual incumplimiento, dos elementos serán tenidos en cuenta: la propia dicción de la medida cautelar, en tanto que si se utilizan expresiones que se asocian a la inmediatez en la toma de decisiones, los Estados carecerán de margen alguno de actuación⁴⁶; y, la propia actividad desarrollada por las autoridades estatales, en tanto que si el TEDH observa que no permanecieron pasivas, sino que trataron de dar cumplimiento a la medida, el transcurso de ciertos días entre la adopción de la misma y su cumplimiento puede analizarse de forma más benévola⁴⁷.

Esa diligencia, además, no se ciñe al cumplimiento de la medida cautelar, sino incluso a la propia organización interna del Estado, en la medida en que, en varias ocasiones, el TEDH ha analizado en qué momento se comunica la adopción de la medida al Estado demandado y el procedimiento interno seguido para que esa medida llegue a quien debe ejecutarla efectivamente en el menor tiempo posible. Así, por ejemplo, en el caso *Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, el TEDH reprochaba al Estado que hubiera tardado cuatro días en ejecutar una medida cautelar y que tratara de justificar tal retraso aduciendo —entre otros motivos— que su agente había recibido la comunicación al día siguiente de su envío por el TEDH.

En su sentencia, el TEDH subrayaba que la comunicación oficial de la medida fue remitida en varias ocasiones al agente del Estado, a quien además se intentó localizar infructuosamente por teléfono en varias ocasiones. El TEDH subrayaba que tales intentos se efectuaron en un día laborable y que, por tanto, no podía justificarse la negligencia del Estado⁴⁸. Llamaba así poderosamente la atención la exigente valoración realizada por el TEDH: los Estados no sólo deben cumplir de forma diligente las medidas cautelares indicadas, sino que deben organizarse internamente para la recepción de las mismas en el

⁴⁴ Ver, entre otras, *STEDH Grori c. Albania*, de 7 de julio de 2009, § 190.

⁴⁵ Entre otras, ver: *STEDH Aleksanyan c. Rusia*, de 22 de diciembre de 2008 (2 meses); *Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009 (4 días); *D.B. c. Turquía*, de 13 de julio de 2010 (18 días).

⁴⁶ En este sentido, ver: *STEDH Salakhov y Islyamova c. Ucraiana*, de 14 de marzo de 2013, en el que el TEDH subrayaba que el cumplimiento de una medida cautelar tres días después de su adopción vulneró el art. 34 CEDH, en tanto el TEDH exigió el traslado inmediato del demandante a un hospital y la inmediatez se asociaba al cumplimiento en el mismo día en que se dictó la medida cautelar.

⁴⁷ En este sentido, ver: *STEDH Konovalchuk c. Ucrania*, de 13 de octubre de 2016, en el que el TEDH validaba el transcurso de 13 días desde que se acordó la medida cautelar y un medico especialista vio al demandante. El TEDH tenía en cuenta que las autoridades no permanecieron pasivas, tratando de conseguir la correspondiente cita médica.

⁴⁸ Ver, *STEDH Mostafa y otros c. Turquía*, de 15 de enero de 2008, en el que el TEDH señalaba ya que las autoridades turcas habían tardado 5 días en recibir efectivamente la comunicación oficial de la medida cautelar porque eran festivos. Sobre otros casos semejantes, ver: Burbano Herrera, C. (2012), op. cit. pp. 52 y ss.

momento en el que se produce un pronunciamiento del tribunal. Por tanto, la adecuada organización interna forma parte del deber de diligencia que se impone.

2.2. *La exención de la obligación de cumplir las medidas cautelares cuando concurren circunstancias objetivas: un estándar difícil de alcanzar*

Aunque el TEDH ha dejado claro que los Estados no pueden libremente decidir sobre el cumplimiento de sus medidas cautelares, sustituyendo su propio criterio al del tribunal, a partir del caso *Paladi c. Moldavia*, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, la jurisprudencia europea reconoce formalmente la posibilidad de que los Estados no cumplan con las medidas cautelares cuando prueben que alguna circunstancia objetiva les impidió hacerlo, a pesar de que siguieron todos los pasos razonables para levantar tal impedimento y mantener al TEDH informado al respecto⁴⁹. Siguiendo esta jurisprudencia, podría eximirse a los Estados de la obligación de cumplir una medida cautelar siempre que se dieran ciertas condiciones. Sin embargo, tales exigencias han sido interpretadas de forma tan estricta por el TEDH que, hasta la fecha, la jurisprudencia *Paladi* no ha sido nunca aplicada con resultados favorables para el Estado incumplidor.

En el ya analizado caso *Paladi*, primero de los pocos asuntos en los que se ha aplicado esta jurisprudencia, el TEDH entendió que no concurrían las circunstancias objetivas exigidas, en la medida en que el gobierno moldavo intentó justificar su cumplimiento tardío subrayando que el mismo no había tenido ninguna consecuencia y que el retraso se había debido a que su agente recibió la comunicación oficial de la medida cautelar al día siguiente de su envío por el TEDH. Tal y como ya se ha analizado, el TEDH aclaraba de forma tajante que la inadecuada organización interna del Estado no podía considerarse una circunstancia objetiva que justificara el cumplimiento tardío de la medida cautelar.

En posteriores asuntos, el TEDH ha identificado otros motivos que no pueden considerarse circunstancias objetivas que eximen a los Estados del cumplimiento de las medidas cautelares, véase, el deber de dar cumplimiento a otras obligaciones internacionales o a obligaciones derivadas de la legislación interna o circunstancias materiales creadas por la actuación de las propias autoridades estatales.

En relación con la alegación de otras obligaciones internacionales como causa que justificaría el incumplimiento de medidas cautelares por el Estado destaca, sin lugar a dudas, el caso *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, de 2 de marzo de 2010. En ese asunto, el TEDH había adoptado una medida cautelar dirigida a impedir la transferencia de la custodia de los demandantes a las autoridades iraquíes, que podían imponerles la condena a muerte por hechos cometidos durante la guerra de Irak. Las autoridades británicas incumplieron la medida tratando de justificar su actuación aduciendo las obligaciones internacionales que habrían asumido con el Estado iraquí. El TEDH desestimó las

⁴⁹ El texto original en inglés versa: «It is for the respondent Government to demonstrate to the Court that the interim measure was complied with or, in an exceptional case, that there was an objective impediment which prevented compliance and that the Government took all reasonable steps to remove the impediment and to keep the Court informed about the situation.» (§ 92). Además de los asuntos que se citarán en el cuerpo del texto, se aplica esta jurisprudencia en: *STEDH D.B. c. Turquía*, de 13 de julio de 2010.

alegaciones formuladas señalando que los Estados parte del CEDH no deben asumir obligaciones internacionales contrarias a las derivadas del CEDH y rechazando, por tanto, que un compromiso internacional pudiera considerarse causa objetiva que justificara la falta de cumplimiento de una medida cautelar.

En una línea semejante, en el caso *Trabelsi c. Bélgica*, de 4 de septiembre de 2014, el TEDH desechara que las obligaciones internacionales asumidas por el Estado o la aplicación de la normativa interna, que determinaba la puesta en libertad del demandante y el consiguiente riesgo de fuga, pudieran ser motivos objetivos que justificaran el incumplimiento de una medida cautelar, máxime si el Estado no había siquiera tratado de buscar alternativas a la puesta en libertad⁵⁰.

Tampoco circunstancias materiales creadas por el propio Estado y que imposibilitan el cumplimiento de una medida cautelar han sido consideradas por el TEDH como eximentes de la obligación que se deriva del art. 34 CEDH⁵¹. En ese sentido, dos casos muy recientes ponen en tela de juicio el procedimiento llevado a cabo por las autoridades francesas con miras a expulsar a dos demandantes de asilo hacia Argelia y Marruecos. En los casos *M.A y A.S. c. Francia*, de 1 de febrero de 2018 y 19 de abril de 2018, el TEDH rechazaba las alegaciones del Estado francés que señalaba la imposibilidad de cumplir la medida cautelar adoptada por el TEDH a fin de evitar la expulsión de ambos demandantes porque cuando ésta fue notificada los dos se encontraban ya dentro del avión que les llevaría a su destino. El TEDH resaltaba que, en ambos casos, la decisión de expulsar había sido adoptada mucho antes de su notificación a los demandantes —un mes antes, en uno de los casos— y que esa notificación se produjo apenas unas horas antes de que ambos fueran embarcados con destino a sus países de origen.

El TEDH señalaba que, con ese proceder, Francia había hurtado a los demandantes la posibilidad de recurrir ante el TEDH, solicitando una medida cautelar que el Estado estuviera en condiciones —temporales— de cumplir, lo que había vulnerado el art. 34 CEDH. El TEDH demostraba así su clara intención de analizar de forma muy rigurosa cualquier alegación dirigida a eximir al Estado de su obligación de dar cumplimiento a las medidas cautelares. Si bien parece evidente que la comunicación de la medida apenas 20 minutos antes de que despegue un vuelo habría sido considerada, con carácter general, una circunstancia objetiva que eximiría de responsabilidad al Estado, el TEDH no se limitaba a esa valoración formal, y con miras a garantizar derechos reales y efectivos, analizaba todas las circunstancias del caso, subrayando de forma clara que fue la negligencia de las autoridades francesas a la hora de notificar las decisiones de expulsión la que impidió la adopción de la medida cautelar en un momento anterior y, por tanto, su consiguiente cumplimiento.

50 En idéntico sentido: *STEDH Rrapo c. Albania*, de 25 de septiembre de 2012.

51 Además de los casos indicados en el cuerpo del texto, se pone en tela de juicio la organización del estado, en este caso en el ámbito sanitario, en *Makharadze y Sikharulidze c. Georgia*, de 22 de noviembre de 2011. En el citado asunto, el TEDH había adoptado una medida cautelar por la que se imponía el traslado del demandante, gravemente enfermo de tuberculosis, a un hospital especializado. El Estado intentó justificar su incumplimiento alegando que los dos hospitales especializados existentes estaban desbordados y, por tanto, no le habrían podido atender en caso de haberse efectuado el traslado. El TEDH recalcó que la única circunstancia objetiva que habría eximido al Estado de la obligación de cumplir con su medida cautelar habría sido la ausencia total de un hospital de esas características en Georgia. Sin embargo, dado que había dos instalaciones que cumplían los requisitos, el demandante debería haber sido trasladado a una de ellas para ser atendido, teniendo en cuenta la gravedad de su estado y que la atención a pacientes se realiza siempre siguiendo un orden de prioridad establecido en función de criterios médicos.

A partir de esta jurisprudencia, podemos inferir que el TEDH no considera circunstancias objetivas que eximan a los Estados de la obligación de dar cumplimiento a las medidas cautelares a aquellas que, de un modo u otro, dependen del actuar de las propias autoridades estatales, bien porque asumen obligaciones normativas contrarias al CEDH, bien porque crean situaciones que les impiden *de facto* dar cumplimiento a tales medidas. Sin embargo, y tal y como ahora veremos, la jurisprudencia del TEDH sí parece identificar como circunstancias objetivas eximentes de la obligación que se impone a los Estados aquellas que son independientes del actuar de las autoridades estatales, como serían por ejemplo, las ligadas al comportamiento del demandante, o a su estado físico.

En este sentido, en el caso *Groni c. Albania*, de 7 de julio de 2009, el TEDH había ordenado a las autoridades albanesas que el demandante, gravemente enfermo, fuera trasladado a un hospital civil para que se realizara un diagnóstico de su situación y se determinara el tratamiento a seguir, pero el demandante se negó al traslado, iniciando una huelga de hambre que retrasó el cumplimiento de la medida cautelar. El demandante fue trasladado y la medida se cumplió, pero 18 días después de su adopción. El TEDH subrayaba que la actuación de las autoridades estatales no era el único elemento a tener en cuenta a la hora de valorar si se había dado cumplimiento a la medida cautelar, siendo también relevantes el comportamiento del demandante y su estado físico. A pesar de ello, el TEDH señalaba que la huelga de hambre del demandante sólo retrasó en 3 días el cumplimiento de la medida, siendo el resto imputable al Estado, que habría incumplido así las obligaciones que se derivan del art. 34 CEDH.

Aunque el resultado no era positivo para el Estado, el TEDH reconocía implícitamente que el comportamiento del demandante u otras circunstancias objetivas, como su salud, podrían ser considerados elementos que justificaran un eventual incumplimiento de una medida cautelar. Junto a ellas, otras circunstancias ajenas al comportamiento de las autoridades estatales podrían quizás ser consideradas eximentes de la responsabilidad del Estado, aunque en tales casos y siguiendo el *iter* del razonamiento del TEDH en *Paladi* y *Groni*, las autoridades estatales deberán todavía demostrar que ese impedimento fue la causa del incumplimiento, que trataron de evitarlo adoptando medidas adecuadas y que informaron de las mismas al TEDH. Sin duda, una interpretación más que exigente, que muestra la preocupación del TEDH por asegurar el cumplimiento de sus medidas cautelares, en el evidente entendimiento de que la eficacia de la tarea que desempeña depende, en buena parte, de que los Estados no priven de sentido al derecho a recurrir ante Estrasburgo por la sibilina vía de crear situaciones que sean *de facto* irreversibles.

III. ALGUNAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES: UN ANÁLISIS ESPECIALMENTE DILIGENTE DEL RIESGO

Más allá de asegurar el cumplimiento estricto de las medidas cautelares, otro elemento esencial que permite valorar la eficacia de la tutela cautelar garantizada por el TEDH es de tipo procedimental y tiene que ver, fundamentalmente, con la existencia de un procedimiento especialmente ágil que permita al Tribunal pronunciarse sobre estas solicitudes antes de que se haya materializado el riesgo que se pretende evitar. En las medidas cautelares, la agilidad del procedimiento es esencial, en cuanto en ellas se hace especialmente evidente la célebre sentencia de Séneca sobre la injusticia de la justicia tardía.

En lo que a la agilidad del procedimiento previsto para solicitar y pronunciarse sobre las medidas cautelares se refiere, el TEDH parece constituir un claro ejemplo a seguir, especialmente tras las novedades en el tratamiento de estas solicitudes que se introdujeron en el año 2011 como respuesta al fuerte incremento de las solicitudes del año 2010⁵². El art. 39 del Reglamento interno del TEDH aporta escasa luz sobre el procedimiento a seguir para solicitar y tramitar las solicitudes de medidas cautelares, al limitarse a prever que el TEDH puede concederlas de oficio, o a petición de una parte u otro interesado, y quien está facultado para adoptarlas, esto es, fundamentalmente las Salas, los Presidentes de Sección u otros jueces a los que se asigne tal función⁵³.

Nada nos dicen esos elementos sobre la agilidad del procedimiento. Sin embargo, la Guía práctica sobre medidas cautelares aprobada por el Presidente del TEDH aporta mayor luz al respecto⁵⁴. Se desprende de ella, que el solicitante no tiene necesariamente que cumplir las rigurosas instrucciones para la presentación habitual de una demanda ante el TEDH⁵⁵. Se pide así que la solicitud de medidas cautelares se haga por escrito, por correo postal o vía fax, pero no que se adjunte necesariamente el modelo de demanda que exige Estrasburgo⁵⁶. En lógica con esta flexibilización del procedimiento ordinario, el TEDH puede pronunciarse sobre las medidas cautelares antes de la recepción del escrito de demanda y sin necesidad de adoptar una concreta decisión sobre la admisibilidad de la misma⁵⁷. A pesar de ello, la práctica del TEDH implica cada vez más la adopción conjunta de una decisión de inadmisión si se desestima la solicitud de la medida cautelar, o de una decisión de comunicar el caso al Estado y darle prioridad si la decisión respecto de la medida cautelar es estimatoria, práctica que ha mejorado notablemente el procedimiento ante el tribunal y reducido los plazos de resolución de aquellos asuntos sobre los que pende una medida cautelar⁵⁸.

En línea con la idea de agilizar el procedimiento ordinario y adecuarlo a las exigencias de la tutela cautelar, la Guía práctica sugiere también que la solicitud de medidas cautelares se efectúe tan pronto como sea posible —sin esperar, por tanto, al período de seis meses habitualmente fijado para la presentación de una demanda—, y consignando claramente el día y la hora en que la persona será expulsada o extraditada, si ese es el objeto del litigio. Incluso, se sugiere que la solicitud se formule antes de que se haya adoptado la decisión nacional definitiva si ésta se prevé inminente y existe un riesgo de ejecución inmediata⁵⁹. El objetivo, en este caso, parece claro: el TEDH ha de tener tiempo

52 Sobre los mismos, ver Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, *Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court*, de 22 de marzo de 2013, par. 11 y ss.

53 Sobre ambas cuestiones, ver: Keller, H. y Marti, C., op. cit., p. 329 y ss.

54 Practice Directions, Request for interim measures, adoptadas el 5 de marzo de 2003 y reformadas en última ocasión el 7 de julio de 2011 (accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf).

55 Sobre la materia, más allá de lo contenido en el texto del CEDH y lo Estatutos del TEDH, es recomendable leer la guía práctica para la presentación de demandas: Practice Directions, Institution of proceedings, adoptadas por el Presidente del TEDH el 1 de noviembre de 2003 y modificadas por última vez el 5 de octubre de 2015.

56 Ver, Practice Directions, Request for interim measures, cit. supra, aptdo. II.

57 Ver, como ejemplo práctico, la STEDH Trabelsi c. Bélgica, de 4 de septiembre de 2014, par. 147, en la que el Estado demandando criticaba que el TEDH no hubiera realizado un análisis de admisibilidad antes de adoptar la medida cautelar.

58 Sobre esta práctica y sus aspectos positivos, ver: Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, *Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court*, de 22 de marzo de 2013, par. 13 y ss.

59 Ver, Practice Directions, Request for interim measures, cit. supra, aptdo. III.

para analizar la solicitud y todas estas indicaciones tratan de evitar que, en ese lapso de tiempo, la decisión nacional se ejecute y la medida cautelar pierda su sentido.

De hecho, el TEDH asume una pesada carga al respecto, ya que debe responder a estas solicitudes, en muchas ocasiones, en tiempos extraordinariamente breves, como se deduce del hecho de que la propia Guía práctica señale que puede no ser capaz de responder a la solicitud presentada con menos de un día laborable⁶⁰. Su jurisprudencia demuestra, a pesar de tal indicación, que el procedimiento puesto en marcha por el TEDH en 2011, centralizando el análisis de las medidas cautelares en una unidad especializada⁶¹, le permite analizar y responder las solicitudes de medidas cautelares en apenas unos días⁶² y, en algún caso, incluso en el mismo día en que son presentadas⁶³.

Finalmente, un último elemento que da idea de la agilidad que pretende imprimirse al procedimiento aparece también reflejado en la Guía práctica, en la que se señala que habrán de agotarse todos los recursos nacionales que tengan carácter suspensivo⁶⁴. Ese requerimiento debe leerse *a sensu contrario*, en la medida en que la exigencia excluye a aquellos recursos que no tengan carácter suspensivo, de modo que se admite de forma evidente que el TEDH se pronuncie sobre una medida cautelar cuando el demandante cuente todavía con recursos nacionales que agotar, siempre que éstos no tengan carácter suspensivo. Se flexibiliza así uno de los criterios capitales de admisión de demandas ante Estrasburgo, véase, el agotamiento de los recursos internos, con el objetivo claro de garantizar de forma efectiva los derechos de los demandantes. De nada serviría este procedimiento si los Estados pudieran evitar la adopción de medidas cautelares eficaces por la simple vía de crear o mantener recursos internos que dilataran el proceso sin suspender la ejecución de la medida.

Analizados estos concretos elementos, parece claro que el TEDH ha sido capaz de adecuar su procedimiento ordinario a las exigencias de inmediatez y agilidad que imponen las medidas cautelares. Aún así, un último elemento parece esencial para valorar la capacidad del TEDH de hacer frente a los retos que plantea la tutela cautelar, en concreto, los requisitos que han de cumplirse para la adopción de una medida de este tipo.

IV. LOS CRITERIOS A CONSIDERAR EN EL JUICIO CAUTELAR: RIESGO REAL E INMINENTE Y DAÑO GRAVE E IRREPARABLE

El artículo 39 del Reglamento del TEDH ayuda poco en la tarea de delimitar los elementos que han de concurrir para que el tribunal adopte una medida cautelar, al prever únicamente que se adoptarán las que se consideren apropiadas en interés de las partes y del correcto desarrollo del proceso. Por tanto, ha sido el TEDH, a través de su

60 *Idem supra*.

61 Sobre este procedimiento, ver: KELLER, H. - MARTI, C., *op. cit.*, p. 335 y ss.; Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, *Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court*, de 22 de marzo de 2013, par. 11.

62 Por ejemplo, en STEDH *Maylenskiy c. Rusia*, de 4 de octubre de 2016, el TEDH tardaba 11 días en responder a la solicitud de medidas cautelares; en *Amirov c. Rusia*, de 27 de noviembre de 2014, tardaba 3 días; en *Grori c. Albania*, de 7 de julio de 2009, tardaba 7 días.

63 Ver, STEDH *Trabelsi c. Bélgica*, de 4 de septiembre de 2014.

64 Ver, Practice Directions, Request for interim measures, *cit. supra*, apdo. IV.

jurisprudencia, el que ha definido los criterios relevantes, aparentemente inspirados en la experiencia de otros tribunales internacionales⁶⁵. Según su jurisprudencia, las medidas cautelares sólo se adoptan en casos excepcionales⁶⁶, cuando el demandante alega de forma plausible la existencia de un riesgo inminente de que se produzca un daño grave e irreparable en el disfrute de uno de los derechos que conforman el núcleo duro del CEDH⁶⁷.

Teniendo en cuenta esa jurisprudencia, parece evidente que hay varios elementos clave que permiten determinar si procede la adopción de la medida cautelar por parte del TEDH, en concreto, la noción de riesgo plausible e inminente y de daño grave e irreparable. La determinación de la interpretación que debemos hacer de cada uno de estos elementos resulta compleja dado que las decisiones en la materia están claramente vinculadas a los hechos del caso, haciendo difícil la construcción de una teoría general. A este elemento, se añade el hecho de que las decisiones por las que el TEDH adopta medidas cautelares no se hacen públicas, notificándose únicamente a las partes afectadas, a las que además no suele explicarse el motivo por el que se ha estimado o desestimado su petición⁶⁸. De este modo, sólo podemos utilizar como instrumento de análisis los escasos datos que se recogen en aquellas sentencias o decisiones del TEDH en que se menciona que el tribunal adoptó una medida cautelar en el caso concreto. Ante tan escasa fuente de información, la prudencia se impone.

1. El daño grave: ¿una noción limitada a la eventual vulneración de derechos concretos?

La gravedad del daño, esencial para determinar los supuestos en los que el TEDH concederá una medida cautelar no aparece concretada en la jurisprudencia del tribunal, aunque en algunos asuntos, parece claramente vinculada al derecho fundamental alegado por el demandante y a la pertenencia del mismo a lo que el tribunal considera el núcleo duro de los derechos convencionales. De hecho, la jurisprudencia del TEDH explicita la gravedad del daño que exige a través de dos frases recurrentes que nos dan una idea de los limitados casos en los que el TEDH concederá una medida cautelar⁶⁹.

En algunos asuntos, el TEDH señala que la mayoría de sus medidas cautelares se adoptan cuando el demandante hace frente a una amenaza seria para su vida o integridad física⁷⁰. En otros, el TEDH hace referencia directamente a los derechos que constituirían el núcleo duro del CEDH, identificándolos con el derecho a la vida (art. 2 CEDH), el

65 Sobre las exigencias de urgencia, irreparabilidad del daño, y existencia prima facie de un caso a favor del demandante en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, ver: Cameron, A.M., *op. cit.*, p. 192 y ss. y 224 y ss.

66 La excepcionalidad de las circunstancias en que se adoptan ha sido subrayada, por ejemplo, en STEDH Klimov c. Rusia, de 4 de octubre de 2016, § 43.

67 Entre muchas otras, ver: STEDH Savridin Dzburayev c. Rusia, de 25 de abril de 2013, § 213 o Klimov c. Rusia, de 4 de octubre de 2016, § 43: «The crucial significance of interim measures is further highlighted by the fact that the Court issues them, as a matter of principle, in truly exceptional cases on the basis of a rigorous examination of all the relevant circumstances. In most of these, the applicants face a genuine threat to life and limb, with the ensuing real risk of grave, irreversible harm in breach of the core provisions of the Convention».

68 Algunos autores han criticado esta falta de transparencia, ver: Keller, H. y Marti, C., *op. cit.*, p. 338.

69 Esa referencia a la limitación de los supuestos en que el TEDH adopta medidas cautelares es recurrente en la jurisprudencia. Entre otras, ver STEDH Mamatkulov y Askarov c. Turquía, Gran Sala, de 4 de febrero de 2005, § 104

70 Entre otros, ver STEDH Savridin Dzburayev c. Rusia, de 25 de abril de 2013, § 213

derecho a no sufrir malos tratos (art. 3 CEDH) y, en casos excepcionales, el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y otros derechos del Convenio⁷¹. En ambos supuestos, la conclusión es idéntica, asociándose el daño protegible a través de una medida cautelar esencialmente con aquel que constituiría una amenaza seria para la vida o la integridad física del demandante.

No es de extrañar así que la mayoría de las medidas cautelares se refieran a supuestos en los que esos derechos están en liza y la amenaza es particularmente seria⁷². En relación con el derecho a la vida, se han concedido medidas cautelares cuando el demandante podía verse imponer la pena de muerte en caso de ser extraditado a otro país⁷³, podía correr idéntica suerte a manos de las autoridades de su país u otros agentes en caso de ser expulsado⁷⁴, o incluso cuando su vida dependía de la decisión de iniciar o continuar un determinado tratamiento médico⁷⁵. En todos estos casos, el riesgo grave se identifica con la pérdida de la vida humana, de modo que la medida cautelar es levantada por el TEDH cuando ya no existe tal riesgo, por ejemplo, porque las autoridades del país al que va a ser extraditado el demandante se han comprometido a respetar tal derecho⁷⁶.

En relación con la prohibición de malos tratos contenida en el art. 3 CEDH, la mayoría de las medidas cautelares adoptadas se refieren también a casos de extradición o expulsión⁷⁷, en los que el demandante aduce la existencia de un riesgo real de sufrir tratos contrarios al CEDH en el país de destino⁷⁸, como podrían ser la condena a prisión permanente no revisable⁷⁹, a ser lapidada por adulterio⁸⁰, la posibilidad de ser objeto de mutilación genital⁸¹, de explotación sexual⁸² o, incluso, de una suerte de ostracismo social que impediría al afectado desarrollar una vida normal y cubrir sus necesidades más básicas⁸³.

71 Entre otros, ver STEDH Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido, 2 de marzo de 2010, § 160

72 Para un análisis detallado del contenido y los supuestos en que el TEDH ha adoptado medidas cautelares, ver: WHATTHÉE, S., p. 167 y ss.; KELLER, H., MARTI, C., op. cit., p. 346 y ss.; MORTE GÓMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 14*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, p. 213 y ss.

73 Ver, TEDH, Nivette c. Francia, Decisión de admisibilidad de 3 de julio de 2001.

74 Ver, STEDH F.G. c. Suecia, Gran Sala, de 23 de marzo de 2016, en la que el TEDH indicaba a las autoridades suecas que no expulsarán a la demandante hacia Irán por existir un riesgo real de vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 2 y 3 CEDH dada su conversión al cristianismo.

75 Ver, STEDH Lambert y otros c. Francia, Gran Sala, de 5 de junio de 2015, en la que el TEDH indicaba a las autoridades francesas que no ejecutaran la decisión del Consejo de Estado de suspender la alimentación e hidratación artificial de un paciente en estado vegetativo.

76 Así ocurrió, por ejemplo, en Nivette c. Francia, Decisión de admisibilidad de 3 de julio de 2001, en que el TEDH levantó la medida cautelar que instaba la no extradición del demandante, cuando las autoridades estadounidenses, que la habían solicitado, se comprometieron a no imponer la condena a muerte o la prisión permanente.

77 Para un análisis detallado de las medidas cautelares adoptadas en casos de extradición y expulsión, ver: European Council of Refugees and Exile, *Research on ECHR Rule 39 Interim Measures*, 2012; Burbano Herrera, C., y Haeck, Y., «Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-law of the European Commission and the European Court of Human Rights». *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, 2011, p. 31-51

78 Entre muchos otros, ver: STEDH Toumi c. Italia, de 5 de abril de 2011; Ben Khemais c. Italia, de 24 de febrero de 2009.

79 Ver, STEDH Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom, de 10 de abril de 2012.

80 Ver, STEDH Jabari c. Turquía, de 11 de julio de 2000.

81 Ver, STEDH Sow c. Bélgica, de 19 de enero de 2016.

82 Ver, STEDH M. c. Reino Unido, Decisión de 1 de diciembre de 2009.

83 Ver, STEDH N. c. Suecia, de 20 de julio de 2010.

En este grupo, destaca también la adopción de medidas cautelares en casos de demandantes gravemente enfermos que, bien van a ser expulsados hacia países en los que podrían verse privados de la medicación de la que dependen⁸⁴, bien están privados de libertad y no se les permite acceder a un tratamiento médico adecuado⁸⁵. En estos casos, el análisis de la gravedad de la enfermedad que afecta al demandante suele ser muy riguroso, encontrándonos ante supuestos de grave deterioro del estado de salud, como se desprende del hecho de que, en algunos casos, se haya producido la muerte poco después de la adopción de la medida cautelar, a pesar de que el TEDH haya indicado la continuación —o inicio— del tratamiento médico apropiado⁸⁶. En esa lógica, parece poder afirmarse que sólo los casos más graves de violación del art. 3 CEDH, aquellos en los que la integridad del sujeto se vea seriamente afectada, darán lugar a la indicación de una medida cautelar por parte del TEDH⁸⁷.

Más allá de las medidas cautelares justificadas por la existencia de un riesgo grave de violación de los arts. 2 y 3 CEDH, los casos en que el TEDH ha resuelto en positivo una petición de medidas cautelares son escasos, y se vinculan a la existencia de un riesgo relacionado con la prohibición de esclavitud o servidumbre (art. 4 CEDH), el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH) y el derecho a presentar una demanda individual ante el propio TEDH (art. 34 CEDH).

En relación con el primero, hay que señalar que el TEDH ha concedido medidas cautelares prohibiendo la expulsión de no nacionales que alegaban haber sido tratadas y temían por su suerte en caso de ser retornadas al país en el que la correspondiente red de tráfico de personas las había captado⁸⁸. El TEDH actuaba en el entendimiento de que la trata de personas es una forma moderna de esclavitud que, conforme a su jurisprudencia, vulnera el art. 4 CEDH⁸⁹.

En relación con el derecho a la vida privada y familiar, parte de los asuntos en los que el TEDH ha adoptado una medida cautelar implicaban la inminente separación de padres e hijos, bien porque los primeros iban a ser expulsados⁹⁰, bien porque los segundos iban a ser devueltos a otro país en virtud de lo previsto en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁹¹ o iban a ser objeto de una medida de protección que implicaba la separación de sus progenitores⁹².

En otros casos, el TEDH ha adoptado una medida cautelar dirigida a frenar el lanzamiento de los demandantes, mientras trataba de determinar si la pérdida de la vivienda habitual producía una vulneración de los arts. 3 ó 8 CEDH. Llamativamente, en estos

84 Ver, STEDH Pashvili c. Bélgica, Gran Sala, de 13 de diciembre de 2016.

85 Ver, STEDH Kofsaftis c. Grecia, de 12 de junio de 2008. Un caso específico es quizás el de los detenidos que comienzan una huelga de hambre, en la medida en que no podemos hablar de enfermedad, pero el TEDH ha requerido en ocasiones a los Estados demandados que aseguraran condiciones de detención conformes a su estado de salud: STEDH Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia, Gran Sala, de 8 de julio de 2004.

86 Entre otros, STEDH Salakhov and Islyamova c. Ucrania, de 14 de marzo de 2013.

87 En este sentido, Whatrhé, S., op. cit., p. 210 y ss., que sugiere que no se indican medidas cautelares en aquellos casos en que el maltrato podría calificarse de trato degradante, sino sólo cuando estamos ante malos tratos caracterizables como tortura, afirmación a la que entiendo debe añadirse los tratos inhumanos.

88 Por ejemplo, ver TEDH D.O.R. y S.E. c. España, Decisión de admisibilidad de 29 de septiembre de 2015.

89 Por ejemplo, ver STEDH Rantsev c. Chipre y Rusia, de 7 de enero de 2010.

90 Por ejemplo, ver STEDH Amrollahi c. Dinamarca, de 11 de julio de 2002.

91 Por ejemplo, ver STEDH Neulinger y Shuruk, Gran Sala, de 6 de julio de 2010.

92 Por ejemplo, ver STEDH Soares de Melo c. Portugal, de 16 de febrero de 2016.

casos, la obligación de abandonar sus hogares afectaba a colectivos especialmente vulnerables —niños, personas mayores o con alguna discapacidad—, cuya protección parecía justificar la adopción de la medida cautelar por parte del TEDH⁹³. En estos dos grupos de supuestos, la justificación de la medida cautelar parecía hallarse en la aparente intención del tribunal de proteger el interés superior de los menores afectados o de otros colectivos especialmente vulnerables.

No obstante, un caso atípico es quizás el famoso asunto *Evans c. Reino Unido*, Gran Sala, de 10 de abril de 2007, en el que el TEDH indicó al Estado que no destruyera los embriones creados por la demandante y su ex pareja, mientras dilucidaba si la normativa nacional que imponía tal obligación en caso de que uno de los donantes retirara su consentimiento para el tratamiento de fertilidad vulneraba el art. 8 CEDH. En este caso, el carácter irreparable del daño parecía evidente, aunque no tanto su gravedad, al menos si limitamos ésta, como indica el TEDH, a los supuestos más graves de vulneración de los derechos que constituyen el núcleo duro del CEDH.

Finalmente, el TEDH también ha adoptado algunas medidas cautelares que se vinculan claramente con la existencia de un riesgo grave de violación del art. 6 6 34 CEDH, véase, por ejemplo, el caso *Öcalan c. Turquía*, Gran Sala, de 12 de mayo de 2005, en el que el TEDH instó a las autoridades turcas a respetar el derecho a un proceso justo del demandante, incurso en un proceso penal que podía acabar en una condena a muerte (art. 6 CEDH), así como su derecho a ser debidamente asistido por un letrado de su elección en el procedimiento ante el TEDH (art. 34 CEDH)⁹⁴. En estos casos, la gravedad de la vulneración procedimental parece venir, claramente, del vínculo de la misma con otro derecho sustantivo, véase, el derecho a la vida, que el TEDH considera como parte del núcleo duro de los derechos convencionales⁹⁵.

La gravedad del daño se reconduce pues, en la mayoría de los casos, a un riesgo especialmente grave de violación de ciertos derechos del CEDH, esencialmente, el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos, aunque la menos habitual inclusión de otros derechos entre aquellos que justificarían la adopción de medidas cautelares por parte del TEDH genera ciertas dudas sobre la consistencia de la jurisprudencia europea. Al fin y al cabo, el análisis de la gravedad del daño que realiza el TEDH parece basarse en una suerte de jerarquización de los derechos reconocidos en el CEDH⁹⁶, jerarquización que es difícilmente explicable si se tiene en cuenta que no tiene fundamento en ninguno de los preceptos del CEDH y que plantea numerosas dudas relacionadas no sólo con los derechos que parecen ubicados en la parte superior de la pirámide, sino también con el análisis del tipo de daño que el TEDH parece considerar grave.

Efectivamente, hay que señalar que el art. 15.2 CEDH, que recoge los derechos que no pueden ser objeto de ninguna derogación haciendo referencia al derecho a la vida (art. 2 CEDH), a la prohibición de malos tratos (art. 3 CEDH), a la prohibición de esclavitud o servidumbre (art. 4.1 CEDH), y al principio de legalidad penal (art. 7 CEDH), podría

93 Esta justificación es especialmente evidente en *STEDH Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, pero puedo observarse también en *STEDH Raji y otros c. España*, de 16 de diciembre de 2014, o en *STEDH A.M.B. y otros c. España*, de 28 de enero de 2014.

94 En relación con este último, ver también *STEDH X. C. Croacia*, de 7 de julio de 2008.

95 En este sentido, *Whatthée, S.*, op. cit., p. 512.

96 En este sentido, *Whatthée, S.*, op. cit., p. 248 y ss.

ser un instrumento útil para establecer una suerte de jerarquía entre los derechos del Convenio. Sin embargo, el recorrido por los grandes grupos de medidas cautelares que el TEDH ha adoptado permite concluir que el tribunal no ha utilizado ese precepto como justificación de su jerarquización de los derechos establecidos en el CEDH, en la medida en que, salvo error por mi parte, no ha adoptado medida cautelar alguna para salvaguardar el derecho reconocido en el art. 7 CEDH⁹⁷, y, por el contrario, sí ha adoptado medidas cautelares tendentes a proteger derechos no contemplados por el precepto.

Una vez descartada esta posible explicación, la jurisprudencia del TEDH entorno a la gravedad del daño parece tambalearse: nada parece justificar que el TEDH rechace adoptar medidas cautelares vinculadas al ejercicio del derecho a unas elecciones libres o al derecho de asociación, ambos esenciales en cualquier sociedad democrática⁹⁸, mientras acepta adoptar medidas cautelares en el ámbito del derecho a la vida privada y familiar, por indicar tan sólo un ejemplo. Igualmente, resulta difícil explicar que la mayoría de las medidas cautelares del TEDH ligadas a la alegación del art. 3 CEDH tengan como contenido prohibir la expulsión o extradición del demandante, cuando otros posibles motivos de violación de ese mismo derecho parecen tener, cuando menos, una gravedad semejante a la indicada⁹⁹, véase, por ejemplo, los casos de condiciones de detención penosas o, más específicamente, los supuestos en que menores extranjeros son privados de libertad en centros para adultos totalmente inadaptados para ellos¹⁰⁰. A pesar de ello, el TEDH no parece proclive a adoptar medidas cautelares en ese tipo de casos¹⁰¹, como tampoco en casos de daños medioambientales, que el TEDH ha analizado en ocasiones bajo la óptica del art. 8 CEDH y que ya han sido objeto de tutela cautelar por otros tribunales internacionales¹⁰².

En esa lógica, no es de extrañar que algunos autores hablen de la necesidad de ampliar el horizonte del daño grave que ha delimitado la jurisprudencia del TEDH, apostando por la adopción de medidas cautelares en relación con cualquier derecho de los reconocidos en el CEDH siempre que se den el resto de las condiciones fijadas por la jurisprudencia europea y estemos ante un daño que todavía no se ha materializado o que continúa en el momento en que el demandante acude a Estrasburgo¹⁰³. Para algunos, esa opción pondría en pie de igualdad a todos los derechos reconocidos en el CEDH y, sobre todo, iría en línea con la jurisprudencia del TEDH que llama a la garantía de derechos reales y efectivos: si el TEDH está en condiciones de evitar o hacer cesar un daño grave a cualquiera de los derechos reconocidos en el CEDH, su obligación es hacerlo, sin ceñirse a una suerte de jerarquización indeterminada de los derechos del Convenio¹⁰⁴.

97 En este sentido, Whatthée, S., op. cit., p. 249 y ss.

98 Ver la indicación al respecto contenida en TEDH, *Factsheet on Interim measures*, 2018, accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf.

99 Un análisis extensivo de estos supuestos puede verse en: Whatthée, S., op. cit., p. 262.

100 En este sentido, ver STEDH *Muskhadzhieva y otros c. Bélgica*, de 10 de enero de 2010; *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011; o *Sh. D. y otros c. Grecia*, comunicado al Estado el 15 de marzo de 2016 (Demanda n.º 14165/16), en que no consta que se acordara ninguna medida cautelar a pesar de que los demandantes eran menores extranjeros no acompañados.

101 Salvo error por mi parte, se ha adoptado una única medida cautelar en ese sentido en el caso *Darboe y Camara c. Italia*, comunicado al Estado el 18 de enero de 2017 (Demanda n.º 5797/17)

102 En este sentido, ver *Cameron, A.M.*, op. cit., p. 228 y ss., sobre medidas cautelares adoptadas por la Corte Internacional de Justicia teniendo en cuenta el daño medioambiental.

103 En esta línea, ver: Whatthée, S., op. cit., p. 273.

104 *Idem supra*.

2. El daño irreparable: ¿una clara conexión con el objeto del proceso?

En su determinación de los elementos que han de concurrir para la adopción de una medida cautelar en un caso concreto, el TEDH hace alusión de forma reiterada al carácter irreparable del daño que se pretende evitar. Ese concepto no es nuevo en Derecho nacional o internacional, habiéndose interpretado fundamentalmente en dos sentidos distintos, véase, el daño irreparable como aquel imposible de ser compensado o restituido a través, por ejemplo, del pago de una indemnización o cualquier otra fórmula, o el daño irreparable como aquel que convertiría la resolución judicial que ponga fin al proceso en inútil, al ser de imposible cumplimiento por la pérdida de su objeto¹⁰⁵.

La primera acepción avocaría seguramente al entendimiento de que no procede la adopción de medida cautelar alguna, ya que recordemos que el TEDH, junto con muchos otros tribunales, concede indemnizaciones incluso para las pérdidas más irreparables, véase, las que afectan a la vida humana. Por tanto, parece más sensato tomar como referente la segunda acepción de daño irreparable, esto es, aquella que vincula la irreversibilidad con la finalidad de preservar el objeto del proceso y, por tanto, con el intento de garantizar la posibilidad de restituir al demandante en la integridad de su derecho en caso de que la resolución de fondo sea estimatoria. Así parece haberlo entendido el propio TEDH, al establecer un claro vínculo entre el carácter irreparable del daño y el objetivo de las medidas cautelares de preservar el *status quo*, el objeto del proceso, a fin de permitir al tribunal analizar de forma efectiva la demanda presentada, asegurar la protección eficaz de los derechos del demandante y garantizar que el fallo definitivo podrá efectivamente cumplirse¹⁰⁶.

En esta lógica, coincido con Whatthée en observar la tendencia del TEDH a entender por daño irreparable sólo aquel que impedirá que su pronunciamiento final se produzca o tenga algún efecto útil¹⁰⁷. Así, algunas medidas cautelares se justificarán porque su objetivo no es otro que permitir al TEDH analizar de forma efectiva el caso planteado. Este objetivo justifica muchas decisiones del TEDH de prohibir la expulsión de demandantes de protección internacional: el temor es que la víctima desaparezca y deje de tener contacto con sus letrados, lo que impediría la continuación del procedimiento ante el propio TEDH¹⁰⁸. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que el TEDH indica medidas positivas que afectan a demandantes privados de libertad, que están gravemente enfermos y no están siendo convenientemente tratados. Más allá de que el TEDH pueda pedir el ingreso del paciente en un establecimiento médico especializado, en varios asuntos se ha indicado al Estado la obligación de constituir una comisión médica que valore al paciente y determine si el establecimiento penitenciario en que se encuentra es adecuado para el tratamiento que necesita. Si no se cumple esta última medida, el TEDH observa que se le ha impedido analizar de forma efectiva los hechos del caso, ya que será imposible determinar aspectos fácticos relacionados con el núcleo mismo de la demanda

105 En este sentido, ver: Cameron, A.M., op. cit., p. 221 y ss.; Castillo de la Torre, F., «Interim measures in community courts: recent trends», *Common Market Law Review*, n.º 44, 2007, p. 283 - 284.

106 Entre otras, ver STEDH Zokhidov c. Rusia, de 5 de febrero de 2013, § 199-200. En este sentido, ver también: Whatthée, S., op. cit., p. 222 y ss.

107 En este sentido, WHATTHÉE, S., op. cit., p. 223 yss.

108 WHATTHÉE, S., op. cit., p. 226 y ss.

presentada¹⁰⁹. En idéntica línea estarían aquellos casos en los que la medida cautelar indicada tiene por objeto garantizar que el demandante se encuentre debidamente representado ante el propio TEDH.

Si bien en estos supuestos, la medida cautelar busca garantizar el correcto desarrollo del procedimiento ante el TEDH, en otro gran grupo de casos, el objetivo es evitar que la resolución judicial definitiva devenga fútil porque el objeto mismo del proceso desaparezca antes del pronunciamiento del tribunal. Así, en aquellos casos en que el proceso pretende evitar la muerte del demandante, que sea sometido a tortura, que se deteriore grave e irreversiblemente su estado de salud o que caiga en manos de una red de trata de personas, si ese daño se materializa, parece evidente que la resolución judicial definitiva carecerá de eficacia alguna¹¹⁰. Lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si el demandante es extraditado hacia un tercer país, ajeno al CEDH, y el TEDH determina *a posteriori* que existe un riesgo real de sufrir malos tratos en el mismo. Aunque el riesgo no se haya materializado, la sentencia de Estrasburgo no podrá ser ejecutada, al encontrarse el demandante en un país no vinculado por las obligaciones derivadas del CEDH¹¹¹. El objeto del proceso habrá desaparecido irremediablemente y el daño será irreversible, definitivo, imposible de revertir por una decisión ulterior del Estado demandado.

Por contraposición, en aquellos casos en que la violación del derecho es temporal y puede ser revertida por una actuación ulterior del Estado, el TEDH no adoptará normalmente medidas cautelares. Así ocurrirá, por ejemplo, en los casos de expulsiones que afectan a la vida privada y familiar, en tanto el demandante podrá siempre volver al Estado demandado y reconstruir su vida; o en los supuestos de vulneración del art. 5 CEDH, en la medida en que el demandante podrá siempre ser puesto en libertad; o en aquellos en los que se alega la vulneración del art 3 CEDH por condiciones de detención penosas, en la medida en que el demandante podrá siempre ser trasladado a otro centro de detención o puesto en libertad. En el entretanto, es evidente que los demandantes sufren daños graves, pero no irreparables en el sentido estricto en que parece haberlo entendido el TEDH, ya que la vulneración del derecho será, en todo caso, temporal y, por tanto, reversible¹¹².

Tal y como señala Whatthée¹¹³, algunos ejemplos de medidas cautelares acordadas por el TEDH no parecen encajar en esta concepción estrecha del carácter irreparable del daño, véase, aquellos casos en que se ha prohibido el lanzamiento de los inquilinos de una vivienda mientras eran reubicados o, incluso, los recientes asuntos en que el TEDH ha ordenado a un Estado trasladar a menores extranjeros no acompañados a centros apropiados para su condición. En estos casos, parece evidente que la vulneración sería temporal y que el procedimiento podría, en principio, continuarse ante el TEDH, de modo que el tribunal parece haber flexibilizado su criterio habitual, primando la gravedad del daño frente a su carácter irreparable y atendiendo así a la otra gran finalidad de las medidas cautelares: la preservación de los derechos de las partes. No obstante, hablamos de casos aislados, que tan sólo hacen pensar en un posible cambio en la jurisprudencia del TEDH.

109 Entre otras, ver STEDH Aleksanyan c. Rusia, de 22 de diciembre de 2008, § 231.

110 WHATTHÉE, S., S., op. cit., p. 170 y ss.

111 WHATTHÉE, S., S., op. cit., p. 170 y ss.

112 Ídem supra.

113 WHATTHÉE, S., op. cit., p. 240 y ss.

3. El riesgo real e inminente: ¿qué noción de urgencia y qué exigencia de prueba?

Finalmente, el TEDH alude a la necesidad de que el riesgo que enfrenta el solicitante sea real e inminente en su jurisprudencia referida a la adopción de medidas cautelares. El carácter inminente o urgente de la situación es consustancial a la propia idea de medidas cautelares, tal y como demuestra claramente el ágil procedimiento por el que el TEDH se pronuncia sobre las mismas. Si no existe tal urgencia, el asunto podrá esperar hasta la resolución judicial de fondo, de modo que las cautelares devendrán innecesarias, como ocurre, por ejemplo, en todos aquellos tristes, pero frecuentes, casos en que la víctima de la vulneración de derechos acude a Estrasburgo una vez que el daño se ha materializado, con la única posible intención de obtener algún tipo de indemnización o reparación.

No obstante, la inminencia del riesgo no puede asociarse únicamente al carácter futuro del daño que se prevé. Ese daño ha de ser susceptible de materializarse en un tiempo más o menos breve, lo que no ocurrirá, por ejemplo, si el demandante puede todavía presentar recursos ante las autoridades nacionales que sean suspensivos, o si no se ha adoptado —o se aproxima— la decisión definitiva interna que permitiría la materialización del daño.

Más allá de la urgencia, el riesgo deberá ser real o plausible, en palabras del TEDH¹¹⁴, y, por tanto, el solicitante de la medida cautelar deberá presentar *prima facie* un caso que permita un pronunciamiento en positivo del tribunal, lo que nos reconduce al problema probatorio. Siguiendo las palabras del TEDH y teniendo en cuenta que la Guía práctica sobre las medidas cautelares elaborada por el propio Tribunal recomienda a los solicitantes de las mismas acompañar su petición de todos los documentos necesarios para fundamentarla¹¹⁵, parece que podemos afirmar que es el solicitante, al menos en primera instancia, el que tiene la carga de probar que concurren los requisitos para la adopción de la medida cautelar. A pesar de ello, varios autores señalan que el TEDH se esfuerza por comprobar de oficio los hechos alegados por el demandante, especialmente en aquellos casos en que el tiempo apremia¹¹⁶.

El TEDH no parece, en buena lógica, exigir prueba plena de los hechos alegados, en la medida en que viene afirmando de forma recurrente que, dadas las características de las medidas cautelares y la necesidad de pronunciarse sobre las mismas en tiempos extraordinariamente breves, los hechos completos del caso no estarán determinados en el momento en que se produzca su pronunciamiento, pudiendo sufrir modificaciones en momentos posteriores del procedimiento¹¹⁷. Parece exigirse, por tanto, tan sólo un indicio de prueba que haga plausible el riesgo alegado por el demandante.

Queda por ver, claro está, sobre qué ha de versar ese indicio de prueba. Teniendo en cuenta los elementos que analiza el TEDH en su juicio sobre las medidas cautelares,

114 Ver, entre otras, STEDH Mannai c. Italia, de 27 de marzo de 2012, § 50, en que se hace referencia al carácter plausible del riesgo, y STEDH Makharadze y Sikharulidze c. Georgia, de 22 de noviembre de 2011, § 99, en que se habla de riesgo real.

115 Practice Directions, Request for interim measures, cit. supra, aptdo. I.

116 MORTE GÓMEZ, C., *op. cit.*, p. 212-213.

117 Entre otras, ver, STEDH Paladi c. Moldavia, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009, § 89.

parecería sensato pensar que la prueba aportada deberá referirse a todos los elementos que han de concurrir para su adopción, esto es, no sólo deberá permitir al tribunal valorar si los hechos encajan en el contenido de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, sino también si es plausible la existencia de un riesgo inminente de daño grave e irreparable que afecte a unos de esos derechos. Sin embargo, la ausencia de datos detallados sobre los elementos probatorios con los que cuenta el TEDH a la hora de pronunciarse sobre cada medida cautelar impiden realizar cualquier afirmación tajante sobre esta cuestión.

V. CONCLUSIONES

La introducción a este texto resaltaba la interrelación evidente entre la tutela cautelar, la adecuada garantía de los derechos de las partes en litigio y el correcto desarrollo de la función de juzgar. Como explicara Calamandrei, las medidas cautelares anticipan provisionalmente algunos efectos de la decisión definitiva a fin de prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma. Sin ellas, la resolución judicial definitiva puede convertirse en letra muerta y la función del juez en una mera declaración de intenciones.

El TEDH ha reiterado hasta la saciedad su clara intención de proteger derechos reales y efectivos y no teóricos e ilusorios y, en la búsqueda de ese objetivo, una adecuada comprensión de la justicia cautelar parece más que necesaria. En esa lógica, este trabajo ha analizado los tres elementos que se entiende son esenciales para que podamos hablar de una tutela cautelar adecuada, véase, la agilidad en el procedimiento de tramitación y en la adopción de decisiones sobre las medidas cautelares solicitadas, su cumplimiento diligente, y su adopción en aquellos casos en que la negativa generaría situaciones irreversibles, poniendo en riesgo el objeto del proceso y la garantía efectiva de los derechos de las partes.

El análisis de la práctica y la jurisprudencia del TEDH en relación con el procedimiento utilizado por el tribunal para adoptar decisiones en la materia, así como con la obligatoriedad de estas medidas y las obligaciones que al respecto incumben a los Estados parte es más que positiva. El TEDH ha arbitrado un procedimiento diligente, que abandona buena parte de los requerimientos de su procedimiento ordinario, con miras a garantizar el temprano planteamiento de las solicitudes de medidas cautelares y su diligente respuesta por parte del tribunal. Otro tanto puede decirse en relación con la jurisprudencia del TEDH referida a las obligaciones que asumen los Estados parte del CEDH en materia de justicia cautelar: el TEDH ha dejado meridianamente clara la obligatoriedad de sus medidas y ha perfilado de forma nítida y exigente el alcance de los deberes asumidos por los Estados. Éstos deben garantizar el objetivo perseguido por la medida más allá de su interpretación literal, actuar de forma extraordinariamente ágil para darle cumplimiento y organizarse internamente de una forma adecuada para que el mandato del TEDH llegue a la mayor brevedad a quien debe ejecutarlo.

Sin embargo, hay que reseñar que la jurisprudencia del TEDH parece menos garantista en lo que se refiere a la determinación de los elementos a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la adopción de una medida cautelar. En su juicio cautelar, el TEDH valora que exista relación con un riesgo real e inminente de que se produzca un daño grave e irreversible en relación con uno de los derechos reconocidos por el CEDH. Esos dos últimos elementos parecen haber sido interpretados por el TEDH de forma un tanto

restrictiva, en la medida en que la gravedad del daño parece haberse asociado con la posible vulneración de algunos —no todos— derechos del Convenio, y el carácter irreparable del mismo con eventuales consecuencias definitivas. Ambos criterios parecen cuestionables: el primero porque establece una suerte de jerarquía entre los derechos del CEDH que no encuentra justificación alguna —cómo justificar que el derecho a la vida privada y familiar es más relevante que la libertad personal, por poner un ejemplo—; el segundo, porque obvia que algunos daños temporales pueden ser difícilmente reparados —pensemos en familias que pueden pasar años separadas esperando una resolución sobre el fondo de su caso— y que las medidas cautelares no han de servir sólo para garantizar el objeto del proceso, sino también los derechos de las partes.

En fin, aún con estas objeciones, parece evidente que, en los últimos años, el TEDH ha desarrollado una tarea titánica en materia de tutela cautelar, tarea que podrá continuar de forma mucho más solvente, a entender de quien suscribe, si perfila en mayor medida los criterios que le sirven de base para conceder o denegar medidas cautelares.

TITLE: Taking interim relief seriously?: Precautionary measures in the European Court of Human Rights' case-law

ABSTRACT: Interim relief pursues a vital role as its purpose is not only to enable an effective examination of the case at hand, but also to ensure that the protection afforded to the claimant is effective. In order to achieve those aims, interim measures need to be adopted in a very short period of time and when the claimant faces an irreparable harm. In the last years, interim relief has become a distinctive feature of the European System of Human Rights. Thus, the purpose of this paper is to evaluate the European Court of Human Rights' practice and case —law in order to determine whether it is truly guaranteeing rights that are real and effective through its interim measures.

RESUMEN: La justicia cautelar debe permitir a todo tribunal garantizar de forma provisional los derechos de las partes, evitando situaciones irreversibles que puedan convertir en papel mojado su decisión final sobre el fondo del litigio. Para alcanzar esos objetivos, la tutela cautelar debe ser ágil y ha de concederse en todos aquellos casos en los que el daño pueda devenir irreversible. En los últimos años, la tutela cautelar de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha convertido en uno de los buques insignia del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. El objetivo de este trabajo es valorar la práctica y la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de determinar si estamos ante una justicia cautelar efectiva, que garantice derechos reales y no teóricos e ilusorios.

KEY WORDS: European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights: interim measures.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, medidas cautelares.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.05.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EL REFUERZO DEL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES Y LA TRIPLE PREJUDICIALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EN TORNO AL PROTOCOLO N.º 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Jaén*

SUMARIO

I. Introducción. II. El contexto de elaboración del Protocolo n.º 16. III. Naturaleza de la cuestión prejudicial ante el TEDH. IV. El diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la jurisdicción constitucional. V. Reflexión conclusiva.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo incide en lo que entiendo será el nuevo proceso de reflexión que se habrá de afrontar en los próximos decenios en torno a las deficiencias y nuevas transformaciones del sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto el nuevo Protocolo 16 del Convenio, que entraba en vigor el 1 de agosto de 2018 y bautizado como el «protocolo del diálogo», incorpora una novedosa «vía incidental de diálogo» en el marco del control de convencionalidad, vía que viene a sumarse a las vías incidentales ya existentes en el marco de los controles de incidentales en aplicación del Derecho de la Unión Europea (UE) y en el marco del control de constitucionalidad.

Es mi intención por tanto dedicar especial atención a la creciente complejidad que la cuestión prejudicial convencional traerá en aquellos sistemas en los que hay una cuestión previa de constitucionalidad y la cuestión prejudicial en virtud del Derecho de la UE. El reenvío que incorpora el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez

nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor standard de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución.

La adopción de los Protocolos n.º 15 y n.º 16, cuya redacción fue encargada por el Comité de Ministros al término de la Conferencia de Brighton, ha culminado en un nuevo proceso de reflexión sobre las deficiencias y transformaciones que habrá de afrontar en los próximos decenios el sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). A diferencia del Protocolo n.º 15, el Protocolo 16 ha sido elaborado por el Comité directivo a petición del Comité de Ministros como protocolo adicional¹. La entrada en vigor del Protocolo n.º 16, adoptado el 28 de junio de 2013 por el Comité de Ministros, y abierto a su firma el 2 de octubre de 2013, tendrá lugar tan pronto lo ratifiquen diez estados².

En virtud de este nuevo protocolo, los altos tribunales que indiquen los estados parte del Convenio (art. 10), podrán suspender el procedimiento y solicitar a la Gran Cámara que resuelva una duda sobre la interpretación o la aplicación de una norma convencional o sus protocolos adicionales. Así ha ocurrido ya con la primera cuestión elevada al TEDH por la Corte de Casación de Francia mediante el Arrêt n.º 638 de 5 de octubre de 2018 (10-19.053) y cuyo objeto es el art. 8 CEDF. La solicitud debe no obstante superar un filtro previo, ya que debe ser admitida por 5 jueces que en caso de rechazar la petición, deberán motivarlo debidamente. La resolución de la cuestión se sustancia en una opinión de la Gran Cámara, puesto que carecerá de carácter vinculante (art. 5 del Protocolo). De ahí no cabe deducir empero una competencia del juez nacional para contrariar el ámbito subjetivo o sustantivo de los estándares adoptados en la opinión consultiva³. Al contrario, es probable que en la práctica el juez nacional no se aparte de las conclusiones recogidas en el dictamen de la Gran Cámara, sobre todo en lo que se refiere a cuestiones aplicativas, dado que la opinión del TEDH no versará ni sobre hechos ni sobre cuestiones de Derecho interno⁴. En coherencia con su carácter no vinculante, queda a salvo la posibilidad para la persona que se considere lesionada en su derecho, de interponer recurso ante el TEDH (art. 34 CEDH), una vez concluido el proceso del que es parte, solo si el juez nacional se ha apartado del parecer emitido por la Gran Cámara, como expresamente ha reconocido el propio TEDH en su *Reflection Paper*⁵, redactado para expresar su punto de vista sobre el borrador del Protocolo 16.

Una de las consecuencias que tendrá el nuevo Protocolo 16 será la apertura que producirá este nuevo procedimiento en la función consultiva del TEDH, teniendo en cuenta

1 La adopción tuvo lugar en su 77.ª sesión.

2 España al día de hoy no ha firmado el Protocolo 16. A 11 de octubre de 2018 ya lo habían firmado 21 Estados parte del Convenio (Albania, Armenia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Moldavia, Noruega, Rumanía, San Marino, Turquía y Ucrania), y al haber sido ratificado por 10 de ellos (Albania, Armenia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino y Ucrania), según exige su art. 8, entraba en vigor el 1 de agosto de 2018 con la ratificación de Francia.

3 A. PAPROCKA – M. ZIÓŁKOWSKI, «Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights», *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, Issue 02, 2015, p. 291.

4 La extensión de la opinión será por dicho motivo más breve que la resolución a un caso contencioso, pero por el contrario será más densa en contenido al tratar sobre cuestiones de principio. SICILIANOS, L.A. (2014): «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du protocole n.º 16 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle de Droits de l'homme*, n.º 97, p. 28.

5 *Reflection Paper*, § 45.

que las opiniones que hasta ahora podía emanar el TEDH se encontraban configuradas de manera muy limitada y restrictiva en el art. 47 CEDH. Dicho precepto en efecto se ha venido erigiendo en el principal obstáculo a sortear para abrir una vía de consulta al Tribunal por parte de los órganos de la jurisdicción nacional sobre la interpretación del Convenio. Si bien de su enunciado se desprendería la atribución de una competencia consultiva al TEDH para «dar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos», excluye que dichas opiniones puedan versar «sobre cuestiones que afecten al contenido o a la extensión de los derechos y libertades del título I del Convenio y sus protocolos, ni pueden afectar a otra cuestiones sobre las que el Tribunal o el Comité pudieran tener que conocer por la introducción de un recurso». Lo limitadísimo de esta competencia, que solo correspondía instar al Comité de Ministros, ha sido realmente factor clave para la elaboración del nuevo Protocolo, cuya necesidad venía siendo observada en trabajos doctrinales desde hace más de tres décadas⁶ en los que se apuntaba, no solo como deseable sino también como necesario, la introducción de un mecanismo prejudicial que sirviera para dotar de uniformidad la aplicación del CEDH, una vez que quedaba constatada la integración del Convenio como derecho interno de los estados parte.

En lo que aquí interesa, el nuevo Protocolo incorpora una novedosa «vía incidental de diálogo» en el marco del control de convencionalidad⁷, vía que viene a sumarse a las vías incidentales ya existentes en el marco de los controles de incidentales en aplicación del Derecho de la Unión Europea (UE) y el marco del control de constitucionalidad. De hecho, el anterior Presidente del TEDH, Dean Spielmann, ha bautizado el Protocolo 16 como el «protocolo del diálogo» (*the dialogue protocol*). Se da satisfacción de este modo a lo que venía siendo sentido en la doctrina, si no como una exigencia, sí como una necesidad⁸, pues a pesar de que el diálogo directo con el TEDH no venía impuesto hasta ahora por el Convenio ni sus Protocolos, ni en el Reglamento interno del Tribunal, al igual que tampoco en las normas de los procesos nacionales, el TEDH necesita de la colaboración de tribunales constitucionales y otras altas cortes, ya se trate en la fase ascendente antes de dictar sentencia, ya en la fase descendente en la medida que estos ejercen de mediadores que influirán en la eficacia de sus decisiones. La comunicación entre los tribunales nacionales y TEDH adquiere de este modo naturaleza de obligación, bien que hasta ahora tácita o implícita, pero en todo caso imprescindible para ejercer con corrección la labor jurisdiccional⁹. La particularidad es que la nueva herramienta procesal de la cuestión consultiva actuará en ambas fases, ascendente y descendente, ya que este método dialógico permite conocer al TEDH la interpretación del órgano jurisdiccional nacional, quien a su vez, recibida la solución a la cuestión, puede aplicarla al caso que debe juzgar. Ello entraña además un diálogo *directo* y

6 A.H., ROBERTSON, «Advisory Opinions of the Court of Human Rights», AA.VV. *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, vol. I, Paris, Editions A. Pédone, p. 225. Vid. asimismo D. SPIELMANN, «Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º. 31/32, Lisbon, 1987, pp. 527-546.

7 R. ALONSO GARCÍA, *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014, p. 152.

8 Para la doctrina española L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Vías concurrentes para la protección de los Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, p. 155.

9 J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, p. 201.

sincrónico que viene a poner fin al diálogo *diacrónico e indirecto*, dilatado en el tiempo, que hasta ahora era el único posible. Con ello se habría alcanzado para algunos el ideal de interacción entre el TEDH y las jurisdicciones nacionales, toda vez que la cuestión prejudicial constituiría la quintaesencia de los instrumentos de diálogo entre tribunales¹⁰. Para otros, en cambio, la nueva cuestión prejudicial, no sería más que una «falsa buena idea»¹¹. Más razonable parece reconocer que aun representando una indudable ventaja para el diálogo, no será tampoco una panacea que haga desaparecer todos los problemas y conflictos¹².

Se ha dotado por tanto a este mecanismo de consulta de algunas de las características de una cuestión prejudicial, dado que solo podrá activarse en el marco de un proceso concreto en el que resulte aplicable una disposición convencional, lo cual excluye por tanto el ejercicio de un control abstracto. El propio TEDH ha puesto énfasis también en evitar que con este mecanismo se pretenda ejercer su jurisdicción de tutela de los derechos como una jurisdicción de corte casacional revisando los hechos¹³. Precisamente ese carácter cercano, similar en algunos aspectos, a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se ha revelado como uno de los motivos que al día de hoy, señaladamente tras el esperado Dictamen 2/13 sobre la adhesión de la UE al CEDH de 18 de diciembre de 2014, conducen a considerar el Borrador de adhesión incompatible con el Derecho de la UE. La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH se percibe en efecto como una amenaza a la incorporación de un *better standard* en la protección de derechos contenidos en la Carta de Derechos de la UE que, a pesar de incluir el CEDH como fuente subsidiaria, no está exenta de colisionar con él, como el asunto *Melloni* ha puesto de manifiesto.

A los supuestos de aplicación de normas de la UE se refiere el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión. El propio Dictamen apunta a que «no puede excluirse que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo n.º 16 por un órgano jurisdiccional nacional pueda desencadenar el procedimiento denominado de intervención previa del Tribunal de Justicia», que se contiene en el propio Proyecto de adhesión y que permite que el TJUE intervenga en los procedimientos ante el TEDH en los que se cuestione el Derecho de la UE, cuando no exista una interpretación del TJUE¹⁴. Todo parece indicar que el TJUE alberga el temor de que un tribunal nacional de última instancia prefiera acudir al TEDH a través del Protocolo 16 para preguntar sobre la compatibilidad del Derecho de la UE con el CEDH, o que incluso pretenda alegar que la interpretación que haga el TEDH de la carta de Derechos es un *acte clair* como resultado de la aplicación concordada de los arts. 52.3 y 53 de la CDFUE.

10 F. BENOÎT ROHMER, «Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme: «certiorari» versus renvoi préjudiciel», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 14, núms. 7-8, 2002, p. 314.

11 F. KRENC, «Une nouvelle compétence consultative pour la C.E.D.H.: une fausse bonne idée?», *Journal des tribunaux*, vol. 29, n.º 6489, 2012, pp. 600-601.

12 J.P. COSTA, «La Cour européenne des droits de l'Homme et le dialogue des juges», F. LICHÈRE, L. POTVIS-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dirs.); *Le dialogue entre juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 159.

13 Así se recoge en el párrafo 8 del *Reflection Paper* del TEDH sobre el Borrador de Protocolo 16 (Draft Protocol 16), adoptado por el Pleno el 6 de Mayo de 2013. Vid. M. BREUER, «Wirkungen von Urteilen des EGMR nach 60 Jahren: noch klassisches Völkerrecht oder schon Teil eines „ordre constitutionnel européen«?, A. ZIMMERMANN (ed.), *60 Jahre EMRK - Die Konvention als „living instrument“*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2014, p. 57.

14 *Ibid.*, párrafo 198.

Comoquiera que sea, se deduce por tanto del citado Dictamen una prohibición de utilizar la cuestión del Protocolo 16 ante el TEDH, siempre que el juez nacional aplique el Derecho de la UE, siendo obligatorio el reenvío prejudicial al TJUE, a no ser que el propio TJUE haya admitido en su jurisprudencia diferentes estándares de protección en los estados miembros¹⁵.

II. EL CONTEXTO DE ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO 16

La idea de introducir un procedimiento de consulta al TEDH por parte de la jurisdicción nacional, se remonta en realidad a las propuestas presentadas por el denominado Grupo de Sabios en su Informe de 16 de noviembre de 2006. Posteriormente se incluye formalmente en la Declaración adoptada en la Conferencia de Alto nivel sobre el futuro del TEDH celebrada en Izmir (Turquía) el 27 de Abril de 2011. En efecto, en el punto D del Plan de Seguimiento incorporado como anexo a la Declaración, se invitaba al Comité de Ministros a reflexionar sobre la posibilidad de introducir este mecanismo de consulta sobre la interpretación y aplicación del Convenio. La propuesta sin embargo no se transforma en una iniciativa de reforma formal hasta la Declaración de Brighton, en la que se invita al Comité de Ministros a redactar un Protocolo facultativo, tarea que se encomienda al Comité directivo para los derechos del hombre. El efecto buscado era el de ayudar a los estados a evitar posibles futuras violaciones del CEDH.

La medida prevista en el Protocolo 16 se inscribe de este modo dentro de la estrategia general que viene tratando de paliar la «galopante inflación» de asuntos pendientes¹⁶, pero que también se dirige a afianzar el papel subsidiario que corresponde al TEDH. Sobre el primero de los problemas ha sido especialmente la medida del juez único en el juicio de admisión (art. 26), la que, junto a otras como la exigencia de haber sufrido un perjuicio importante (art. 35.3.b), ha tenido un efecto más palpable en la entrada de asuntos al Tribunal, viniendo así a mostrar los efectos beneficiosos de la entrada en vigor, en junio de 2010, del Protocolo 14 y 14 bis¹⁷. Como ha señalado Jean-Paul Costa, anterior Presidente del Tribunal, cabe definir los resultados como espectaculares a la vista de la inversión de la curva entre asuntos enjuiciados y asuntos entrantes que por primera vez se sitúan por debajo de los primeros¹⁸. Sin embargo la satisfacción producida por la inversión de tendencia no puede ocultar que todavía el número de asuntos pendientes es elevado y que pasa un largo número de años hasta que pueden ser juzgados a pesar de la prelación de las causas según su urgencia y gravedad, y a pesar también de las medidas cautelares del art. 39 CEDH. En cuanto a una mejor aplicación de la subsidiariedad, ha sido abordada desde una perspectiva tanto ascendente como descendente. La primera tiene que ver con el compromiso, plasmado en tres Recomendaciones anteriores del Comité de Ministros, para que los estados parte del Convenio desarrollen las vías

15 De ahí que se postule la prioridad de la cuestión prejudicial ante el TJUE frente a la prejudicial consultiva ante el TEDH. T. BRINGS: «Änderungen der EU-Verträge zugunsten des europäischen Grundrechtsschutzes? Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht», *JuWissBlog*, Eintrag vom 5. Februar 2015, p. 4.

16 La expresión ha sido retomada de un discurso del entonces presidente del Tribunal, Jean-Paul Costa en el encuentro de San Marino de 2007.

17 El Protocolo 14 bis no ha sido ratificado por España.

18 Los datos se refieren a 2011 y 2012.

procesales oportunas para garantizar los recursos a nivel interno¹⁹, verifiquen la compatibilidad de proyectos y disposiciones legales en vigor con las normas del Convenio²⁰ y se introduzca éste en la enseñanza universitaria²¹, para de este modo prevenir violaciones de los derechos convencionales. Desde la perspectiva descendente, se pretende en cambio que, en su jurisprudencia, el propio TEDH ponga énfasis en la subsidiariedad que inspira el sistema de protección judicial de los derechos del Convenio. Asimismo, tanto el principio de subsidiariedad como la doctrina del margen de apreciación quedarán incorporados al Preámbulo del Convenio, cuando haya terminado el proceso de ratificación del Protocolo 15, adoptado en Mayo de 2013.

El tipo de cuestión prejudicial consultiva introducida en el Protocolo 16 tiende, al igual que el principio del margen de apreciación, a operar como un instrumento de subsidiariedad, dado que mantiene al juez nacional en su posición natural, de ejercicio del control de convencionalidad primario de actos u omisiones de los poderes públicos nacionales. Ello es tanto más cierto cuanto que será difícil que el juez se aparte de la opinión emitida por el TEDH. Sin embargo, al carecer de efecto vinculante, la interpretación o resolución de las consultas sometidas mediante este mecanismo lo distancia de otras fórmulas similares como la cuestión prejudicial del Tratado de la UE. Deben además tenerse en cuenta las diferencias entre la subsidiariedad de la UE y la del CEDH, puesto que mientras en el primer caso se trata de una subsidiariedad concurrente, en el caso del TEDH se trata de una subsidiariedad de complementariedad, que hace intervenir al TEDH cuando las instituciones nacionales no pueden asegurar una protección efectiva de los derechos garantizados.

Se diría que, con la configuración recibida, la cuestión prejudicial ante el TEDH instaure un mecanismo paralelo y complementario a otros procedimientos que, sin haber sido previstos en la redacción original del Convenio, se introdujeron con posterioridad y que permiten consultar sobre asuntos no contenciosos. El primero en ser introducido, en 1960 (aunque su entrada en vigor solo se produjo en 1970), fue el procedimiento recogido inicialmente en el Protocolo 2 que en la actualidad, tras haberlo incorporado al propio texto del Convenio en 1998 mediante el Protocolo 11, aparece recogido en el art. 47 CEDH con idéntico contenido, y ello a pesar de las voces que recomendaban cambios en su redacción dado su escaso margen de aplicación²². Este procedimiento permite al Comité de ministros decidir por mayoría solicitar al Tribunal opiniones de carácter consultivo. Sin embargo, el objeto de este tipo de consultas es enormemente restringido, puesto que el art. 41.3 CEDH efectúa una delimitación en sentido negativo, excluyendo que la consulta pueda recaer sobre el contenido o

19 R (2004) 6.

20 R (2004) 5.

21 R (2004) 4.

22 Así, por ejemplo, Decaux se ha lamentado de que «el Protocolo n.º 11 se haya limitado a integrar tal cual las disposiciones del Protocolo n.º 2 en el texto del Convenio». Indica este autor que «el procedimiento de opiniones consultivas (art. 47 y ss.) es tan cerrado que no se ve en qué hipótesis podría ser puesto en práctica». De ahí que se mostrara partidario de configurar la función consultiva del Tribunal a semejanza de la que existe en el Tribunal Internacional de Justicia o en el sistema interamericano, abriendo el procedimiento consultivo al Secretario General, al Comisario para los derechos del hombre, a la Asamblea parlamentaria e incluso a las instituciones comunitarias a falta de un reenvío prejudicial. Vid. E. DECAUX, «Rapport», G. COHEN-JONATHAN, C. PETTITI, (éd.); *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 114 y 115.

extensión de los derechos y libertades definidos por el CEDH y sus protocolos, ni sobre otras cuestiones que el TEDH o el Comité de ministros hayan tenido que conocer en el marco de un proceso. La consulta debe ceñirse a una «cuestiones jurídicas en torno a la interpretación del CEDH» (art. 1 del Protocolo 2) o, como indicaba la Recomendación 232, de 22 de enero de 1960, «sobre la interpretación de las disposiciones del CEDH si existe una duda de tipo jurídico». Del mismo modo, el art. 48 CEDH puede operar como obstáculo al disponer que el TEDH es quien decide si la cuestión sometida entra dentro de sus competencias. Lo mismo cabe decir del art. 47.2 CEDH, que permite al TEDH declinar su competencia si considera que la cuestión sometida a interpretación puede ser objeto de un posible recurso individual, como ya ocurrió en 2004 con el sometimiento por el Comité de Ministros de una consulta en torno a la coexistencia del CEDH con el Convenio de derechos del Hombre y libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes (CEI).

Esta configuración aparentemente tan estricta es lo que según algunos autores ha provocado que este procedimiento quedase prácticamente inédito, como pone de manifiesto que haya sido utilizado solo en contadas ocasiones en cuarenta años, de las cuales la mayoría de consultas solicitadas ni siquiera han terminado siendo transmitidas al TEDH al no superar la votación por mayoría en el seno del Consejo de Ministros. Sin embargo, en su concepción originaria el procedimiento de consulta resultaba coherente con la lógica de excluir de su ámbito cuestiones que, presentadas como una consulta, podrían esconder un asunto litigioso, lo cual impediría aplicar las garantías propias de un proceso judicial. De hecho, la Comisión jurídica de la Asamblea parlamentaria enumeraba toda una serie de problemas interpretativos susceptibles de ser objeto de este procedimiento de consulta ante el TEDH, entre los que se mencionaba la posibilidad de que los estados parte consultaran sobre la adecuación de proyectos de ley a las disposiciones del Convenio, o también que el Comité de Ministros planteara sus dudas interpretativas en torno a las modalidades de aplicación del art. 32 o del art. 54 (control de la ejecución de las sentencias). Sin embargo, no se ha acudido en la medida de lo esperado a la utilización del procedimiento de consultas, quizás debido a que en buena parte todos los posibles problemas interpretativos que señaló la Comisión jurídica, tuvieron su apropiada respuesta con la puesta en práctica de los procesos ante el TEDH. No obstante, si en cierto modo puede comprenderse que los problemas interpretativos estrechamente ligados a las modalidades procedimentales de aplicación del Convenio se disiparon rápidamente, no cabe decir lo mismo respecto a las consultas previas que los estados podían haber dirigido sobre la adecuación de proyectos de ley a las disposiciones del Convenio. Dicha posibilidad fue conscientemente rechazada debido a razones que el propio TEDH decía entender. Entre los inconvenientes que se atisbaban si se ejerciera un control previo y abstracto de carácter consultivo sobre disposiciones normativas de los estados miembros, se encontraban el que resultaría comprometedor y confuso resolver favorablemente sobre la compatibilidad de un proyecto de ley cuya aplicación o interpretación puede ser, tras su entrada en vigor, objeto de enjuiciamiento en un proceso ante el TEDH en el que se resuelva que ha existido violación del Convenio. Asimismo, para aquellos estados con una legislación similar se verían en una posición delicada. Incluso podría no ser atendido por el Poder legislativo nacional la incompatibilidad declarada tras la consulta, lo cual repercutiría sin duda en la autoridad del TEDH. A todas esas razones se sumaba la de que ni siquiera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE), instancia que tiene

encomendada la uniformidad del Derecho comunitario, ejercía un control sobre las legislaciones internas. Así las cosas, la lánguida existencia determinada por el escaso uso del procedimiento de consultas, condujo a la doctrina a calificar este procedimiento de consulta como un elemento puramente ornamental y por tanto prescindible.

Existe un segundo procedimiento de consulta que puede poner en marcha el Comité de Ministros por mayoría de 2/3, solo que en el marco de la ejecución de las sentencias del TEDH. Este segundo procedimiento de consulta fue incluido en el nuevo art. 46.3 CEDH por el Protocolo 14, que contempla que «cuando el Comité de Ministros considere que la vigilancia de la ejecución de una sentencia definitiva sea entorpecida por una dificultad de interpretación de esta sentencia, puede instar al Tribunal a fin de que se pronuncie sobre esta cuestión de interpretación». Sin embargo, y al igual que en el procedimiento consultivo del Protocolo 2, el mecanismo de consulta sobre la ejecución de sentencias se ha visto en parte inutilizado por instrumentos alternativos que han venido a superponerse. Es el caso de las sentencias «piloto», en parte ideadas como una reivindicación del propio TEDH frente al mecanismo de consulta, que ha sido interpretado como una imposición del Comité de Ministros. Este tipo de sentencias introducen en efecto las medidas generales de reparación que un Estado condenado debe aplicar para cumplir la condena, pretendiendo así evitar cualquier duda interpretativa sobre las modalidades de ejecución de la misma, lo que convierte en prescindible el procedimiento de consulta de dudas sobre la ejecución creado por el Protocolo 14.

III. NATURALEZA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TEDH

La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH, no puede ser considerada estrictamente un reenvío²³, sino una cuestión incidental de la que está ausente la obligatoriedad. No tendría sentido por ello aplicar una doctrina como la del acto claro, concebida en realidad para exonerar de la obligación de solicitar aclaración, por lo que el tribunal nacional bien podrá fundar el planteamiento de la cuestión ante el TEDH, —incluso existiendo doctrina clara y consolidada del TEDH—, con vistas a solicitar un *revirement* de la línea jurisprudencial sostenida hasta ese momento²⁴. No obstante, no es pacífica esta cuestión, pues la función que pretende cumplir la cuestión prejudicial ante el TEDH es la de abordar cuestiones nuevas o que puedan suscitar un importante número de contenciosos, pero no parece que sea la de intentar hacer reconsiderar una jurisprudencia consolidada²⁵. De hecho, el *Explanatory Report*²⁶ hace hincapié en que el órgano de la jurisdicción nacional

23 F. SUDRE, «La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention», *La Semaine Juridique*, (édition générale), n.º 42, 2013, p. 1915.

24 R. CONTI, «La richiesta di «parere consultivo» alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea», *Consulta online*, 18.05.2014, p. 7.

25 J.P. JACQUÉ, «Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne de droits de l'homme», AA.VV., *Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention? Dialogue entre juges* 2012, Strasbourg, Cour européenne des droits de l'homme, 2012, p. 22.

26 Documento redactado para explicar el contenido del Protocolo por los expertos del Grupo de Trabajo denominado *Drafting Group B on the reform of the Court* (GT-GDR-B), encargado de su redacción por el Comité Direc-

deberá exponer en la formulación de la cuestión prejudicial las razones que justifiquen su necesidad o utilidad. Así ha ocurrido con la primera cuestión planteada ante el TEDH planteada por la Corte de Casación francesa el 5 de octubre de 2018, en la que se exponen las razones por la que sometía a consulta si en aplicación del art. 8 CEDH se excede del margen de apreciación el rechazo de inscripción en el registro de la filiación de una madre de intención en la gestación subrogada por no ser madre biológica, a pesar de que será madre de adopción, cuando al padre biológico y de intención sí se le permite ser inscrito (Arrêt n.º 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) —Cour de cassation— Assemblée plénière).

Cualquier intento de comparación con la cuestión prejudicial del Derecho de la UE debe ante todo resaltar el diferente contexto en el que opera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), así como la diversa naturaleza de sus funciones. Su naturaleza se asemeja a la de un órgano jurisdiccional supremo o superior en los ordenamientos nacionales que ejerce una función ante todo nomofiláctica por la vía del recurso de anulación, lo que le otorga el poder anular disposiciones normativas comunitarias con efectos generales y vinculantes para los tribunales nacionales. Además de ello, el TJUE es un órgano de un sistema jurídico que se desarrolla mediante normas unilaterales. El TEDH por su parte, en cambio, es un órgano jurisdiccional de control de los Estados, cuya función es interpretar un Tratado y que ejerce sus funciones resolviendo normalmente sobre las causas individuales que se le plantean. Su función se agota por ello en resolver sobre las posibles violaciones al Convenio y deducir las eventuales consecuencias de tipo indemnizatorio que eventualmente pudieran derivarse. Ahora bien, la relevancia de sus funciones estriba en que a través de ellas desempeña un control que tiene doble naturaleza. De una parte, en efecto, la función de velar por la conformidad al Convenio controlando toda injerencia por parte de los estados, examinando si ha existido violación de los derechos y libertades individuales, es propia de una jurisdicción de amparo. De otra parte, la función de definir los principios y estándares comunes en materia de derechos para determinar un nivel mínimo de protección supone ejercer una función de naturaleza constitucional, como ya advertía el Grupo de Sabios en su informe²⁷. En el primer caso es notorio el carácter subsidiario que acompaña a esta forma de protección jurisdiccional, lo que implica que en todo caso se deben agotar los recursos internos, derivándose de ello una primera y sustancial diferencia respecto al control ejercido por el TJUE.

A pesar del diferente contexto apuntado, el reenvío prejudicial comunitario ha estado presente de un modo u otro en los trabajos del Grupo de Sabios desde su propuesta en su Informe de 2006, en el que se sugería que el procedimiento podría tomar como modelo el establecido en el art. 267 TFUE (anterior art. 234), haciéndose eco de esta manera de lo que durante décadas había venido siendo objeto de debate en foros informales. No obstante, el Grupo de Sabios desechó un trasplante de la cuestión prejudicial comunitaria, pues su naturaleza de *preliminar rule* y de *preliminar reference* le confiere, a juicio del Informe, la función de un modelo de control judicial alternativo al que se desarrolla en vía principal, que aumentaría más si cabe la sobrecarga del TEDH. A ello se une la incompatibilidad de la cuestión prejudicial obligatoria y vinculante con la subsidiariedad que exige agotar los

tor de Derechos Humanos.

27 J. MARTIN HOFFMANN —F. KOLLMAR, «Ein Vorabfassungsverfahren beim EGMR— das 16. Zusatzprotokoll zur EMRK», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2014, p. 1269.

recursos nacionales. De ahí que el Grupo de Sabios desaconsejara su trasplante sin más y se pronunciara a favor de configurar las consultas interpretativas como un mecanismo muy residual y secundario y definir unas condiciones restrictivas para su planteamiento por el juez nacional²⁸. El diseño del mecanismo de consulta en el Informe de Sabios recomendaba por tanto no introducir el reenvío prejudicial comunitario, pero sí inspirarse en él²⁹. A estos efectos, el borrador del Informe del Grupo de Sabios apuntaba que el sistema de control sobre el que se articula la protección del CEDH, a semejanza del comunitario, se desdobra también en un control concentrado en el TEDH y en el control difuso que corresponde a las jurisdicciones nacionales³⁰. Ahora bien, esta coincidencia con la protección de derechos en el seno de la UE desaparece si se tiene en cuenta por un lado el carácter voluntario del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TEDH y por otro sus efectos no vinculantes. Se ha querido preservar de este modo la vía del recurso individual como la única apta tanto para adquirir autoridad de cosa juzgada desplegando efectos vinculantes (art. 46 CEDH), así como también para juzgar sobre la incompatibilidad del derecho nacional con el CEDH (art. 1 CEDH).

La instauración de la cuestión consultiva ante el TEDH supone adoptar una línea que también se prospecta para el futuro del TJUE, pues, como observa Cartabia, hoy en día la actividad judicial aparece más orientada hacia la interpretación, en el sentido de que las jurisdicciones constitucionales pretenden acomodar los casos y controversias mediante los mecanismos de la interpretación, de modo que una jurisdicción de derechos debe de desenvolver una actividad más cercana al *ars interpretandi* que al *ars decidendi*³¹.

Dada la naturaleza de la tutela y del tipo de control que se ejerce en cada uno de los casos, la cuestión consultiva al TEDH no puede ser equiparada en todos sus extremos al reenvío prejudicial de la UE. Efectivamente, en el caso de la cuestión prejudicial comunitaria el juez nacional dispone de un poder de inaplicación del derecho interno *ultra vires*, incluso cuando lo que está ventilando es una duda interpretativa, debido a que el Derecho de la UE impone su propia primacía con independencia del contenido material de las normas nacionales o del efecto más garantista de la prevalencia de sus normas. Se sigue de ello que no por el hecho de disponer de un estándar mejor en la norma estatal ésta desplace a la norma comunitaria. En cambio, por su parte, el control de convencionalidad pone a disposición del juez un poder de aplicación del *better standard*, ofreciendo por tanto una alternativa en la norma a aplicar, lo que conlleva que puede darse aplicación al derecho interno frente al derecho convencional. Por ello, un efecto beneficioso que se seguiría de la nueva vía incidental del Protocolo 16 sería el de contribuir a obtener una respuesta interpretativa del TEDH sobre derechos que no hayan sido objeto de ninguna sentencia interpretativa, lo que permitiría al juez nacional inaplicar normas internas incompatibles con el Convenio, como se deduce *a contrario* de la doctrina sentada en el caso *Vermeire c. Belgique*, en la que el TEDH entendía que no puede permitir que se suspenda la aplicación de la Convención en espera del resultado de una reforma legislativa³², de donde se infiere que el juez nacional estaría obligado a

28 *Report of the Wise Persons to the Committee of Ministers*, §79.

29 CM (2006)88, 10 de Mayo de 2006, § 60.

30 CM (2006)88, 10 de Mayo de 2006, § 28.

31 M. CARTABIA, «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2009, p. 30.

32 STEDH de 29 de noviembre de 1991, § 26.

considerar inaplicables normas internas que pudieran revelarse incompatibles con el CEDH cuando ya existe un precedente en la jurisprudencia TEDH sustancialmente similar. Interpretado *a contrario* el mencionado criterio jurisprudencial, existiendo el mecanismo de consulta previa al TEDH el juez podría inaplicar la norma nacional si de la opinión del TEDH se deriva la violación de las disposiciones convencionales.

Ambas cuestiones prejudiciales, comunitaria y convencional, difieren no obstante en un aspecto esencial que es el del carácter vinculante de la resolución de la cuestión interpretativa. Ello hace pensar que, a diferencia del reenvío comunitario, la cuestión prejudicial convencional no llegará a anular en la práctica, como en ocasiones sucede con el TJUE, el margen de autonomía de que dispone el juez nacional para resolver la *litis* apartándose de la respuesta recibida, al menos mientras se mantenga su carácter no vinculante, de manera que una respuesta taxativa del TEDH no estará en condiciones de cerrar el espacio de discrecionalidad del juez nacional, que puede llegar a apartarse de la respuesta recibida a su duda interpretativa. Es cierto que la concesión de un margen de discrecionalidad interpretativa parece que debiera ser consustancial a la cooperación que fundamenta la cuestión prejudicial.

Ahora bien, la falta de un efecto vinculante de la respuesta a la cuestión consultiva ante el TEDH, no implica una total irrelevancia jurídica de la interpretación recibida en respuesta a la cuestión. Ante todo, porque lo que existiría es un «vínculo de hecho»³³ que, si bien no produciría una vinculación directa o inmediata de los tribunales nacionales, crearía en cambio al menos una vinculación mediata o indirecta a la respuesta recibida³⁴. Además, la vinculación del juez nacional puede determinarse a partir de otros instrumentos. En concreto, si el juez nacional se aparta de la interpretación que hace el TEDH, puede darse por hecho que la sentencia del caso en cuestión terminará por ser recurrida en Estrasburgo por una de las partes y que finalice en una condena por violación de alguno de los derechos del Convenio³⁵. Ello presupone que el TEDH, como expresamente ha reconocido, se va a sentir autovinculado por sus opiniones interpretativas³⁶, de manera que declarará infundados los motivos de un recurso individual posterior al proceso judicial nacional en el que se ha seguido la interpretación suministrada en respuesta a la cuestión prejudicial³⁷. De ahí que se haya subrayado el efecto devaluador que la opinión del TEDH tendrá sobre el juicio ante la jurisdicción nacional³⁸. Cuestión distinta es que el TEDH pueda someter a escrutinio la aplicación que haya hecho el tribunal nacional de la opinión consultiva que resuelve la cuestión prejudicial, en semejanza con lo que ocurre cuando el TEDH debe pronunciarse sobre asuntos anteriormente sometidos a su jurisdicción contenciosa y resueltos mediante sentencia. En tales casos el TEDH suele

33 G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, «Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: Osservazioni generali», *Diritto Penale Contemporaneo*, 14-06.2014, p. 12.

34 G. ASTA, «Il Protocollo 16 alla CEDU: Chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?», *Comunità Internazionale*, vol. 68, n.º 4, 2013, p. 784.

35 J. GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, n.º 4, 2014, p. 636.

36 *Reflection Paper*, § 44.

37 Indudablemente ello tiene como ventaja la posibilidad de que las opiniones consultivas del TEDH eviten una avalancha de recursos individuales. Andreas Zimmermann (ed.), 60 Jahre EMRK - Die Konvention als „living instrument«, Berliner Wissenschafts Verlag, 2014, p.153.

38 CENTAMORE - AGOSTINI, «Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani...», op. cit., p. 12.

revisar la eficacia y suficiencia de las medidas de ejecución para reparar la violación del Convenio, y si bien lo resuelto en una opinión consultiva no puede equipararse a lo decidido mediante sentencia, no es impensable que se aplique un examen sobre su correcta interpretación o aplicación por parte de la jurisdicción nacional³⁹.

No se pueden, por otra parte, equiparar tampoco los dos tipos de cuestiones prejudiciales que pueden plantearse ante el TJUE en virtud del art. 267 TFUE desde el punto de vista de su objeto, pues mientras que en el caso de la cuestión sobre el control de validez se trata de un mecanismo de depuración de las normas de las instituciones europeas, la cuestión de interpretación en cambio no persigue la misma función, sino que su naturaleza es la de un mecanismo de cooperación judicial que pretende garantizar una interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la UE, que queda sustraída al juez ordinario para asegurar el monopolio del TJUE, de tal modo que su planteamiento es preceptivo, integra las garantías del proceso debido y su incumplimiento supone un exceso de jurisdicción. Así pues, existe una cierta semejanza entre la cuestión prejudicial comunitaria de interpretación y la cuestión prejudicial del Protocolo n.º 16 del Convenio en cuanto que ambas se dirigen a armonizar la interpretación del Derecho europeo (de la UE y del CEDH) en su aplicación a hechos o normas nacionales. Donde esa similitud se rompe es tanto en lo concerniente al nivel de concreción de la pregunta, así como en lo que se refiere a la funcionalidad de la interpretación recibida como respuesta a la cuestión. Respecto a lo primero, la cuestión prejudicial convencional solo puede versar sobre cuestiones de principio⁴⁰. Ese alto grado de indeterminación no queda del todo despejado en las aportaciones del Comité de Ministros y del propio TEDH al borrador del Protocolo 16. Así, en el art. 1 (2) del *Explanatory Report* se excluye que el procedimiento de consulta pueda estar dirigido, por ejemplo, a permitir un control abstracto de la legislación que no deba de aplicarse al caso pendiente». En cambio, el TEDH reconoce que los asuntos sobre cuestiones de principio sobre los que deba emitir *avis consultatifs* podrían englobar aquellos que versen sobre «la compatibilidad con el Convenio de una ley, una regla o una interpretación constante de una ley por un tribunal»⁴¹, lo que supone instaurar un control concreto sobre su convencionalidad, que estará limitado, —como el propio Tribunal explica—, «a las cuestiones que se planteen en las causas contenciosas en las que estén en juego derechos individuales, sin llegar por tanto a ejercer un control abstracto de las leyes»⁴².

La clarificación de cuáles sean este tipo de cuestiones de principio es preciso ir a buscarla en el *Explanatory Report* del Protocolo 11⁴³, donde se concreta el sentido de la expresión ‘importantes cuestiones de interpretación y aplicación’ del art. 43 CEDH. Entre las cuestiones de especial importancia *sobre interpretación* dicho Informe incluye las planteadas respecto a algún punto sobre el que el Tribunal no haya tenido oportunidad de

39 V. PETRALIA, «A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul .n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *I quaderni europei*, n.º 57, 2013, p. 18.

40 En la propuesta de expertos danesa y holandesa se pretendía en cambio circunscribir la cuestión a supuestos en que existieran problemas sistémicos o estructurales, lo cual estrechaba aún más su ámbito.

41 *Reflection Paper*, § 29.

42 *Reflection Paper*, § 29.

43 E. NALIN, «I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», MARTINO, P. (a cura di); *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014, p. 141.

pronunciarse, que sea o bien capaz de influenciar la jurisprudencia futura del Tribunal, o susceptible de imprimir un giro a la jurisprudencia anterior (§ 100). Respecto a las cuestiones importantes o trascendentes *sobre la aplicación* del Convenio, el *Explanatory Report* sobre el Protocolo 11 entiende por tales las que puedan producir una modificación sustancial en el ordenamiento interno o en la praxis administrativa de un Estado, sin necesidad de que planteen graves cuestiones interpretativas (§ 101), lo cual supone admitir implícitamente las cuestiones sobre problemas sistémicos o estructurales. No obstante, el propio Grupo de redacción del Protocolo, advierte que a pesar de las similitudes entre el procedimiento de revisión de recursos a la Gran Sala y el de las opiniones consultivas mediante el planteamiento de la nueva cuestión, no puede establecerse una total identidad en la aplicación de los criterios de admisión de las cuestiones consultivas, pues ambos procedimientos difieren en cuanto a los propósitos que persiguen⁴⁴.

Otro de los aspectos que alejan la cuestión previa consultiva ante el TEDH de la cuestión prejudicial comunitaria es su carácter subsidiario, lo cual ha sido determinante para no dotar de carácter vinculante a la respuesta emitida por el TEDH. Precisamente una de las dificultades señaladas en debates académicos y sondeos previos al estudio de las reformas del TEDH ha sido la de que un recurso prejudicial sería incompatible con el principio de subsidiariedad y con el tipo de control que ejerce el Tribunal⁴⁵.

IV. EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES Y LA TRIPLE PREJUDICIALIDAD EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Tipos de conflictos con entre jurisdicción convencional y constitucional

De prosperar la ratificación del Protocolo 16, la que podemos denominar cuestión prejudicial convencional, vendría a incrementar la complejidad que ya existe en aquellos ordenamientos de estados de la UE en los que existe la cuestión previa de constitucionalidad. Ilustrativo es el caso francés y en general aquellos sistemas en los que control de constitucionalidad y control de convencionalidad han venido siendo ejercidos por órganos separados.

La posibilidad de conflictos entre jurisdicciones europeas y jurisdicción ordinaria y constitucional es más elevada en estos sistemas, siendo variadas las situaciones o tipos de conflictos que se pueden presentar. En todo caso, forzoso es admitir que la fuente de este tipo de situaciones proviene del control al que de manera indirecta se ve abocado el TEDH sobre la legislación nacional, e incluso sobre disposiciones constitucionales, cuando la injerencia en un derecho se debe a la propia existencia de una ley o bien a su aplicación. Y, aunque no exista identidad de causas jurídicas, está fuera de duda que existe una concurrencia de jurisdicciones propiciada por normas sobre derechos materialmente similares o idénticas. Si bien el TEDH ha rechazado la posibilidad de ejercer el

⁴⁴ Vid. *Draft Explanatory report to Protocol n.º 16*, Strasbourg, 30 November 2012, CDDH(2012)R76 Addendum VI, § 9.

⁴⁵ C. PETTITI, «La position des avocats français sur la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme», COHEN-JONATHAN, G. - PETTITI, C. (éd.); *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 105.

control de un acto legislativo *in abstracto*, entiende en cambio que puede llevar a cabo un control *in concreto*, y ello en la medida que el carácter declarativo de su decisión no afecta a la validez o eficacia de la regla de derecho interno enjuiciada. Aunque el control de la norma legal quede así justificado, por desplegar efectos aparentemente solo sobre el caso concreto, en realidad su alcance va más allá del caso enjuiciado, por cuanto a consecuencia de la inconvencionalidad con origen en la ley, la obligación que deriva para el Estado parte del art. 46 CEDH, de cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del caso individual, desborda necesariamente el caso decidido, a pesar de que en principio debiera limitar su alcance a la sanción *intuitu personae* de la violación de un derecho subjetivo. Sin embargo es manifiesto que lo supera, pasando a tener alcance general. En definitiva, el cumplimiento estatal exigirá la nulidad o derogación de la ley inconvencional, sin que ello comporte por el momento la existencia de un recurso nacional de inconvencionalidad de las leyes. Junto a ello, y sin necesidad de ejercer un control de este tipo sobre leyes nacionales, la autoridad de cosa interpretada (*res interpretata*) extiende la interpretación sobre la convencionalidad de otras legislaciones a la del resto de países. Todo ello hace asumir al TEDH una función muy próxima a la de un Tribunal Constitucional⁴⁶, lo que en la práctica significa que el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria parece verse atrapado entre dos fuegos, pues deberá ofrecer una interpretación conforme disputada por dos órganos que reclaman para sí ser la última instancia y, lo que es más, que defienden el carácter autónomo de la respectiva interpretación⁴⁷. Ello naturalmente comporta un grado de complejidad y de potencial conflicto que debe ser soportado por el juez ordinario. Parece por ello conveniente distinguir cuáles serían los distintos tipos de situaciones en las que el juez ordinario parece forzado a optar entre interpretaciones divergentes de la ley.

Un primer tipo de conflicto sería aquel en el que una ley ha sido juzgada por el TEDH supuestamente conforme al CEDH, pero posteriormente ha sido declarada inconstitucional. Un segundo tipo de conflicto sería aquel en que la declaración de inconstitucionalidad ha precedido a un recurso ante el TEDH y éste considerara la pérdida de vigencia de una ley ocasionada por tal declaración como vulneradora de algún derecho convencional. Debe precisarse que con la actual doctrina del TEDH sobre la necesidad de una base legal para admitir una injerencia en los derechos, la inconstitucionalidad de una ley (aun sin efecto retroactivo) privaría de base legal a la decisión que ha podido motivar la injerencia (*Baczkowski y otros c. Polonia*)⁴⁸. Además de ello, toda declaración de inconstitucionalidad suele producirse por lo común como resultado de una interpretación favorable a los derechos fundamentales. Supuesto distinto, el tercero, es el

⁴⁶ G. COHEN-JONATHAN, «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme», *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p.1129. No quiere decir ello que se pueda hablar todavía con todo rigor de una jurisdicción constitucional transnacional, a falta de herramientas como la fuerza anulatoria de normas, ni revocatoria de sentencias, ni de retroacción de actuaciones o procedimientos, o a falta de medidas de restablecimiento de un derecho en su integridad. Cfr J. GARCÍA ROCA «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio europeo de derechos humanos y bases para una globalización de los derechos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 6, 2005, p. 42.

⁴⁷ E. FOSSAS ESPALADER, «'Cosa interpretada' en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia constitucional», *RVAP*, n.º 82 (II), 2008, p.169.

⁴⁸ L. GARLICKI, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Sur le dialogue des juges», en AA.VV. *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 276.

de la ley declarada constitucional pero posteriormente declarada contraria al CEDH por el Tribunal de Estrasburgo. Dado que en numerosos países existen diferentes vías de recursos constitucionales, es lógico que un asunto haya sido ya decidido por la jurisdicción constitucional nacional antes de ser sometido al TEDH. En este supuesto concreto, en el que la ley ha sido declarada constitucional, a diferencia de las declaraciones de inconstitucionalidad, es donde puede tener particular relevancia la existencia de un control separado de convencionalidad y de constitucionalidad, puesto que en aquellos sistemas en los que la propia jurisdicción constitucional asume también el control de convencionalidad, el esfuerzo por realizar una interpretación conforme al Convenio puede en cierta medida mitigar posibles conflictos. Sin embargo, cuando ambos controles se encuentran separados, el riesgo de un potencial conflicto se acrecienta. En efecto, llegado el caso, el juez ordinario, que es a su vez en estos sistemas juez de convencionalidad de las leyes, tendrá que decidir inaplicar una ley contraria al Convenio cuando así resulta de una interpretación conforme a la luz de la jurisprudencia del TEDH y ello aun cuando en un proceso previo haya sido declarada constitucional. Menos dudas caben, en tercer lugar, si la inconvencionalidad de la ley se desprende de una sentencia del TEDH, siendo en este caso su inaplicación un estricto cumplimiento de la sentencia.

Puede asimismo darse el supuesto, —el cuarto—, de que la constitucionalidad de la ley haya de presumirse en ausencia de declaración expresa de la jurisdicción constitucional, en cuyo caso lo habitual será que los derechos invocados no solo sean los constitucionales sino también los convencionales. En tal circunstancia, países como Francia⁴⁹ o Bélgica⁵⁰ mediante ley han impuesto la obligación al juez ordinario de plantear la cuestión previa de inconstitucionalidad, que goza además de prelación sobre el examen de la compatibilidad con el derecho denominado convencional que el juez ordinario debe llevar a cabo y que comprende todas las obligaciones derivadas del derecho supranacional, incluidas por tanto las exigidas por el Derecho de la UE y las disposiciones del CEDH. El mecanismo introducido para resolver estos casos de doble prejudicialidad no supone sin embargo imponer la concentración de ambos controles en la jurisdicción constitucional. Consecuencia de ello es que el juez ordinario sigue siendo el órgano competente llamado a resolver sobre la convencionalidad de las leyes.

Cabe entonces interrogarse sobre si la prioridad de la cuestión prejudicial de constitucionalidad puede prejuzgar todo examen de convencionalidad del juez cuando el vicio de inconstitucionalidad consista en la vulneración de una disposición del Derecho supranacional, debido a que toda decisión de la jurisdicción constitucional vincula a todos los jueces y además no es impugnable⁵¹. Como es sabido, este mismo problema se ha planteado ya al poco de aprobarse la referida norma legal en Francia, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation ante el TJUE. Dicha cuestión dio lugar no solo al pronunciamiento del TJUE⁵², sino también al posicionamiento del Conseil

49 En virtud de la ley orgánica 2009-1523 de 10 de diciembre, que modifica los arts. 23-2 (párrafo 5.º) y el art. 23-5 (párrafo 2) de la ordenanza de 7 de noviembre de 1958.

50 Loi 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

51 Este fundamento de orden institucional para una priorización de la cuestión de inconstitucionalidad es del todo suscribible en el caso español. P. CRUZ VILLALÓN – J.L. REQUEJO PAGÉS, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *RDCE*, n.º 50, 2015, p. 186.

52 STJUE de 22 de junio de 2010.

Constitutionnel⁵³ y del Conseil d'État⁵⁴, dando pie a un interesante diálogo de tribunales. El riesgo de una preclusión del control de convencionalidad que corresponde realizar al juez ordinario, provocado por el envío de una cuestión de constitucionalidad parte en realidad de una falsa premisa, puesto que el control de convencionalidad no queda subsumido en el control de constitucionalidad de la ley. La razón es que si bien el art. 88-1 de la Constitución francesa (CF) puede ser visto como el fundamento constitucional del Derecho de la UE y por consiguiente el sustento para su primacía, debe rechazarse la lectura del mencionado precepto como una subordinación de la constitucionalidad de las leyes al respeto del Derecho de la UE, pues éste gozaría en realidad de la primacía reconocida al Derecho internacional en general por el art. 55 CF. Es cierto sin embargo que tal conclusión no se aplica del todo a las leyes que trasponen las directivas, que sí tienen su fundamento en el art. 88-1 CF y que por esta razón se encuentran sometidas al control de constitucionalidad. Por lo tanto, en palabras del propio Conseil Constitutionnel, la autoridad que dimana de sus decisiones «no limita la competencia de las jurisdicciones administrativas y ordinarias para hacer prevalecer» los compromisos internacionales «sobre una disposición legislativa incompatible con ellos, incluso cuando esta última ha sido declarada conforme a la Constitución»⁵⁵. De ahí resulta que el efecto de cosa juzgada de sus decisiones se impone solo a los motivos de impugnación sobre los que el juez constitucional tiene competencia, por lo que todo lo que exceda la compatibilidad con la Constitución y se refiera a una posible incompatibilidad con el derecho convencional, queda excluido por definición del control de constitucionalidad. Ello implica que el juez ordinario puede ejercer el control de convencionalidad sobre una ley declarada constitucional, bien sea inaplicándola, bien sea planteando la cuestión prejudicial en este caso ante el TJUE. El Conseil Constitutionnel admite por tanto que el juez ordinario pueda plantear la cuestión prejudicial con posterioridad a la transmisión de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, e incluso que pueda hacerlo de forma simultánea.

El TJUE no ha compartido del todo este planteamiento y ya ha reiterado con posterioridad en *Melki y Abdeli* que, en virtud del art. 267 TFUE, el derecho nacional debe permitir al juez ordinario presentar una cuestión prejudicial comunitaria no solo en el mismo momento de proceder a transmitir una cuestión prioritaria de constitucionalidad, o después de ésta, sino también con carácter previo (FF.JJ. 54-56). Debe resaltarse no obstante que este criterio interpretativo del TJUE no se refiere a los casos en que el juez nacional aprecie una contradicción entre norma interna y el Derecho de la UE, pues en tal supuesto no se puede poner en discusión el deber del juez de inaplicar la ley interna, dado que lo contrario vulneraría el propio Derecho de la UE⁵⁶. Donde se ha planteado el problema de la prioridad de la cuestión de constitucionalidad respecto a la comunitaria ha sido en el supuesto de una ley de trasposición de una directiva cuya validez respecto al Derecho de la UE se discute, extremo que constituye un *præius* respecto a la constitucio-

53 En la decisión de 12 de mayo de 2010, (*Jeux en ligne*).

54 Sentencia *Rujovic*, de 14 de mayo de 2010 que apoya en lo sustancial las tesis de la Cour de Cassation.

55 Considerando 13.

56 Tampoco se puede imponer al juez plantear la cuestión prejudicial como una obligación, a modo de paso previo antes de proceder a dejar sin aplicación una norma interna por no permitir el ordenamiento nacional que sus jueces puedan se abstengan de aplicar disposiciones internas que consideren inconstitucionales sin haber sido declaradas previamente como tales por el Tribunal Constitucional. Así lo ha entendido el TJUE en el asunto *Kükükdeveci*, STJUE de 19 de enero de 2010 (C-555/07).

nalidad de la ley interna de trasposición, pues una eventual invalidez de la directiva puede acabar dejando sin objeto el control de constitucionalidad. Esto implica que aunque el TJUE no descarta que se puedan simultanear, la propia naturaleza del Derecho de la UE impide supeditar o condicionar el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria al resultado de una cuestión de inconstitucionalidad⁵⁷. Por esta razón, la resolución de la cuestión prejudicial comunitaria deberá preceder la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad, aun cuando ambas hayan sido planteadas de manera simultánea⁵⁸. Así pues, y como primera consecuencia de esta jurisprudencia, el TJUE despoja de carácter prioritario a la cuestión de constitucionalidad. En segundo lugar, se debe preservar el poder del juez de inaplicar una ley incompatible con el Derecho de la UE, antes y después de la tramitación de una cuestión previa de constitucionalidad. En tercer lugar, discrepa el TJUE sobre la posibilidad de efectuar un control prioritario sobre la constitucionalidad de las leyes de trasposición de directivas siempre y cuando éstas contengan disposiciones imperativas. Por último, el TJUE impone además la obligación a las jurisdicciones supremas de proceder al reenvío prejudicial si los motivos de inconstitucionalidad tienen su equivalente en el derecho originario de la Unión.

Trasladando esta doctrina del TJUE al terreno de la cuestión prejudicial ante el TEDH, parece oportuno referirse a su conveniencia o pertinencia para establecer una prioridad de cuestiones prejudiciales en aquellos sistemas jurídicos en los que existe un control de convencionalidad concentrado en la jurisdicción constitucional.

La concentración de ambos controles en la jurisdicción constitucional se debe a una suma de factores que entran en juego y que van desde el alineamiento con las teorías dualistas de las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional, hasta el rango del Convenio, al que se considera norma interpuesta. Atendiendo a dichos factores, cabe sistematizar el papel de la jurisdicción constitucional en el ejercicio del control de convencionalidad a grandes rasgos en torno a tres modelos. En un primer modelo, que podemos denominar concentrado, la intervención de la jurisdicción constitucional puede venir exigida cada vez que el juez ordinario detecte una contradicción insanable entre norma interna y norma convencional, estando entonces obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad (Italia). Resulta de ahí que la inconventionalidad de una norma interna viene reconducida a un incidente de inconstitucionalidad de la misma que puede acabar con su anulación. Ello comporta que, aun siendo el CEDH norma infraconstitucional incorporada mediante ley, resulta por sus características materiales idónea para integrar el parámetro de constitucionalidad de la ley nacional. Dicha consideración como norma paramétrica tendrá lugar siempre y cuando las disposiciones convencionales no entren en conflicto con la propia Constitución, pues en tal caso, o bien se anula la ley de adopción del Tratado en la parte afectada, o bien se la considera inidónea para formar parte del parámetro de enjuiciamiento, provocando entonces una inaplicación de la norma convencional en el juicio de inconstitucionalidad solo para el caso concreto.

57 J.L. REQUEJO PAGÉS, «Derecho de la Unión e imposición nacional sobre la utilización de combustible nuclear para la producción comercial de energía eléctrica (Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*)», *Actualidad Administrativa*, n.º 11, Sección Europa, Noviembre 2015, Editorial La Ley, 2015, p. 11.

58 R. ALONSO GARCÍA, *El Juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014, p. 148.

En un segundo modelo, que podemos denominar compartido, tanto la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios ejercen directa o indirectamente el control de convencionalidad. Por ejemplo, como sucede en Alemania, la jurisdicción constitucional lleva a cabo un control de constitucionalidad de la aplicación e interpretación del CEDH por el juez ordinario si al desconocer o no tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH se ha producido un menoscabo en la protección de un derecho fundamental del texto constitucional⁵⁹. En este caso el Tribunal Constitucional se erige en garante de la aplicación del CEDH sin ser estrictamente éste un parámetro de constitucionalidad. En Alemania el CEDH tiene rango de ley ordinaria, pero el TC ejerce un control de conformidad con las disposiciones del CEDH cuando el grado de protección de las normas de valor constitucional sea inferior. Quiere decirse con ello que los recursos individuales no pueden invocar la violación de las disposiciones del CEDH⁶⁰. Ahora bien, el rango formal del CEDH no ha impedido reconocer lo que el TC denomina *Völkerrechtsfreundlichkeit* hacia el CEDH, lo que se traduce en una eficacia interpretativa de sus disposiciones y de la jurisprudencia del TEDH. Se trata por tanto de sistemas en los que, como en Austria o Alemania, no existe un monopolio del control de convencionalidad en la jurisdicción constitucional pero ésta lo integra en el enjuiciamiento de los recursos individuales directos por violación de derechos constitucionales gracias sobre todo al valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH. En Austria el TC no ejerce un control de constitucionalidad de los tratados, que recae en la jurisdicción ordinaria, pero las normas de origen internacional tienen valor constitucional, de modo que tienen aplicación directa en los recursos individuales contra actos administrativos (art. 144 Const.).

Un tercer modelo, que cabe identificar como difuso o separado, sería aquel en el que los jueces ordinarios ejercen con exclusividad el control de convencionalidad de manera separada a un control de constitucionalidad concentrado (caso de Francia)⁶¹ o en ausencia de una jurisdicción constitucional. Este último sería el caso de Holanda. En el primer caso, el art. 94 Const. dispone que las disposiciones legales no se aplicarán si entran en conflicto con disposiciones de tratados o resoluciones de instituciones internacionales que vinculen a todos, mientras que en el caso holandés, el art. 120 del texto constitucional prohíbe el control de constitucionalidad de leyes y tratados por los jueces, por lo que en ausencia de jurisdicción especializada, el Tribunal Supremo no puede enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Cabría incluso adscribir España a este tercer modelo, especialmente tras la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Puesto que la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TEDH aparece en el Protocolo n.º 16 reservada a altos tribunales, en el modelo de control de convencionalidad concentrado dicha facultad quedaría por tanto circunscrita entre otras a la jurisdicción constitucional. Se viene de este modo a reforzar uno de los argumentos para la concentración del control de convencionalidad que venía defendiendo, en ausencia de un mecanismo prejudicial ante el TEDH, el no dejar en manos del juez ordinario la manipulación

59 Se dice en la Sentencia de 14 de octubre de 2004 (§ 30): «Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht».

60 C. TOMUSCHAT, «The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court», *German Law Journal*, Vol. 11, n.º 5, 2010, p. 518.

61 El propio Conseil Constitutionnel francés ha puntualizado que aunque la ley de ratificación del Protocolo 16 le faculta a plantear la cuestión previa del Protocolo 16, ello no implica que en el ejercicio del control de constitucionalidad en base a los arts. 61 y 61-1 CF, pueda añadir al mismo el control de convencionalidad.

interpretativa de las normas convencionales. Aun siendo cierto que la inexistencia de un reenvío prejudicial del juez inferior al TEDH puede seguir siendo visto como un argumento para salvaguardar valores irrenunciables como la seguridad jurídica, no es menos cierto que detrás de la prohibición de inaplicación de la norma interna que contradiga el CEDH, está la posibilidad de reconocimiento a los jueces inferiores del ejercicio de un control difuso sobre las leyes cuando entren en conflicto con disposiciones convencionales, lo cual para algunos ordenamientos supone introducir un elemento más propio del *common law*, en el que el juez se guía por el precedente⁶². El limitadísimo papel que corresponde en estos sistemas al juez ordinario contrasta con el que en circunstancias parecidas tiene el juez ordinario inferior en el ámbito de la cuestión prejudicial ante el TJUE, ya que mediante el planteamiento de ésta, la UE ha podido atraer a las altas jurisdicciones hacia el Derecho europeo.

Uno de los riesgos más patentes que pueden darse en el modelo de control de convencionalidad concentrado es la «domesticación» de las exigencias del control de convencionalidad si se produce una identificación más o menos consciente de los derechos convencionales con los derechos constitucionalizados. En efecto, cabe que el reenvío del juez ordinario a la jurisdicción constitucional sea presentado como una cuestión que afecta a la constitucionalidad de la propia disposición convencional y no como una cuestión que afecta a la convencionalidad de la norma interna. De llegar a entrar en funcionamiento el Protocolo n.º 16, incluso puede llegar a ocurrir que bajo el ejercicio de un control de constitucionalidad y convencionalidad concentrados, se produzca una «doble prejudicialidad invertida», ya que si se admite que el reenvío prejudicial del juez ordinario al TEDH debe preceder al reenvío a la jurisdicción constitucional, podría llevar a ésta después de la respuesta del Tribunal de Estrasburgo, a obligar a someter al control de constitucionalidad el propio Tratado que establece el CEDH, mediante la impugnación de la ley por el que se adoptó, solución adoptada en los sistemas dualistas como el italiano. De ahí se desprende que en estos sistemas cabrá siempre un control de constitucionalidad del CEDH⁶³, pero no a la inversa (un control de convencionalidad de la Constitución), pues la jurisdicción constitucional, aun cuando acepte llevar a cabo una interpretación conforme de la Constitución al CEDH, que le pueda llevar a una convencionalización de sus derechos, siempre encontrará como límite la supremacía de ésta⁶⁴.

Por tanto, en los sistemas dualistas de recepción de los tratados, en caso de no hallar el juez nacional una interpretación conforme, no se impone la inaplicación de la norma interna, sino que en todo caso se propicia el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, dando lugar así a una doble interpretación conforme. De esta manera, la jurisdicción constitucional, para superar la interpretación constitucional no conforme de los enunciados del Convenio (interpretados a la luz de la jurisprudencia del TEDH), acaba operando una interpretación convencionalmente conforme, lo que origina una hipótesis de ambos tipos de control o, si se prefiere, una *duplex interpretatio*, que conduce a la jurisdicción constitucional a

62 Se sostiene desde esta perspectiva que el juez ordinario inferior no se encuentra vinculado obligatoriamente a la interpretación del TEDH, dado que no existe un mecanismo procedimental en tal sentido en las disposiciones del Convenio. Si existe algún tipo de vinculación con la jurisprudencia del TEDH es solo *imperio rationis*.

63 En la sentencia de la Corte costituzionale n. 311 de 2009, se señala que aunque le está impedido controlar la interpretación del Convenio europeo realizada por el Tribunal de Estrasburgo, pues tal función ha sido atribuida por nuestro país sin poner reservas, pero a la Corte constitucional compete, esto sí, verificar si la norma del CEDH, en la interpretación del Tribunal europeo, no entre en conflicto con otras normas de nuestra Constitución» (párr 6).

64 L. GARLICKI, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité...», op. cit., p. 280.

rechazar sustituir su interpretación del Convenio por la del TEDH. Es en este tipo de situaciones donde más se evidenciaba la falta de un mecanismo similar a la cuestión prejudicial comunitaria, algo a lo que ya se venía refiriendo la doctrina desde tiempo atrás. Así pues, si de una parte es cierto que en ausencia de un mecanismo de comunicación del juez nacional con el TEDH, ha tenido lugar una rigidificación en las relaciones entre el TEDH y las jurisdicciones nacionales, también es cierto que en contrapartida la subsidiariedad ha tenido en un gran número de ocasiones un «efecto rebote».

De hecho, si algo diferencia al juez nacional en su veste de juez convencional respecto a su papel como juez comunitario, es que no contaba hasta ahora con un procedimiento para zanjar el dilema de tener que respetar obligaciones contradictorias, de modo que, muy al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento de la UE, no disponía de un mecanismo de comunicación directa con el juez internacional. Hasta ahora por tanto, lo característico del TEDH es que no se dirigía al juez interno, sino solo al Estado del que forma parte el juez, quien sin embargo se debate entre la fidelidad a las normas estatales que delimitan su competencia y la posibilidad de hacer incurrir a su Estado en responsabilidad internacional. En que esa comunicación directa con el juez no se haya contemplado, ha pesado sin duda el que no exista un monismo en todos los estados a la hora de incorporar el Convenio en su ordenamiento interno. De ahí que el TEDH no haya exigido estrictamente su aplicación directa, dado que el carácter finalista del CEDH impone tan solo la consecución de un resultado. Ello implica que, a pesar de que la regla del agotamiento de los recursos del ordenamiento interno manifieste la inequívoca vocación de los enunciados del Convenio a su eficacia y aplicabilidad directa, el TEDH se ha cuidado de precisar que tal obligación solo existe dentro del límite que el orden competencial interno señala al juez nacional. De este modo, en los estados dualistas, el impedimento que excluye una aplicación directa del CEDH por el juez nacional evita que éste pueda inaplicar una ley interna contraria, pues viene obligado solo a realizar una interpretación conforme al «derecho viviente convencional» contenido en las soluciones del TEDH a cuestiones de tipo interpretativo o aplicativo.

Pero donde más se encuentra expuesto el control de convencionalidad de las leyes a fricciones y contradicciones es en el modelo que lo separa del control de constitucionalidad, en el que pueden darse situaciones conflictivas de manera más acentuada que en los modelos de unificación de control de constitucionalidad y control de convencionalidad. De ahí que no pocos autores estimen más conveniente el modelo concentrado⁶⁵.

2. El caso español

En España, donde el Tribunal Constitucional ya es tenido por parte de la doctrina por un Tribunal Supremo⁶⁶, y en vistas de una futurible ratificación del Protocolo 16, sería admisible sin embargo un control difuso de convencionalidad no solo en aplicación de la doctrina del TC sobre la prevalencia de los tratados en caso de conflicto con

65 V. FERRERES COMELLAS, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 208.

66 M. ARAGÓN REYES, «Problemas del recurso de amparo», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 8, 2003, p. 74.

las leyes por su resistencia a ser derogados por éstas⁶⁷, sino también y especialmente por desprenderse así del art. de la Ley 25/2014 de Tratados, cuyo art. 31 impone la prevalencia de los tratados sobre las leyes al disponer que «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Ahora bien, como se acaba de apuntar, es inequívoca la tendencia casacional del TC en los procesos de tutela de derechos fundamentales y quizás este hecho no deba ser irrelevante a la hora de determinar quién debe ser juez de la convencionalidad de las leyes. De ahí que haya abogado por otorgar el carácter de norma paramétrica al CEDH⁶⁸, que pasaría a integrar el parámetro del juicio de constitucionalidad mediante su incorporación al art. 161 CE⁶⁹. Entretanto, y a pesar de que en abstracto cabe inaplicar una ley por contradecir un tratado internacional que no afecte a derechos fundamentales, sin embargo, mientras no se modifique la Constitución, a juicio de un sector doctrinal, al juez ordinario le está vedada la competencia para inaplicar una ley cuando la estime contraria al CEDH, rechazando por lo tanto la posibilidad de un control de convencionalidad difuso en la jurisdicción ordinaria. Sostienen estos autores que, en el supuesto del CEDH, puesto que nos encontramos ante un tratado sobre derechos, la concentración del control de convencionalidad de la ley en el TC cabe inferirla directamente de la Constitución, de modo que el juez ordinario estaría obligado al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes que contravengan el CEDH. Añaden que no solo esta modalidad es la aparentemente practicada, sino que además es la única posible a la vista del art. 10.2 CE, de modo que ante una ley nacional que vulnere derechos convencionales, el juez ordinario está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al integrarse el deber de interpretación conforme al Convenio con el deber de interpretación conforme a la Constitución, derivándose de ello que toda ley vulneradora del Convenio lo sería al mismo tiempo de la Constitución⁷⁰. En consecuencia, para esta posición doctrinal, en España los órganos judiciales ordinarios tendrían vedada la inaplicación de una ley supuestamente contraria al CEDH⁷¹. En otros casos se ha sostenido que en España se practica un control de convencionalidad «mitigado», del que cabe dudar que se trate de un auténtico control, pues en realidad no es otra cosa que la aplicación de una interpretación conforme que busca, de entre los diversos sentidos atribuibles a la norma interna, aquel que mejor se ajusta al CEDH⁷².

67 V. FERRERES COMELLAS «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», SÁIZ ARNÁIZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M.; *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP, 2006, p. 250.

68 Bien mediante su inclusión en el bloque de constitucionalidad de las normas (art. 28 LOTC) o bien mediante la constitucionalización del Convenio. R CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 127 y 128.

69 En este sentido, GARCÍA ROCA, J. (ed.): *Pautas para una reforma constitucional*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 35.

70 F. RUBIO LLORENTE, «La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions «européennes», en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1398.

71 J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales...», op. cit., p. 209.

72 Vid. P. NUEVO LÓPEZ, «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic*, n.º 50 (junio 2015), p. 148.

Ahora bien, esta modalidad de control de convencionalidad de las leyes no es, para una parte de la doctrina, la que se desprende de la posición jerárquica de los tratados internacionales resultante del sistema de fuentes instaurado por la propia Constitución, a pesar de que la jurisprudencia constitucional no reconozca abiertamente su suprallegalidad, por lo que este otro posicionamiento doctrinal considera que el control de convencionalidad en España sobre leyes que vulneren el CEDH, ha de ser difuso, al menos mientras el TC no cambie su doctrina sobre los tratados⁷³, y ello como obligada consecuencia de la posición suprallegal de los mismos así como de su prevalencia sobre la ley *ex art.* 31 de la Ley 25/2014 sobre Tratados, de manera que el control difuso no sería un mero *desideratum*, sino una verdadera *impositio* derivada de la propia Constitución española⁷⁴. A mayor abundamiento, la doctrina del TC en torno a los tratados ha venido entendiendo que en caso de una ley contraria a sus disposiciones, se plantea un problema de selección de la ley aplicable, pero no un problema de constitucionalidad. De ahí que quepa que un juez ordinario inaplique una ley por estimarla contraria al CEDH⁷⁵. Así ha ocurrido en alguna ocasión, si bien de manera todavía tímida⁷⁶. Por contra, y a pesar de que dicha doctrina jurisprudencial parecería en efecto abocar a tal conclusión sobre la competencia del juez para inaplicar una ley inconventional, los términos del problema cambian cuando los jueces ordinarios interpretan los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, el TC, como señala Pérez Sola, carece de potestad para interferir en la función interpretativa judicial, a no ser que en ella puedan quedar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues en tal caso, la interpretación y aplicación de la norma seleccionada adquiere relevancia constitucional, lo cual quiere decir que, como recuerda el propio TC (STC 103/1990 de 3 de junio), la Constitución «es el contexto obligado al que ha de referirse la aplicación de las leyes, teniendo por ello los jueces y tribunales el deber de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales, especialmente en los derechos fundamentales»⁷⁷. Acaso por ello hasta ahora el TC no ha admitido expresamente que los jueces puedan inaplicar leyes que por inconventionalidad vulneren los derechos del CEDH. Es más, en el caso del Derecho de la UE ha habido pronunciamientos del TC (STC 58/2004, de 19 de abril, STC 194/2006, de 19 de junio) en los que parecía negar la existencia de una competencia propia del juez ordinario para dejar sin aplicación una ley incompatible con sus prescripciones, al exigir, para no entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, el previo planteamiento de la cuestión

73 V. FERRERES COMELLA, «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», A. SÁIZ ARNÁIZ, y M. ZELAIA GARAGARZA; *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP, 2006, p. 251.

74 L. JIMENA QUESADA, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 30-31.

75 V. FERRERES COMELLA, «El juez nacional ante los derechos fundamentales...», p. 250.

76 Se cita como caso más claro de inaplicación de una ley ejerciendo el control de convencionalidad, el de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de marzo de 2008 (recurso n.º 787/2007). L. JIMENA QUESADA, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?», en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G.; *Derecho Constitucional europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 310.

77 N. PÉREZ SOLA «El Tribunal Constitucional como juez de los derechos y la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estado de la cuestión», PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 801.

prejudicial en supuestos en que no era obligado⁷⁸. Esta doctrina ha sido corregida con posterioridad ante su evidente oposición a la jurisprudencia del TJUE (STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 2).

Pero frente a estas tesis restrictivas sobre la posibilidad de inaplicar leyes inconven- cionales, no debe eludirse en la actualidad la cuestión de si el control de convencionalidad hacia el que se siente inclinado el juez ordinario no deba ser la lógica consecuencia del valor unificador que tienen las declaraciones de derechos, como límite que opera frente a cualquier poder público y como criterio inspirador de su actuación. Que cada declaración se vea acompañada por su respectivo sistema de garantías no impide que el juez ordinario trate de guiarse por el criterio de la garantía más favorable, escogiendo la Carta de derechos que mejor se acomode al caso que está conociendo. Parece incuestionable que el reenvío prejudicial previsto en el Protocolo n.º 16 puede aumentar esa inclinación, poniendo en manos de los altos tribunales una vía más, de entre las varias que tienen a su disposición, para indagar en la garantía más favorable del derecho afectado, lo cual relegará la cuestión de inconstitucionalidad a un remedio más entre los existentes. Ello puede comportar una progresiva marginalidad de la jurisdicción constitucional pues la jurisdicción ordinaria ejerce en estos casos una función cuasi-constitucional⁷⁹.

No cabe entender sin embargo que el control difuso de convencionalidad sea una exigencia que derive del Tratado de la UE, a pesar de la mención al CEDH que efectúa su art. 6. A este respecto resulta necesario referirse a la sentencia *Kamberaj* del TJUE (C-571/10), en la que se deja claro que el CEDH no ha quedado absorbido por el Derecho europeo tras su recepción en el art. 6 del Tratado, cuyo cometido no es disciplinar el modo de articular las relaciones entre el Convenio europeo y el derecho nacional, sino que se limita a incluirlo como fuente subsidiaria, permitiendo por tanto que el primero conserve su carácter de fuente autónoma. No se puede por tanto, a partir del art. 6 del TUE, deducir que el control de convencionalidad difuso sea una consecuencia derivada del Derecho de la UE, de la que se pueda extraer que las disposiciones convencionales han de compartir la misma primacía que las normas de la Unión, lo que exigiría de los jueces una eventual inaplicación de la ley nacional cada vez que se produzca una antinomia interpretativa irreductible. Tal posibilidad tendría para autores como Ferreres efectos devastadores⁸⁰.

Ahora bien, aun admitiendo que la concentración del control de constitucionalidad y de convencionalidad puede resultar útil *a priori* para paliar incoherencias y contradicciones, no deja de presentar algunos inconvenientes que es preciso tener en cuenta. De entrada, ambos tipos de control son de naturaleza distinta, ya que las normas de referencia no son las mismas ni cumplen la misma función respecto a la norma objeto de control. No obstante, es cierto que desde un punto de vista material, la superposición de normas podría hacer

78 Se lee por ejemplo en la STC 58/2004 que «el juez no puede, ante la única norma legal aplicable al caso concreto, limitarse a inaplicarla soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el [anterior] artículo 234 Tratado CE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3)...»

79 M. DIOSOLA; C. FASONE; I. SPIGNO, «The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System», *German Law Journal*, Vol. 06, n.º 06, 2015, p. 1398.

80 V. FERRERES COMELLA; «Commento», CAPUCCIO, L. - LAMARQUE, E. (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 325.

aconsejable una suerte de control de fundamentalidad⁸¹. A esta solución se le pueden oponer sin embargo una serie de objeciones. Entre otras, la de que no todos los tratados internacionales sobre derechos fundamentales tienen la misma capacidad de irradiación en el derecho interno que la que se predica del texto constitucional, como sucede con la Carta europea de derechos fundamentales, que solo es invocable en el ámbito de aplicación de las normas de Derecho de la UE. Los contornos de cada derecho, fundamental y convencional, pueden asimismo variar, por lo que no siempre pueden resultar coincidentes. Pero sobre todo, lo que no evita la concentración de ambos controles es que la jurisdicción ordinaria pueda a posteriori juzgar de manera distinta a la jurisdicción constitucional, fundándose en una norma internacional distinta o bien como resultado de interpretaciones evolutivas de la ley o de los tratados. Del mismo modo, si el juez ordinario va a seguir sin poder inaplicar una ley inconstitucional, las divergencias seguirán siendo inevitables. Solo si existe un recurso contra las decisiones de los tribunales de la jurisdicción ordinaria ante la jurisdicción constitucional puede eliminarse la dualidad de jurisdicciones. Ello conllevaría instituir un control único de la aplicación jurisdiccional del derecho convencional que solo puede tener lugar si las decisiones de la jurisdicción constitucional se imponen *erga omnes* al resto de tribunales, asumiendo así el papel de un Tribunal Supremo⁸². La idea, que late no pocas veces, de que bajo el ejercicio de un control de convencionalidad se esconde muchas veces un control de constitucionalidad encubierto quedaría desde luego definitivamente alejada de este modo.

Tal aspiración parece sin embargo no tener en cuenta un cierto realismo que lleva a confutar que deba ser el Tribunal Constitucional el que lleve a cabo un control concentrado, también de la convencionalidad de las leyes, cuando éstas contradigan las disposiciones convencionales. Ni la igualdad en la aplicación de la ley, ni la certeza del derecho como bienes ordinamentales a salvaguardar, pueden ser invocados en cualquier circunstancia como fundamento de una protección centralizada en la jurisdicción constitucional, puesto que la respuesta del juez constitucional puede no ser concluyente en todos los casos en los que el contraste entre normas no exija la nulidad de una disposición legislativa, sino que requiera una adición o la adopción de una norma de acuerdo con los principios del CEDH. En tal caso, si la interpretación sobre cuestiones de principio se encuentra en la jurisprudencia del TEDH, no se ve por qué deba de intervenir la jurisdicción constitucional, pues el juez ordinario no hará nada distinto a lo que ya viene realizando con el Derecho de la UE⁸³. No resulta por tanto superfluo tener que insistir en que la concentración de ambos tipos de control ante el órgano de la jurisdicción constitucional no conduce *per se* a eliminar este tipo de obstáculos. Además de los que se acaban de mencionar, ya se ha hecho alusión también a la posibilidad de un conflicto entre ley interna y un derecho convencional, cuando sobre la primera haya recaído una declaración de constitucionalidad y sin embargo no sea posible conciliar la interpretación del derecho

81 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de «fondamentalité»?», *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 1, Janvier-février, 2002, p. 136-138.

82 D. DE BÉCHILLON, «Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême», en *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 109.

83 A. RUGGERI, «Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)», *Rivista AIC*, n.º1/2014, p. 5.

fundamental en cuestión efectuada por el la jurisdicción constitucional con la aplicación del correlativo derecho convencional según la interpretación realizada por el TEDH, por no derivarse un nivel de protección mayor en la norma fundamental⁸⁴. Desde luego tal hipótesis se revela extremadamente improbable en el caso español, en el que el TC pondera para cada concreto derecho «las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española»⁸⁵. Puesto que entre tales convenios el CEDH adquiere un valor interpretativo preferente al «erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común» para una interpretación compartida en su contenido mínimo, no resulta difícil entender que la mayoría de las veces la conciliación a la que está obligado el juez nacional como juez europeo de los derechos fundamentales se verá inmensamente facilitada.

Con todo, aunque la cuestión en torno a la conveniencia o no de un control concentrado de convencionalidad de la ley tenga una indudable incidencia en la coexistencia de múltiples niveles de derechos y a pesar de que afecte de manera importante a los modelos de justicia constitucional concentrada, el impulso al papel del TC como instancia de control de la convencionalidad no tendrá lugar en virtud de su condición de juez de la ley, sino que va a venir exigido por su condición de juez de los derechos. Así pues, la incorporación del TC al nuevo mecanismo prejudicial de carácter consultivo no va a venir, en el caso español, determinada por la existencia de un control concentrado de convencionalidad de la ley que formalmente no existe⁸⁶, sino en virtud de su posición de última instancia jurisdiccional en la tutela de los derechos, siendo por tanto ambas cuestiones claramente deslindables entre sí⁸⁷. La inclusión del TC entre las más altas instancias jurisdiccionales a efectos del Protocolo n.º 16 parece así obligada, a pesar de la libertad que en este extremo ha dejado el Protocolo a los estados que pretendan suscribirlo. A ello conduce el que exista un recurso individual por violación de derechos fundamentales que ha de tenerse a estos efectos como último remedio a la hora de agotar las vías jurisdiccionales que exige la subsidiariedad a la que se refiere el art. 13 CEDH. Ahora bien, ese grado de instancia más alta en la protección de los derechos no garantiza un recurso al mecanismo prejudicial por parte del TC. Cabría en este punto realizar las mismas consideraciones que ya se utilizan para medir la actitud o predisposición al diálogo de la jurisdicción constitucional en el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE. Asimismo, la utilización del mecanismo prejudicial se puede ver dificultada por la introducción de mecanismos más exigentes para la admisión del recurso de amparo, hacia cuya objetivación pretendía propender la reforma de la LOTC de la LO 6/2007 o también si no se abre el amparo constitucional

84 P. PÉREZ TREMPES, «La experiencia española de aplicación de las ‘Cartas’ europeas de Derechos humanos por el Tribunal Constitucional», FRAGOLA, M.; *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell’uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 128; el mismo texto se recogía en ID. «Las «Cartas» y los Tribunales», en AA.VV., *Estudios sobre la constitución española*, Madrid, Cortes Generales, 2008, p. 2010.

85 DTC 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, FJ 6.

86 Sin embargo tampoco existe atribución expresa a los tribunales ordinarios de la competencia para inaplicar la ley ejerciendo el control de convencionalidad. R. CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, op. cit., p. 127.

87 O. POLLICINO, «La Corte costituzionale è una «alta giurisdizione nazionale» ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/04/2014, p. 3.

a todos los derechos fundamentales con gemelos convencionales⁸⁸. Una razón de peso que sin embargo puede inclinar al TC a hacer uso de la cuestión prejudicial convencional es que la firmeza de sus decisiones, que no son susceptibles de recurso debido al efecto de cosa juzgada, podría quedar parcialmente desvirtuada ante la posibilidad de un pronunciamiento contrario del TEDH, e incluso, una reforma del recurso de revisión o del de nulidad de actuaciones para convertirlo en vía de ejecución de las sentencias del TEDH, podría implicar que se proceda a rescindir una sentencia del TC por parte del juez ordinario al exigirle una condena del TEDH, si bien ello exigiría una reforma de la LOTC⁸⁹. Este es por tanto el ámbito natural en donde realmente se puede producir el diálogo con el TEDH, pues permitiría conocer a éste la interpretación no solo de los hechos, sino también del acomodo legal y jurisdiccional tanto al marco del CEDH como al de la jurisprudencia convencional⁹⁰.

Pero si hay un ámbito en el que el nuevo mecanismo de la cuestión prejudicial va a suponer sin duda una acentuación de la capacidad dialógica del juez nacional, ése va a ser el de las instancias superiores de la jurisdicción ordinaria, a las que a partir de ahora se les abre un abanico de mecanismos de diálogo concretados en la posibilidad de plantear hasta una triple cuestión prejudicial si, además de derechos constitucionales, se encuentran implicados derechos de la Carta de la UE y derechos contemplados en el CEDH, lo cual podría abocar al Tribunal ordinario a una triple prejudicialidad mediante la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, una cuestión euro-unitaria ante el TJUE y una cuestión convencional ante el TEDH. El problema que se plantea en nuestro ordenamiento es si se debe priorizar una sobre otra o si se debe establecer una prelación.

La posibilidad de una doble o triple prejudicialidad es probablemente una de las situaciones en las que se plantea con toda su agudeza la complejidad procesal de la tutela multinivel de derechos⁹¹, que no cabe confundir con un fenómeno de duplicidad de jurisdicciones, en el caso que nos ocupa, constitucional y convencional, fenómeno éste último que no es desconocido en nuestro ordenamiento. No obstante, aun siendo distintos, tanto en el fenómeno de la duplicidad o pluralidad de jurisdicciones, como en el de la múltiple prejudicialidad, un mismo objeto litigioso es susceptible de recibir pronunciamientos contradictorios por utilizar un distinto parámetro de enjuiciamiento. En el caso de triple prejudicialidad no estamos ante un fenómeno de duplicación o triplicación de jurisdicciones, ya que el juez nacional nunca conoce sobre un mismo objeto litigioso sobre el que existen dos o tres procesos simultáneos. Pero sí tiene como rasgo en común con éstas el que sobre un mismo objeto puedan recaer pronunciamientos contradictorios. Hecha esa salvedad, podría adoptarse, cuando se invoque en un proceso que una ley lesiona tanto un derecho fundamental como un derecho convencional, sobre la cual el tribunal nacional albergue dudas, la misma solución que nuestro ordenamiento prevé para los casos de concurrencia de jurisdicciones, en concreto para la duplicidad provocada por el concurso tanto de la juris-

88 R. CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, op. cit., p. 128.

89 P. TENORIO SÁNCHEZ, «Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, n.º 88, 2013, p. 133.

90 N. PÉREZ SOLA, *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre Tribunales?*, INAP, Madrid, 2015, p. 31.

91 Situación que muchos auguran una fuente de perplejidades e inseguridades. MUÑOZ MACHADO: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Problemas de articulación», *RDCE*, 2015, p. 209.

dicción constitucional como de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, quienes pueden desenvolver su actividad de manera simultánea especialmente en los procesos de conflictos de competencias⁹², dando origen a una duplicidad que ha tratado de ser paliada instaurando la prejudicialidad del proceso entablado ante el TC cuando la impugnación de un acto o resolución estuviese pendiente de resolución en cualquier otro Tribunal, quien suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional (art. 61.2 LOTC), a la que queda vinculado (arts. 61.3 LOTC y art. 5.1 LOPJ). Podría ser una de las posibles soluciones a una acumulación de la cuestión prejudicial ante el TEDH con la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, existiría otra vía alternativa, consistente no en priorizar la cuestión de inconstitucionalidad como parece que exigiría el art. 163 CE, —que obliga a que ésta se refiera a una disposición legal *aplicable*—, sino en que la misma pase a tener carácter subsidiario respecto a la cuestión consultiva ante el TEDH⁹³. De este modo, una vez recibida por el tribunal ordinario la interpretación del TEDH de la que se infiera que la ley no vulnera un derecho convencional, el órgano jurisdiccional puede plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el TC si estima que en cambio la ley puede estar atentando contra un derecho fundamental. De este modo, la posición del TC se invertiría respecto a la hipótesis de prioridad de la cuestión de inconstitucionalidad, de modo que el control del que se ocuparía no sería probablemente ya, el de constitucionalidad junto al de la convencionalidad de una ley nacional, sino que podría transformarse en un control de la constitucionalidad no solo de la ley, sino del propio CEDH.

Pero existen otros criterios a los que se puede atender para determinar una prelación o prioridad de cuestiones prejudiciales. En primer lugar, se puede adoptar como criterio para la priorización de una cuestión el de seguirse de la resolución de ésta efectos vinculantes para el juez nacional, priorizando entonces la cuestión que produzca efectos *de iure* frente a la que es meramente consultiva. Se seguiría de ahí que cuestión prejudicial comunitaria y constitucional deben preceder a la cuestión convencional, pues las primeras funcionan como mecanismos uniformadores del Derecho, mientras que la cuestión convencional tiene una lógica distinta, ya que su objeto es potenciar el principio de subsidiariedad. Y entre cuestión comunitaria y cuestión de constitucionalidad, sabemos por lo ya antedicho que esta última nunca podrá vincular su resolución ni provocar la pendencia de la cuestión comunitaria, por lo que cabe simultanear ambas o bien priorizar esta última. Cabe asimismo aplicar el mismo criterio cuando el supuesto sea de doble prejudicialidad y venga dado por la concurrencia entre cuestión comunitaria y cuestión convencional. Seguiría siendo de aplicación el criterio de los efectos vinculantes *de iure* de la decisión a la cuestión⁹⁴, sin necesidad de justificar la priorización de la cuestión comunitaria interpretando que sería una consecuencia que deriva del propio Tratado de Lisboa, por quedar la cuestión convencional absorbida o subsumida en la cuestión decidida por el Tribunal de Justicia de la UE

92 R. PUNSET BLANCO, «Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general», R. PUNSET BLANCO – J. SANTOS VIJANDE (dirs.), *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Santiago de Compostela, Escuela Gallega de Administración Pública, 1996, p. 29.

93 Esta propuesta ha sido formulada en el ámbito de la cuestión prejudicial de la UE, por Miguel Azpitarte, para el caso en que la aplicación judicial de una norma de la UE provoque una lesión en un derecho fundamental. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid, Thomson-Civitas, 2002, p.133.

94 R. ALONSO GARCÍA *El Juez nacional en la encrucijada europea*, op. cit., p. 162.

al aplicar éste el CEDH por mandato del art. 6.3 TUE. Lo que establece dicho precepto, como se ha dicho antes, no es propiamente una absorción del CEDH por el Derecho de la UE, puesto que el reenvío al CEDH no lo convierte en fuente autónoma, sino que tiene cabida como una remisión a los principios del Derecho europeo que solo tiene efectos interpretativos. Cabe asimismo imaginar otro supuesto de doble prejudicialidad producido por el concurso de cuestión convencional y cuestión de constitucionalidad, que podría resolverse priorizando de nuevo la cuestión cuya resolución tiene efectos vinculantes *de iure*. Pueden citarse no obstante argumentos en apoyo de la priorización de la cuestión prejudicial consultiva frente a la cuestión prejudicial constitucional. Así, constatada una divergencia a consecuencia de la interpretación de las disposiciones convencionales ofrecida por el TEDH, ésta no tiene que llevar necesariamente a un incumplimiento, ya que el estándar de protección que dispensa el marco constitucional puede ser más elevado que el que se deriva del Convenio. De este modo, la jurisdicción constitucional estaría llamada a intervenir en último lugar para examinar si el estándar de protección que establece el marco constitucional es mayor. Esta posibilidad podría ser accionable en aquellos países en los que el control de convencionalidad se ejerce por la jurisdicción constitucional mediante el planteamiento obligatorio de la cuestión de inconstitucionalidad, de modo que podría posibilitar que las altas instancias de la jurisdicción ordinaria, ante la imposibilidad de inaplicar una ley inconventional, se inclinen por plantear la cuestión prejudicial consultiva al TEDH con carácter previo a la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁵. A pesar de que pueda entablarse este diálogo previo entre altos tribunales de la jurisdicción ordinaria y el TEDH, no del todo es probable que en los sistemas concentrados, la jurisdicción constitucional exonere a los tribunales ordinarios de la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Resulta incuestionable que el reenvío que incorpora el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor estándar de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución.

De igual modo, la puesta en práctica de las consultas prejudiciales al TEDH va a marcar el comienzo de una nueva etapa en la redefinición y reajuste del papel y funciones que ejerce el Tribunal de Estrasburgo⁹⁶. En este sentido, cabe subrayar la destacada contribución que va a suponer el Protocolo 16 en la reorientación del TEDH como jurisdicción constitucional⁹⁷. En línea con esta evolución, aunque el recurso individual ante el TEDH

95 R. CONTI «La richiesta di «parere consultivo» alla Corte europea», op. cit., p. 16.

96 D. MILNER, «Protocols no. 15 and 16 to the European Convention of Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road», *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 1/2014, p. 50.

97 El TEDH ejerce el control propio de una jurisdicción constitucional puesto que tiene confiado por el art. 19 CEDH un «control europeo», que revisa desde un parámetro que distinto a la norma nacional las decisiones de la

permanece como pieza clave del sistema convencional, la lógica de reforzamiento de la subsidiariedad que preside los Protocolos n.º 15 y n.º 16 puede hacer aconsejable la adopción de mecanismos similares al *certiorari* que permitan seleccionar los asuntos de mayor trascendencia e importancia. El horizonte sería por tanto el de un Tribunal regulador del conjunto de jurisdicciones europeas en el terreno de los derechos fundamentales.

Sobre el grado de incidencia que la nueva herramienta producirá en lo que se ha dado en llamar la lucha por el poder de interpretación⁹⁸, la cuestión prejudicial convencional no impone del todo un monopolio interpretativo sobre las altas jurisdicciones nacionales, sino que más bien instaura una subsidiariedad tutelada que deja espacio a la construcción de un modelo de diálogo horizontal que no es incompatible con su comprensión a partir de otros esquemas, como los federales, pues aunque formalmente no estemos ante un sistema federal, es trasladable la doctrina de la *incorporation*, forjada en Estados Unidos tras la incorporación a la Constitución del Bill of Rights federal (XIV.^a Enmienda), dado que en el caso europeo se pretende asentar una *judicial supremacy* que impone a las jurisdicciones nacionales la garantía de mínimos del CEDH con independencia de si la violación a los derechos convencionales se ha producido en el seno de una relación jurídica regida o no por el propio ordenamiento⁹⁹. Lo que en todo caso demuestra la evolución del TEDH es que la propia dinámica de las fuentes internacionales no posibilita ya el monopolio interpretativo que en materia de derechos fundamentales se arrogaba en otro tiempo la jurisdicción constitucional. Así pues, un mecanismo como el introducido por el Protocolo n.º 16, que se sustenta en la subsidiariedad, solo tiene sentido si se explica la relación entre tribunales en términos del *better standard*, pues de otra manera podrían crearse conflictos como el planteado por nuestro TC en la cuestión prejudicial formulada al TJUE en el asunto *Melloni* (ATC 86/2011), sobre si la euroorden de detención y entrega de condenados juzgados en ausencia permite condicionar la entrega a la posibilidad de revisar la condena en el estado de destino cuando el reclamado ha sido juzgado en ausencia por un delito grave. Admitir que el estándar nacional pueda superar al del Convenio es consecuencia obligada del art. 53 CEDH, que no impone un estándar que derogue, limite o restrinja el contenido y alcance de los derechos fundamentales establecido en el estándar nacional.

Las potencialidades del nuevo Protocolo n.º 16 no se agotan sin embargo en la institucionalización de un diálogo entre cortes, ya que su función puede ampliarse a otros ámbitos. Por de pronto, el nuevo mecanismo prejudicial puede incidir sobremanera en aquellos sistemas en que exista un sistema de control de convencionalidad difuso, ya que las posibles contradicciones que puedan surgir entre los varios órganos jurisdiccionales nacionales podrán tener en la opinión consultiva del TEDH un indudable punto de referencia. Igualmente los tribunales nacionales van a tener la oportunidad también de anticipar la jurisprudencia del TEDH, puesto que al no tener carácter vinculante la respuesta

jurisdicción constitucional, y se superpone al control de constitucionalidad en virtud de la fuerza de un tratado internacional, asumiendo el mismo carácter que un recurso de amparo. COSTA, J.P.: «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», en AA.VV., *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 149.

98 F. FONTANELLI – G. MARTINICO, «Alla ricerca della coerenza: le tecniche del 'dialogo nascosto' fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. 58, n.º 2, 2008, p. 385.

99 D. SZYMCZAK, *La Convention européenne de Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 672.

recibida a la cuestión prejudicial, de plantearse un recurso individual por una de las partes, el TEDH contará con una valiosa contribución en el examen del derecho nacional que podría influir en la resolución del recurso. En el caso español, la cuestión prejudicial servirá además para disponer de un instrumento adicional, como ya sucede con el TJUE, para dar mejor efectividad al art. 10.2 CE.

TITLE: Strengthening the dialogue between courts and the triple preliminary reference procedure in the protection of fundamental rights: about protocol no. 16 of the ECHR

ABSTRACT: The adoption of the Protocols 15 and 16 to the ECHR has completed a new process of reflection on the shortcomings and transformations that the protection system of the European Convention on Human Rights will face in the coming decades. The new protocol, named the «protocol of dialogue», incorporates a novel «incidental procedure of dialogue» in the framework of the conventionality control, a procedure in addition to preliminary questions which already exist under European Union law (EU) and in the framework of constitutional control. This article aims to address particular reference to the increasing complexity that Conventional preliminary procedure will bring in those systems in which there are a preliminary question of constitutionality and the preliminary reference procedure on the interpretation of EU law. The preliminary reference procedure enacted by Protocol 16 can become a valuable tool in the process of cooperation and coherence propulsion of jurisprudential circuit, built from the circularity of conforming interpretations of the Constitutional Court, Court of Justice of the EU and ECtHR. The new preliminary question will not bring a reduction in the autonomy of national jurisdiction, but should be seen as a further guarantee of the triple protection of rights that overlap and whose essential rule is «the best standard of protection» from the starting point of a discursive argument founded on the best solution.

RESUMEN: La adopción de los Protocolos 15 y 16 ha culminado un nuevo proceso de reflexión sobre las deficiencias y transformaciones que habrá de afrontar en los próximos decenios el sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El nuevo Protocolo, bautizado el Protocolo 16 como el «protocolo del diálogo» incorpora una novedosa «vía incidental de diálogo» en el marco del control de convencionalidad, vía que viene a sumarse a las vías incidentales ya existentes en el marco de los controles de incidentales en aplicación del Derecho de la Unión Europea (UE) y en el marco del control de constitucionalidad. Este artículo dedica especial atención a la creciente complejidad de cuestión prejudicial convencional traerá en aquellos sistemas en los que hay una cuestión previa de constitucionalidad y la cuestión prejudicial en virtud del Derecho de la UE. El reenvío que incorpora el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor standard de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución.

KEY WORDS: Protocol 16, Control of conventionality, European Convention on Human Rights, Preliminary reference, Multilevel protection of human rights

PALABRAS CLAVE: Protocolo 16, Control de convencionalidad, Convenio europeo de Derechos Humanos, Cuestión prejudicial, Tutela multinivel de derechos

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.01.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: UN DERECHO INSTRUMENTAL IMPRESCINDIBLE PARA LA EFICACIA DEL CONVENIO DESDE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

SUMARIO

I. Introducción. II. El debate sobre la existencia de un derecho de acceso a la información pública en el CEDH. Un derecho de carácter instrumental. III. El derecho de acceso a la información pública como instrumento para la eficacia de otros derechos. IV. Contornos del derecho de acceso a la información desde la teoría general de derechos fundamentales. V. A modo de conclusión.

I INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública ha suscitado una gran discusión en el ámbito académico, político y social. La razón hay que encontrarla en las ansias de cambio y transformación democrática que lleva experimentando la sociedad europea de los países parte del Consejo de Europa. En algunas sociedades, en las que las estructuras democráticas están muy asentadas, se demanda un incremento de la calidad democrática; en otras sociedades, jóvenes democracias con grandes retos por afrontar, se persigue alcanzar estándares respetables embridando los poderes públicos. En ambos escenarios, en los que la democracia representativa está en crisis y se demanda de manera creciente mecanismos más participativos, el protagonista es una ciudadanía informada y crítica, exigiendo una rendición de cuentas de los poderes públicos efectiva. Todas estas aspiraciones requieren tener información, superando las formas tradicionales de obtenerla, como los medios de comunicación de masas. La sociedad en primera persona, a través de organizaciones gubernamentales, o simplemente de personas individuales, quiere tener acceso a la información con relevancia pública que pueda afectarla¹.

1 BUSTOS GISBERT, R., *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons, 2017, pp. 63-97.

Por tanto, el acceso a la información pública es un mecanismo imprescindible para la conformación de una sociedad informada y crítica. Es, en consecuencia, una condición *sine qua non* para una democracia de calidad. La cristalización de un derecho que posibilite este acceso ha sido una lucha de conquista de la sociedad frente a la opacidad estatal. Muchos Estados han positivizado este derecho desde hace décadas², comenzando por Suecia³; otros lo han reconocido de manera muy reciente como es el caso de España⁴. En los escenarios donde se ha demandado una mejora de la calidad democrática o la mera consolidación de la misma, a través de un efectivo control del poder público, siempre ha jugado un papel destacado el acceso a la información en posesión del poder público.

De manera contraria a como ha sucedido con otros derechos o en otras latitudes⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) no ha sido un referente en esta materia. No obstante, en las dos últimas décadas el Tribunal de Estrasburgo ha prestado atención de manera creciente en la medida de las posibilidades de un tribunal internacional encorsetado por un texto de 1950 centrado en derechos civiles que no reconocía explícitamente un derecho de acceso a la información pública.

En efecto, en el Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante CEDH) no puede encontrarse un derecho de acceso a la información pública formulado de manera expresa. Si bien es cierto que se discutió en ciertos momentos de los trabajos preparatorios, la inexistencia es clara.

Aun así, el TEDH, y también la desaparecida Comisión, han tenido que hacer frente a demandas de ciudadanos europeos que exigían el acceso a información pública en muy diferentes circunstancias, alegando para ello la eventual vulneración de diferentes derechos formulados explícitamente en el CEDH, como la vida privada, la libertad de expresión o la tutela judicial efectiva entre otros, dejando una jurisprudencia muy casuística y en ocasiones poco uniforme.

El TEDH ha intentado aclarar en la decisión de Gran Sala *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016 el debate sobre la existencia y ámbito de un pretendido derecho de acceso a la información pública. De esta manera, el TEDH reconoce la existencia de tal derecho, pero sólo como derecho *instrumental*. Además, la Gran Sala se circunscribe únicamente al ámbito del art. 10 CEDH.

En nuestra opinión, y sin negar en absoluto su importancia, esta decisión es insuficiente para comprender todo el alcance y el ámbito del derecho de acceso a la información pública en el seno del CEDH, por lo que se abordará, a la luz de la teoría general de derechos fundamentales, los elementos configuradores de este derecho de carácter instrumental a raíz de la jurisprudencia del TEDH que no se limita al ámbito del art. 10 CEDH, sino prestando atención también a los arts. 8 CEDH y en menor medida al 6.1 CEDH.

2 Véase *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, 2016.

3 Ley de Libertad de Prensa de Suecia de 1766.

4 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

5 Paradigmática es la sentencia de la CIDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006.

II. EL DEBATE SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL CEDH. UN DERECHO DE CARÁCTER INSTRUMENTAL

Las primeras reflexiones sobre el derecho de acceso a la información pública se han de dedicar a su misma existencia, pues sería contrario a la seguridad jurídica y una actuación *ultra vires* de legislación judicial que un tribunal, como el TEDH, reconociera la existencia de un derecho inexistente en el CEDH e impusiera obligaciones positivas a los Estados parte.

Literalmente, tal derecho no es reconocible en ningún pasaje del CEDH, tan solo cabría su reconocimiento vía interpretación de alguno de los preceptos que integran el texto europeo o sus protocolos. Por ello, se ha demandado asiduamente que «la libertad de recibir o comunicar informaciones» del art. 10.1 CEDH sea interpretada de manera que se incluya un «derecho a buscar informaciones», como se debatió durante los trabajos preparatorios del CEDH y de su Protocolo n.º 6, o como sí hacen otros textos internacionales.

En esta labor de interpretación el TEDH ha tenido en cuenta varios criterios hermenéuticos, contenidos en los arts. 31-33 del Convenio de Viena sobre los Tratados, como el sentido corriente de los términos utilizados en el texto y los trabajos preparatorios del CEDH.

La primera redacción realizada por el Comité de Expertos del borrador preliminar del CEDH, en 1950 era idéntica al art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶ y por tanto contenía el derecho a buscar información. No obstante, la palabra «buscar» se quitó de la redacción final sin ningún tipo de discusión⁷. Por ello, el TEDH ha entendido que de los trabajos preparatorios no se puede deducir que hubiera un derecho de acceso a la información pública en el art. 10.1 CEDH. Sin embargo, el TEDH ha señalado que la historia de la redacción del Protocolo n.º 6 al CEDH revela un entendimiento común entre órganos e instituciones del Consejo de Europa de que el art. 10.1 CEDH, en su redacción originariamente redactada, podría considerarse como razonable que comprendiera la «libertad de buscar información», aunque excluyendo la obligación de la autoridad pública a proporcionarla⁸.

Además, a juicio del TEDH, del sentido corriente de las palabras empleadas en el art. 10.1 CEDH, «la libertad de recibir o de comunicar informaciones», tampoco puede descartarse bajo determinadas circunstancias que pudiera entenderse amparado el derecho de acceso a la información pública en el objeto o en el propósito del art. 10.1 CEDH⁹.

Por último, el derecho a buscar información está reconocido en diferentes instrumentos internacionales de diferentes ámbitos, empezando por los arts. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

6 Art. 19 de la DUDH: «Todo el mundo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el derecho a mantener opiniones sin interferencias, a buscar, recibir o difundir información e ideas a través de cualquier medio de comunicación sin importar las fronteras»

7 La inexistencia de la palabra «buscar» en el art. 10.1 CEDH constituye una gran diferencia con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 que sí lo incluye. De manera consecuente, el alcance de la paradigmática decisión de la Corte Interamericana *Claude Reyes c. Chile*, de 19 de septiembre de 2006 en cuanto a un pretendido derecho de acceso a la información es muchísimo mayor que la jurisprudencia del TEDH que se estudiará en las próximas páginas.

8 STEDH de *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 124, párrafos 134-137.

9 STEDH de *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 124, párrafos 135.

Políticos¹⁰ que ha sido objeto de Observaciones¹¹ y comunicaciones¹² por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas incidiendo en ese sentido. También en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se consagra explícitamente el «derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte» (art. 42 CDFUE)¹³. Incluso en el marco del Consejo de Europa se ha reconocido este derecho, como la Recomendación de 21 de febrero de 2002 del Consejo de Ministros¹⁴, y de manera más explícita el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos, de 18 de junio de 2009, aún no en vigor. No podemos detenernos en el proceso de reconocimiento y consolidación de este derecho en el ámbito internacional¹⁵, pero el TEDH ha destacado que el CEDH es una norma internacional, y como tal ha de interpretarse como un todo, conforme a los citados arts. 31-33 del Convenio de Viena de 1968, persiguiendo una coherencia interna, teniendo en cuenta que las normas comunes internacionales o de derecho interno de los Estados europeos reflejan una realidad que el TEDH ha de tener en cuenta que deriva del consenso que

10 Art. 19.2 del PIDCP: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.»

11 El Comité de Derechos Humanos de NU ha considerado que «El párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. Esta información comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción. Los organismos públicos son los indicados en el párrafo 7 de la presente observación general (esto es, todos los poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, otras autoridades públicas o de gobierno, cualquiera que sea su nivel, nacional, regional o local y determinados actos de entidades semiestatales). La definición de esos organismos puede abarcar otras entidades que ejerzan funciones públicas.» Además, el Comité ha considerado que algunos elementos del derecho de acceder a la información se encuentran también en otras disposiciones del Pacto, como en el art. 17, señalando que «toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar sus archivos» pudiendo solicitar su modificación. Observación General n.º 34, CCPR/C/GC/34, Artículo 19 PIDCP, Comité Derechos Humanos, Naciones Unidas, 12 de septiembre de 2011, párrafo 18.

12 Por ejemplo, *Tuktakunov v. Kyrgyzstan* (Comunicación No. 1470/2006, 28 marzo de 2011), en donde el Comité considera que la información pública debe ser facilitada sin la necesidad de probar un interés directo o personal para obtenerlo, excepto en casos en los que pueda existir una causa de restricción prevista por la ley. Tampoco considera que la solicitud de esta información esté limitada a los medios de comunicación o a los periodistas profesionales, sino que pueden ser ejercidos por asociaciones privadas o individuos privados.

13 Con anterioridad a la Carta véase PEERS, S., «The new regulation on access to documents: a critical analysis», *Yearbook of European law*, n. 21, 2002, pp. 385 y ss; ARAI-TAKAHASHI, Y., «Scrupulous but dynamic: the freedom of expression and the principle of proportionality under European Community law», *Yearbook of European law*, n. 24, 2005, pp. 53-69. De especial importancia es la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, asunto Heide Hautala contra Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 1999, que consagró el derecho de acceso a la información en manos de las autoridades públicas. Para el Tribunal de Justicia, la interpretación del Consejo de la Unión Europea de denegar el acceso a los documentos «tendría el efecto de menoscabar, sin la menor justificación, el derecho de acceso del público a los elementos de información contenidos en un documento que no estén amparados por alguna de las excepciones enumeradas en el art. 4.1 de la Decisión 93/731», además, «la denegación de acceso parcial constituye ciertamente una medida manifiestamente desproporcionada para garantizar la confidencialidad de los elementos de información a los que sea de aplicación alguna de dichas excepciones», disponible en <http://curia.europa.eu>. Véase también el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso del público a los documentos de las instituciones de la Unión Europea.

14 Recommendation Rec(2002)2 of the Committee of Ministers to the member States on Access to Official Documents, de 21 de febrero de 2002.

15 Para ello, véase el completo trabajo de COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, pp. 279-316.

surge de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes.¹⁶

Por estas razones expuestas, el TEDH ha considerado que, en ciertos tipos de situaciones y sujeto a condiciones específicas, puede haber argumentos de peso a favor de la lectura en el art. 10.1 CEDH de un derecho individual de acceso a información pública, y una obligación para el Estado de proporcionar dicha información. Negarlo daría lugar a situaciones en las que la libertad de «recibir e impartir» información se vería afectada de tal manera que afectaría la esencia misma de la libertad de expresión».

Sin embargo, una cosa es interpretar un determinado significado de un precepto concreto y otro «legislar» un derecho humano *ex novo*. En consecuencia, el TEDH solo reconoce este derecho de acceso a la información pública como un derecho *instrumental*, no como un derecho autónomo. Esto quiere decir que el TEDH solo reconocerá el derecho de acceso a la información pública en unas determinadas circunstancias en las que el acceso a la información sea un medio o herramienta para el ejercicio del derecho del solicitante a «recibir y difundir información». En consecuencia, la denegación del reconocimiento de ese derecho supondría una interferencia en el disfrute de ese derecho. En definitiva, para el TEDH «el principio de garantizar los derechos del Convenio de manera práctica y efectiva requiere que el solicitante en una situación de ese tipo pueda contar con la protección del artículo 10 CEDH»¹⁷. Con esta interpretación, el TEDH salvaría las reticencias de los Estados parte que han mostrado reiteradamente a considerar la existencia autónoma y *ex novo* de un derecho con tanto potencial y trascendencia como el de acceso a la información pública¹⁸.

El reconocimiento explícito en el ámbito del art. 10.1 CEDH y la aclaración de limitar el derecho de acceso a la información a su carácter instrumental lo ha realizado el TEDH en la trascendental sentencia de Gran Sala *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* de 6 de noviembre de 2016. Sin duda, es una sentencia importantísima porque sintetiza y aclara la discusión sobre la eventual existencia, naturaleza jurídica y efectos de este derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta decisión no agota la discusión sobre el derecho de acceso a la información, sino solamente sobre su interpretación en el seno del art. 10.1 CEDH. Dicho derecho de acceso, también podría estar presente, limitado además a su carácter instrumental, en otros ámbitos del CEDH, como el art. 8 CEDH y el art. 6.1 CEDH.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA LA EFICACIA DE OTROS DERECHOS

El derecho de acceso a la información pública se ha debatido y demandado principalmente en el ámbito del art. 10.1 CEDH y la libertad de expresión. Pero eso no quiere decir que sea un ámbito exclusivo, al menos no en la jurisprudencia del TEDH de los últimos años. Es importante tener en cuenta que este derecho objeto de nuestro

16 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 124.

17 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 155.

18 Véase, por todos, los argumentos en contra de Reino Unido en la STEDH de *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafos 67, 73-81 y 99-100, respectivamente.

estudio también despliega su carácter instrumental para contribuir a la garantía de otros derechos. De hecho, en una primera época a la que se hará referencia, el TEDH reconoció este derecho más claramente en el ámbito del art. 8 CEDH y su importancia para contribuir a proteger el derecho a la vida privada y familiar. También es de interés tener en cuenta la labor que podría jugar en ciertas circunstancias para la eficacia de la tutela judicial efectiva (art. 6.1 CEDH). Y debido a que el CEDH se ha centrado en derechos civiles y no políticos, el derecho de acceso a la información pública no ha podido desplegar sus efectos en un ámbito donde tiene, sin lugar a dudas, un grandísimo potencial: la participación política del ciudadano. El derecho a elecciones libres del art. 3 del Protocolo 1 CEDH es tan solo una pequeña porción de un derecho que vertebraría cualquier sistema político democrático y del que depende, entre otros muchos factores, su calidad, resultando a todas luces insuficientes para hacer efectivo un «régimen político verdaderamente democrático» al que hace referencia el Preámbulo del CEDH.

1. Concepto tradicional. Exclusión del art. 10 CEDH y obligación positiva de acceso en el art. 8 CEDH bajo determinadas circunstancias

Desde el principio, el art. 10 del CEDH no fue interpretado de una manera que otorgara a los ciudadanos un derecho de acceso a la información en posesión del Estado, pues el TEDH rechazó de manera sistemática pronunciarse sobre el derecho de acceso a documentos o el derecho a solicitar activamente información dentro del art. 10 CEDH.

En un contexto específico de acceso a la información, el TEDH mantuvo una interpretación muy liberal y sostuvo tradicionalmente que el derecho a recibir una información se refería al acceso a fuentes de información generales y consistía básicamente en prohibir al Gobierno que impidiera u obstaculizara a una persona recibir información de otras personas que desearan o quisieran dársela. De la misma manera, el Tribunal de Estrasburgo nunca aceptó que el art. 10 CEDH estableciera un derecho de acceso a un registro que contuviera información de su posición personal, ni tampoco que impusiera una obligación positiva¹⁹ al Estado de recabar y difundir esa información al individuo. En definitiva, el TEDH no deducía del CEDH un derecho general de acceso a documentos y datos administrativos²⁰.

No obstante, en lugar de centrarse en el art. 10 CEDH, bajo ciertas circunstancias permitió excepciones sobre el acceso a la información cuando otros derechos fundamentales se vieran afectados, como el derecho al respeto a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 CEDH.

Esta es la postura que el TEDH mantuvo a lo largo de los primeros años de su jurisprudencia sobre el tema. Para comprenderla es necesario atender a tres casos capitales:

19 Sobre la problemática de las obligaciones positivas a los Estados bajo el CEDH véase XENOS, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012. Concretamente, sobre las obligaciones positivas en el marco del art. 10 CEDH véanse, MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, pp. 191-195; DIJK, P. van, HOOF, F. van, RIJN, A. van y ZWAAK, L. (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 4th ed., 2006, pp. 784-788.

20 Por todas, véase STEDH *Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre de 2004 (decisión).

*Leander c. Suecia*²¹, *Gaskin c. Reino Unido*²² y *Guerra y otros c. Italia*²³, jurisprudencia recopilada posteriormente por la Gran Sala en *Roche c. Reino Unido*²⁴. Estos casos muestran como, al contrario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 10 CEDH no ampara el derecho a solicitar información. Solo cubre el derecho a recibir información de fuentes de información general o un derecho de acceso a fuentes generales de información. Sin embargo, el TEDH admitió demandas sobre la libertad de recibir información sobre la base del art. 8 CEDH, tutelando el derecho al respeto por la vida privada y la vida familiar.

En *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, el TEDH solventa la demanda de un ciudadano sueco cuya solicitud de puesto de trabajo en un museo naval con instalaciones próximas a una base naval del ejército es rechazada. Este puesto de trabajo requería acceder a zonas del museo restringidas por motivos de seguridad nacional. El rechazo se produjo tras la consulta por parte de las autoridades de la Armada de un expediente secreto sobre la vida privada del demandante elaborado por la policía de seguridad sueca. Este expediente tan solo hacía referencia a la pertenencia del demandante al partido comunista sueco y a una asociación que publicaba una revista radical. Las autoridades suecas le negaron el acceso a este expediente secreto, que contenía información relacionada con su vida privada, por lo que reclamó la violación de sus derechos a la vida privada (art. 8 CEDH) y a recibir información (art. 10.1 CEDH). El TEDH rechazó que se hubiera violado ninguno de los dos derechos. En cuanto a la vida privada, el TEDH consideró que la injerencia de los poderes públicos que suponía almacenar y divulgar su vida privada, y no poder refutarla, estaba justificada en aras de la protección de la seguridad nacional sin ser desproporcionada²⁵. En relación con el derecho a recibir información, el TEDH adoptó un enfoque liberal, limitándose a sentenciar que el derecho a recibir información reconocido en el art. 10.1 CEDH se limita a «prohibir a un gobierno restringir la información que una persona pueda recibir de otra que quiera o quisiera difundir». De la misma manera, este derecho, en las circunstancias actuales de ese caso, «no confiere un derecho a los particulares de acceso a los registros o archivos que contengan información sobre una situación personal, ni tampoco impone una obligación a los gobiernos de difundir la información solicitada por los particulares»²⁶. Podría deducirse, *ad sensu contrario*, que el derecho a recibir información se aplicaba solo a la información que el poseedor de la misma quisiera difundir.

La misma interpretación del art. 10.1 CEDH fue mantenida por el TEDH en pleno en *Gaskin c. Reino Unido* dos años después²⁷. El demandante, Graham Gaskin desde la muerte de su madre siendo menor de edad fue atendido por los Servicios Sociales de Liverpool y acogido por diferentes familias. Tras su mayoría de edad quiso tomar acciones legales contra dichos Servicios Sociales locales, pues en su opinión el trato dispensado no había sido el adecuado. Para poder plantear las demandas solicitó todos los expedientes e información sobre sus procesos de acogida, pero su solicitud fue rechazada por ser

21 STEDH *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

22 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

23 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

24 STEDH *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005.

25 STEDH *Leander c. Suecia*, párrafos 49-68.

26 STEDH *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987, párrafo 74.

27 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

contraria al interés público, pues con la revelación de toda esa información perjudicaría la estricta confidencialidad de las actuaciones y personas que colaboran con esos servicios, desde médicos, hasta trabajadores sociales, profesores, policías, etc. El TEDH interpretó que la demanda del Sr. Gaskin estaba relacionada con su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y que, por tanto, el acceso a esa documentación debía examinarse a la luz de este derecho. Además, el TEDH fue claro al sentenciar que ese planteamiento se tomó «sin expresar ninguna opinión sobre si del art. 8 CEDH podría derivar un derecho de acceso general a los datos personales e información personal».²⁸ Por otra parte, el TEDH hizo notar que la información solicitada por el Sr. Gaskin era diferente a la del Sr. Leander del caso anterior, pues en el presente caso la información personal contenida no era el objeto principal de solicitud ni de los documentos solicitados, ni tampoco su almacenamiento o tratamiento. En realidad, la queja del demandante no se refería a la interferencia en su vida privada por haber elaborado expedientes sobre su persona como en *Leander*, y no poder acceder a los mismos, sino a una interferencia por no facilitar esos expedientes que contienen su vida personal. Por eso, el TEDH examinó el caso desde la perspectiva de juzgar si el Reino Unido, al manejar la solicitud de acceso a su expediente, vulneraba o no una obligación positiva del Estado que pudiera derivarse del art. 8 CEDH.²⁹ El Tribunal de Estrasburgo estimó que el sistema del Reino Unido, para determinar si se facilitaba o no la información solicitada, se basaba en el consentimiento de las personas afectadas por esa revelación, esto es, de los colaboradores con el sistema asistencial de menores. Sin embargo, en caso de que los colaboradores no contestaran o no dieran su consentimiento, no se establecía una autoridad independiente que resolviera finalmente esa cuestión. La existencia de esta autoridad es exigida por el principio de proporcionalidad y a diferencia con el caso *Leander*, no existía en el país demandado. Por ello, el TEDH sentenció que se vulneró el art. 8 CEDH estableciendo la obligación positiva sobre el Estado de incorporar esa garantía para ese procedimiento.³⁰ La injerencia desproporcionada prohibida por el art. 8.2 CEDH en realidad impedía el acceso a una serie de documentos que afectaban a la vida privada del demandante, subyaciendo por tanto el carácter *instrumental* de dicho acceso para la eficacia del art. 8 CEDH. Respecto del art. 10.1 CEDH, el TEDH reprodujo, palabra por palabra, lo expresando en *Leander* sobre la obligación del Estado de no restringir comunicaciones y la negación de una obligación a informar por parte de la autoridad que ostentara la información solicitada.³¹

En el caso *Guerra y otros contra Italia*³², cuarenta ciudadanos italianos demandaron a su Estado por no facilitar información suficiente sobre una planta de productos químicos situada cerca de su población y cuyas actividades podrían ser peligrosas para su salud y sus vidas. El TEDH enjuició la negativa a dar esa información desde el art. 8 CEDH³³. Por tanto, desde esta doctrina, el TEDH sostuvo que el art. 8 CEDH imponía a las autoridades

28 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 37.

29 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 41.

30 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 41.

31 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, párrafo 52.

32 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

33 Porque para garantizar la protección a la vida privada y familiar pueden presuponerse obligaciones positivas inherentes. Véase, por ejemplo, STEDH *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párrafo 32. Además, las autoridades nacionales han de tomar las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva de los derechos de los demandantes para respetar su vida privada y familiar. Véase, por ejemplo, STEDH *López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994, párrafo 55.

estatales una obligación positiva de informar a las personas que vivían cerca de la fábrica sobre el riesgo de potenciales accidentes devastadores. En caso de no cumplir con esta obligación, se dejaba a esas personas sin la posibilidad de valorar los riesgos y por tanto sin la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre vivir en las proximidades de instalaciones peligrosas. En consecuencia, el TEDH sentenció que el Estado italiano no tomó las medidas suficientes para cumplir su obligación de garantizar su derecho a la vida privada y familiar, vulnerando por tanto el art. 8 CEDH³⁴. A pesar de esta falta de información, el TEDH sostuvo que el art. 10 CEDH no era aplicable³⁵ y mantuvo la misma línea que en *Leander* y *Gaskin* respecto del art. 10.1 CEDH³⁶. Sin embargo, en el fondo, el resultado de esta decisión del TEDH fue reconocer un derecho a recibir información, bajo ciertas circunstancias, pero meramente de fuentes generales de información.

En 2005 la Gran Sala recopiló la doctrina de las tres sentencias estudiadas en el caso *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005, donde un antiguo soldado británico aquejado de varias dolencias solicitó los informes médicos que le realizaron cuando estuvo en contacto con ensayos de productos químicos. El TEDH sentenció que el Estado había violado el art. 8 CEDH por no haber facilitado toda la información que necesitaba para evaluar los riesgos de su estado de salud que pudiera resultar de la participación en dichas pruebas militares, pues pesaba sobre el Estado una obligación positiva de procurar un procedimiento efectivo y accesible que le permitiera acceder a toda esa información relevante y necesaria.³⁷ Sin embargo, respecto del art. 10 CEDH, el TEDH sostuvo su postura expresada en *Leander*, *Gaskin* y *Guerra*, dejando claro que no veía «ninguna razón para no aplicar esta consolidada jurisprudencia» sobre no imponer a un Estado en las circunstancias de este caso, «las obligaciones positivas para reunir y difundir, por su propia iniciativa, la información»³⁸.

Roche c. Reino Unido es muy similar a otro caso sustanciado por el TEDH cinco años antes. En *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero de 2000, dos ciudadanos británicos que habían estado presentes como militares en ambientes de ensayos nucleares se quejaban, entre otras cosas, de que la falta de acceso a los registros de realización de dichas pruebas constituía un vulneración de su vida privada y familiar en el marco de sus solicitudes de pensiones de invalidez. El TEDH consideró que, bajo el art. 8 CEDH, el Estado tenía la obligación positiva de dar acceso al material interesado por los demandantes pues no había ningún perjuicio contra el interés público si se revelaba³⁹. En este caso, el TEDH no determinó la violación del art. 8 CEDH debido a que ninguno de los solicitantes optaron por acogerse a un procedimiento que el Estado tenía establecido, asociado a su proceso de reclamación de la pensión, por el que podían haber solicitado a las autoridades competentes información al respecto. Sin embargo optaron por solicitar la información por otras vías.⁴⁰

34 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, párrafos 58-60.

35 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 54.

36 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 53. Es interesante destacar que la Comisión sostuvo exactamente lo contrario, en el sentido de que el art. 10.1 CEDH reconocía un deber de facilitar información a la ciudadanía, así como una obligación positiva para recabar, procesar y difundir la información solicitada, que no podría llegar a la ciudadanía de otra forma, *Guerra y otros c. Italia*, párrafo 52. En la misma línea se pronunciaron dos magistrados que redactaron votos particulares disidentes.

37 STEDH *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005, párrafo 167.

38 STEDH *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005, párrafo 172.

39 STEDH *McGinley y Egan c. Reino Unido*, párrafo 101.

40 STEDH *McGinley y Egan c. Reino Unido*, párrafo 89 y 101.

El estudio de estos casos permite concluir que en esta primera etapa el TEDH aceptó, bajo ciertas circunstancias, reconocer un derecho de acceso a algunos documentos que aunque no fueran generalmente accesibles, fueran de particular importancia para la situación concreta del demandante, ya se refiriera a la protección medioambiental, a la salud pública o al bienestar individual. Este reconocimiento fue deducido del derecho a la vida privada y vida familiar (art. 8 CEDH) y no del derecho a la libertad de recibir información (art. 10.1 CEDH). El TEDH entendió que, bajo ciertas circunstancias, puede surgir una obligación positiva del Estado de tener a disposición de los ciudadanos un procedimiento o mecanismo por el cual pudieran solicitar información de su incumbencia, máxime cuando la revelación de esta información no supusiera un peligro o inconveniente para los intereses públicos, y esa información fuera de importancia para intereses como la salud de los demandantes.

Sin embargo, el TEDH no consideró que el art. 10 CEDH fuera de aplicación en los casos estudiados, insistiendo en su postura inamovible de que la libertad de recibir información a la que se refiere el art. 10.1 CEDH tan solo prohíbe a un gobierno restringir la recepción de información a una persona que otros deseen o pueda querer transmitirles, sin que pueda ser interpretada como una obligación positiva al Estado de recabar y transmitir información de oficio. Durante esta época, el TEDH mantuvo su postura liberal de manera inamovible y no modificó su doctrina señalada en *Sunday Times c. Reino Unido*, donde estableció que el art. 10 CEDH se limitaba a garantizar el derecho de los ciudadanos a ser informados adecuadamente⁴¹, incluyendo este derecho a buscar información de fuentes generales de información. Por tanto, incluso si el Estado no tenía la obligación de facilitar una información determinada, en principio, esa información no debería ser denegada cuando fuera de interés general, pero sin incluir obligaciones positivas, y en particular, una obligación de facilitar el acceso a la información al amparo del art. 10 CEDH.

2. Paso de transición. Hacia un reconocimiento del derecho de acceso dentro del art. 10 CEDH

El 19 de julio de 2006 la Sección quinta del TEDH dictó una decisión de inadmisión, *Sdruženi Jihočeské Matky c. República Checa*⁴², que estableció un punto de inflexión en la interpretación del derecho de acceso a la información respecto del art. 10 CEDH, separándose de la línea constante marcada en los casos *Leander*, *Gaskin*, *Guerra* y *Roche*. Por primera vez, el TEDH concibe el derecho de acceso a una información relevante en el ámbito del art. 10 CEDH y no en el del art. 8 CEDH como había venido haciendo. De hecho, el mismo TEDH afirmó en una decisión posterior sobre esta decisión que «el Tribunal ha avanzado recientemente hacia una interpretación más amplia de la noción «libertad a recibir información» y por tanto hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información».⁴³

Sdruženi Jihočeské Matky es una ONG checa fundada por personas que vivían cerca de la central nuclear de Temelin de titularidad estatal, cuyas tareas principales son la

41 STEDH *Sunday Times c. Reino Unido* (No I), 26 de abril de 1979, párrafo 66.

42 STEDH *Sdruženi Jihočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio de 2006 (decisión).

43 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril de 2009, párrafo 35.

protección de la naturaleza y medio ambiente y contraria a tecnologías como la energía nuclear. A raíz de la entrada en vigor de una ley estatal de protección de naturaleza y paisaje que concedía el derecho a los ciudadanos a ser informados por las autoridades y a participar en todos los procedimientos administrativos que pudieran afectar a los intereses de protección de la naturaleza y el paisaje, dicha ONG presentó una solicitud para que le mantuviera informada de los procedimientos relativos a la central nuclear de Temelin. Sin embargo, solo se le autorizó a participar y conocer de un procedimiento, concretamente sobre cambios tecnológicos en la construcción de una parte del edificio. Los tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional no estimaron vulnerado el derecho a la información, reconocido en el art. 17.4 Constitución de la República Checa, por considerar la restricción proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. En consecuencia, la ONG se quejó de que las autoridades nacionales, al denegarle el acceso a parte de la documentación de la planta de energía nuclear violaron su derecho a recibir información reconocido en el art. 10 CEDH. El TEDH, en las circunstancias concretas del caso, admitió que el rechazo de la solicitud *constituía una injerencia en el derecho del demandante a recibir información*⁴⁴. Sin embargo, esta injerencia estaba plenamente justificada ya que la solicitud se realizaba sobre información de una planta de energía nuclear, que es un sistema de gran complejidad y que exige un nivel muy alto de seguridad. Por tanto, el TEDH consideró que el art. 10 CEDH no podía interpretarse como una garantía del derecho absoluto de acceso a todos los detalles técnicos relacionados con la construcción de una planta, ya que, a diferencia de la información sobre el impacto ambiental de los mismos, tales datos no podían considerarse de interés público, por lo que la negativa estaría justificada por motivos de seguridad nacional, salud pública y secreto industrial.⁴⁵

Por tanto, por primera vez, el TEDH sitúa en el ámbito del art. 10 CEDH una solicitud de información con relevancia pública y ni siquiera menciona la obligación positiva que pudiera pesar sobre el Estado fruto del art. 8 CEDH.

De esta manera, y puntualizando la importancia de las circunstancias concretas del caso, el TEDH admitió que el rechazo de la solicitud de información de relevancia pública *constituía una injerencia en el derecho del demandante a recibir información*, dando el primer paso para un eventual reconocimiento de este derecho en la jurisprudencia del TEDH en el ámbito del art. 10.1 CEDH. Sin embargo, también enfatizó que era «difícil deducir del CEDH un derecho de acceso general de acceso a los datos y documentos de una naturaleza administrativa».

3. Reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del art. 10 CEDH

Desde el 2009 hasta la actualidad, el TEDH ha dictado una serie de resoluciones en las que abiertamente hace referencia al derecho de acceso a la información como parte del art. 10 CEDH. *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009, ha supuesto la primera de las sentencias que abogan claramente por esta interpretación, sobre todo debido al tipo de información solicitada. Esta postura ha sido confirmada por

44 STEDH *Sdruženi Jibočeské Matky c. República Checa*, párrafo 1.1.

45 STEDH *Sdruženi Jibočeské Matky*, párrafo 1.1.

otras 5 decisiones, todas ellas de Secciones, que establecen una línea jurisprudencial clara sobre la materia, y finalmente por una decisión de la Gran Sala, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, que consagra esta interpretación bajo las condiciones y circunstancias que en ella se explicitan.

En *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009, la Unión Húngara de Libertades Civiles demandó ante los tribunales la negativa del Tribunal Constitucional húngaro de permitirle acceder a la demanda planteada por un parlamentario sobre la constitucionalidad de unas modificaciones recientes al Código Penal, concretamente en relación con delitos relacionados con drogas. El Tribunal Constitucional rechazó la solicitud al considerar que el demandante no tenía derecho a solicitar esa información pues no consideraba que fueran «datos» y por tanto no encajaba en la Ley de Datos húngara de 1992 sobre la que la demandante basaba su pretensión de acceso a la información. En esta sentencia la Sección Segunda del TEDH, a pesar de seguir negando el derecho de las personas a acceder a un expediente con información personal, ni la obligación del Estado de facilitar esa información al solicitante⁴⁶, ni el derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos⁴⁷, confirma su postura de insistir en una interpretación más amplia de la noción de «libertad a recibir información»⁴⁸ y por tanto reconociendo de cierta manera el derecho de acceso a la información pública.

Para ello, el TEDH reconoció el importante papel que las ONGs, cuya labor incide en el fomento de los derechos humanos como la libertad de información, tienen para fomentar un debate público informado para la ciudadanía⁴⁹. En consecuencia, el TEDH estima en esta sentencia que estas organizaciones deberían gozar de los mismos niveles de protección que la prensa, pues las considera igualmente «perros guardianes de la sociedad» (*social watchdogs*).⁵⁰ En este caso concreto, es claro para el TEDH que la materia solicitada al Tribunal Constitucional, esto es, el contenido de la demanda de constitucionalidad contra una ley penal, es una materia de interés público y no podía aceptarse lo alegado por el Estado húngaro de que del recurso podrían derivarse datos personales privados del parlamentario que de permitirse el acceso serían revelados sin permiso.⁵¹ La organización demandante se dedicaba a recabar información sobre este tipo de cuestiones, por lo que la negativa del Tribunal Constitucional húngaro constituyó un obstáculo. En este sentido, y dado que el Alto Tribunal Húngaro ostentaba el *monopolio* de la información, el TEDH consideró que esta actitud constituyó un tipo de censura.⁵² Para determinar la legitimidad o no de esta injerencia en el derecho a recibir información de la organización demandante, el TEDH partió de recordar que los Estados tienen la obligación de no

46 Siguiendo la jurisprudencia de *Leander, Gaskin, Guerra y Roche*.

47 *Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre de 2004 (decisión).

48 Como ya hiciera en *Sdruženi Jibočeské Matky contra la República Checa*.

49 El TEDH ha reconocido de manera constante la importante contribución de la sociedad civil a la discusión de los asuntos públicos. Véase, por ejemplo *STEDH Steel and Morris c. Reino Unido*, 15 de febrero de 2005, párrafo 89; *STEDH Vides Aizsardzibas Klubs c. Lituania*, 27 de mayo de 2004, párrafo 42; *STEDH Riolo c. Italia*, de 17 de julio de 2008, párrafo 63.

50 *STEDH Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 27. Véase también *STEDH Animal Defenders International c. Reino Unido (GC)*, 22 de abril de 2013, párrafo 103; *STEDH Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992, párrafo 63; *STEDH Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994, párrafo 35; *STEDH Vides Aizsardzibas Klubs c. Lituania*, 27 de mayo de 2004, párrafo 42.

51 *STEDH Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafos 28 y 37.

52 *STEDH Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 28.

impedir el flujo de información relevante buscado o solicitado por el demandante, máxime cuando una autoridad estatal ostenta el monopolio de una información. En este caso es incluso más obvio que se incurrió en este comportamiento, pues la información que se solicitaba no tenía que ser objeto de preparación ni implicaba ningún tipo de trabajo, sino que ya estaba disponible y podía ser entregada sin problemas. Como ya se apuntó, cuando se da esta situación de monopolio informativo, la jurisprudencia del TEDH impone la obligación de seguir el escrutinio más cuidadoso para no interferir con el tráfico informativo.⁵³

Por todo ello, el TEDH consideró que los obstáculos creados para obstaculizar el acceso a la información de interés público podrían repercutir negativamente en el trabajo de esta organización, o de los medios de comunicación, en su intención de investigar esas cuestiones relevantes y contrastadas para la sociedad, por lo que sentenció la violación del derecho de acceso a la información (art. 10 CEDH)⁵⁴.

Ese mismo año, la misma Sección Segunda del TEDH se pronunció sobre la solicitud de un historiador de acceder a documentos del Ministerio del Interior para escribir un estudio sobre el funcionamiento de los Servicios de Seguridad del Estado de Hungría en los años 60. El demandante, János Kenedi, es un historiador especialista en el funcionamiento de los servicios secretos en dictaduras y de las fuerzas políticas policiales de los regímenes totalitarios y el funcionamiento de los Estados soviéticos, y ha publicado varios trabajos sobre la materia. Ante la negativa del Ministerio, los tribunales húngaros le dieron la razón para que pudiera acceder a todos los documentos solicitados, pero el Ministerio no le entregó la documentación que consideró protegida por secreto de Estado. Esta negativa ocasionó otro largo y tedioso procedimiento judicial tras el cual el Ministerio no entregó los documentos que consideró peligroso para la seguridad nacional, a pesar de las sentencias judiciales en contrario.

En la sentencia *Kenedi c. Hungría*, de 26 de mayo de 2009, el TEDH destacó⁵⁵ que el «acceso a las fuentes documentales originales para una investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandante».⁵⁶ Además, dada la evidente oposición del gobierno húngaro a hacer efectivas las sentencias de los tribunales nacionales, rayana en la arbitrariedad, no podía ser considerada como un comportamiento «prescrito por el Derecho» (art. 10.2 CEDH). Por todo ello, sentenció la vulneración del art. 10 CEDH.⁵⁷

De nuevo la Sección Segunda del TEDH conoció la demanda planteada por la ONG *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013, con objeto de la solicitud realizada a la agencia de inteligencia de Serbia para que le informara de cuántas personas habían sido objeto de vigilancia electrónica por esa agencia durante el año 2005. Tras la negativa de la agencia de inteligencia, la Autoridad Protectora de Datos de Serbia le requirió que le diera acceso a la información solicitada en tres días, basándose para ello en la Ley serbia de Libertad de Información de 2004. Tras considerar que la agencia no

53 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 36. Véase, por ejemplo, STEDH *Chauvy y otros c. Francia*, 29 de junio de 2004, párrafo 66; STEDH *Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, [GC], 20 de mayo de 1999, párrafos 59 y 64.

54 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafos 38 y 39.

55 Siguiendo la decisión de *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*.

56 STEDH *Kenedi c. Hungría*, 26 de mayo de 2009, párrafo 43.

57 STEDH *Kenedi c. Hungría*, 26 de mayo de 2009, párrafo 45.

tenía legitimidad activa, el Tribunal Supremo rechazó la apelación y por fin tres años después de la formulación de acceso la agencia contestó a la demandante que no tenía la información solicitada.

El TEDH continuó la línea iniciada en *Társaság* de considerar que de la noción «libertad de recibir información» se puede deducir un derecho de acceso a la información, insistiendo en el importante papel de «*social public watchdog*» de las organizaciones no gubernamentales implicadas en asuntos de interés público, similar al que realiza la prensa y merecedora por tanto de la misma protección. Como el objetivo de esa organización era recabar información y difundirla a la ciudadanía para contribuir al debate público, la negativa de la agencia de inteligencia supuso desde la perspectiva del TEDH una interferencia en el derecho a la libertad de expresión de la asociación. Además, debido a la obstinada desobediencia de la agencia de la decisión basada en Derecho de la Autoridad Protectora de Datos y que su respuesta final de no tener la información no era creíble, el Tribunal de Estrasburgo consideró que no respetaba la legalidad nacional y su actitud rayaba la arbitrariedad. Por ello consideró vulnerado el art. 10 ECHR.⁵⁸

En esta sentencia es importante resaltar el voto particular firmado por dos magistrados, Sajó y Vučinić llamando la atención sobre la particular importancia del sentido de esta decisión para aquellos países donde, incluso hoy, persisten unos hábitos arraigados desde hace años que dificultan el acceso a los datos que, en los tiempos del totalitarismo, eran utilizados para propósitos opresivos por los servicios secretos⁵⁹. Por ello, insistieron en destacar, a la vista de las demandas de las democracias en la actual sociedad de la información, tres aspectos trascendentales: en primer lugar, en el mundo de Internet, la diferencia entre periodistas y otros miembros de la ciudadanía están desapareciendo rápidamente⁶⁰, por ello es evidente que sin transparencia, que debe ser usada y está al servicio de los ciudadanos, no puede existir una democracia robusta; en segundo lugar, los Estados son responsables de almacenar los datos controlados por los gobiernos, y su pérdida no es una excusa para no facilitarlos; en tercer lugar, no hay que establecer una distinción artificial entre los datos públicos y los datos de interés personal, pues una errónea diferenciación podría dificultar el derecho de acceso a la información pública.

En el caso *Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärke und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen grundbesitzes c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013 (en adelante *Österreichische Vereinigung... c. Austria*) el TEDH también apreció la violación del art. 10 CEDH pero hay importantes diferencias respecto de los tres casos anteriores que contribuyen a perfilar los contornos del derecho de acceso a la información. La Asociación Austríaca para la Preservación, Fortalecimiento y la Creación de una Prosperidad Económica en Fincas Agrícolas y Forestales, organización no gubernamental, tiene como objetivo investigar y estudiar las transferencias de propiedades agrícolas y forestales y sacar conclusiones sobre el impacto de dichas transferencias en la

58 STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, párrafos 24-26.

59 Esta ha sido una denuncia constante, demandando más escrutinio sobre los países principalmente que han salido recientemente de experiencias dictatoriales. Véase, por ejemplo el voto particular del magistrado Sajó en STEDH *Regner c. República Checa*, de 26 de noviembre de 2015 y en STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio de 2013.

60 Véase al respecto, por ejemplo, STEDH *Delphi AS c. Estonia*, de 16 de junio de 2015.

sociedad. También aporta opiniones a los proyectos de ley relativos a estos asuntos. Las transferencias de propiedades agrícolas y forestales requieren la aprobación de las autoridades locales y regionales para evitar que la tierra se utilice para la construcción, y siga siendo de uso agrícola y forestal. La citada organización no gubernamental solicitó a una de las autoridades públicas citadas (concretamente la de la región del Tirol) información sobre todas las decisiones tomadas sobre las transferencias de propiedades desde el 1 de enero de 2000. La autoridad contestó no poder cumplir semejante solicitud, pues al no tener publicada ninguna resolución hasta el momento, no podría hacerlo dada la falta de tiempo y personal, y además, porque en su opinión lo solicitado no constituía información conforme a la Ley de Información austriaca. La ONG austríaca estimó que semejante negativa violaba su derecho a recibir información (art. 10 CEDH) alegando que este tipo de decisiones deberían ser accesibles públicamente. El Estado alegó que conforme al art. 10 CEDH no puede imponerse una obligación positiva de recabar y difundir toda la información específica de todos los casos, aunque sí deben permitir un acceso de información general. Solo las partes con intereses legítimos podrían tener derecho a solicitar este tipo de información.

El TEDH volvió a insistir en la importancia de las organizaciones que actúan como «*watchdogs*» en las sociedades y en aumentar su tutela y el escrutinio a las prácticas que dificulten su actividad.⁶¹ Además, incidió de nuevo en que investigar y reunir información es una fase preparatoria esencial en el periodismo y parte protegida inherente de la libertad de prensa.⁶² Por tanto, la solicitud de la ONG austríaca entra dentro del derecho a recibir información relevante para la sociedad y la negativa de la autoridad estatal supuso una infracción de su derecho. Sin embargo, el TEDH insistió en que del art. 10 CEDH no se podía inferir una obligación general de acceso a toda la información. Como punto diferencial del resto de demandas estudiadas, el TEDH enfatizó que la ONG demandante no solicitó acceso a un documento particular, sino a todas las resoluciones dictadas durante una época larga de tiempo, sin ningún tipo de discriminación. En los otros casos, la información solicitada no requería mucho trabajo o esfuerzo para su elaboración, incluso en alguno de ellos, como en *Társaság*, ya estaba lista y disponible para ser entregada.⁶³ En este caso, la carga de trabajo para la autoridad sería considerable. Sin embargo, que esta demanda de acceso supusiera una grave carga, a juicio del TEDH, era solo responsabilidad de la autoridad nacional, puesto que sus decisiones son consideradas de interés público y por ello deberían ser publicadas de una u otra forma. No obstante, no tenía publicada ninguna y esto es lo que ocasionó en gran parte su negativa a facilitar el acceso a la ONG demandante.⁶⁴ En consecuencia, aunque el TEDH no se entrometió en determinar de qué manera debería o podría la autoridad nacional haber dado acceso a sus decisiones, sentenció de manera clara que la negativa absoluta de permitir acceso a sus decisiones fue desproporcionada⁶⁵ y debido a que esa decisión dependió totalmente de

61 STEDH *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafos 33 y 34.

62 STEDH *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 34. Véase, por ejemplo, STEDH *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017, párrafo 128; STEDH *Shapovalov c. Ukraine*, de 31 de julio de 2012, párrafo 68; STEDH *Dammann c. Suiza*, 25 April 2006, párrafo 52; STEDH *Sunday Times c. Reino Unido* (n o 2), 26 de noviembre de 1991, párrafo 51.

63 STEDH *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 44.

64 STEDH *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 46.

65 En contra de esta valoración se pronuncia en un voto particular disidente el juez Møse.

ella y que además ostentaba el *monopolio* informativo respecto de sus decisiones, hizo imposible que la ONG demandante pudiera llevar a cabo su actividad investigadora.⁶⁶ Por todo ello, el TEDH concluyó que la injerencia en el art. 10 CEDH de la demandante no fue necesaria en una sociedad democrática.

En *Roşiianu c. Rumania*, de 24 de febrero de 2014, la Sección Tercera del TEDH conoció de la demanda planteada por una periodista rumana que realizó varias solicitudes de información pública al alcalde de Baia Mare, donde presentaba un programa de televisión sobre la utilización de los fondos públicos por parte del municipio. La información solicitada versaba sobre cuestiones claramente de carácter público como los viajes del alcalde y de los funcionarios del ayuntamiento, los contratos de publicidad del consistorio, los gastos en organizar festivales públicos, los costes de mantenimiento de los vehículos oficiales, la retribución del alcalde por ser miembro de empresas dependientes del ayuntamiento... etc. Ante la presentación de una información incompleta y la condena por parte de las autoridades judiciales, el alcalde no ejecutó las decisiones judiciales.

El TEDH entendió vulnerado el art. 10 CEDH debido a que la actitud del alcalde no facilitó la información pública solicitada por un miembro de la prensa, colectivo cuyo principal cometido es generar debate público. Por ello, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, no se puede permitir que las restricciones arbitrarias puedan transformarse en una forma de censura indirecta al impedir la recopilación de información.⁶⁷

En *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, la Sra. Guseva, miembro de una ONG centrada en el cuidado de los animales, demandó al alcalde de su ciudad por no dar cumplimiento a tres decisiones judiciales que le daban la razón a demandas de suministro de información sobre campañas de cuidado de animales en esa ciudad y contribuir al debate público sobre la protección de los animales. La primera solicitud trataba de información sobre animales abandonados en la ciudad; la segunda requería información estadística de 2001 y 2002 de un refugio de animales municipal; y la tercera, información relativa al procedimiento de contratación pública que había sido organizada por el alcalde con el fin de reducir el número de perros callejeros.

En esta sentencia el TEDH partió de que la solicitud de la demandante entraba dentro del ámbito del art. 10 CEDH, destacando la labor de las ONGs para generar debate público, la necesidad de proteger su labor como a la prensa, y reconociendo que la tarea de reunir información para aportarlo al debate público es una parte inherente del derecho a la libertad de expresión. Por tanto, la negativa de facilitar información constituyó una injerencia al derecho a difundir información de la demandante. La cuestión particular de este caso es que la demandante de información no es la ONG defensora de los animales, sino la Sra. Guseva a título individual.⁶⁸ Sin embargo, esto no supuso ningún problema para el TEDH, con lo que dio un paso más en el proceso de extender el art. 10 CEDH desde los informantes profesionales, a las sociedades no gubernamentales y a las personas particulares. El TEDH finalmente decretó la vulneración del derecho fundamental⁶⁹

66 STEDH *Österreichische Vereinigung c. Austria*, párrafo 47.

67 STEDH *Roşiianu c. Rumania*, párrafos 61-68.

68 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015, párrafo 55.

69 Con dos votos disidentes en contra de los magistrados Mahoney y Wojtyczek que se inclinaban por la línea jurisprudencial mantenida en los casos *Leander, Gaskin, Guerra y Roche*.

pues además de que el alcalde, que tenía toda la información requerida, se negó obstinadamente a cumplir las sentencias judiciales, la legislación nacional no determinaba el periodo de tiempo en el que se tenía que dar cumplimiento a las decisiones judiciales.⁷⁰

Esta serie de decisiones en las que puede apreciarse claramente el carácter instrumental del derecho de acceso a la información para hacer efectivo el derecho de información de los demandantes, fue sintetizada y aclarada por la Gran Sala en la importantísima STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016. La ONG Magyar Helsinki Bizottság (Comité Húngaro Helsinki) cuyo cometido es vigilar la implementación de los estándares de derechos humanos fijados en instrumentos internacionales en Hungría, llevó a cabo una serie de proyectos para estudiar, entre otras cosas, el sistema para el nombramiento *ex officio* de abogados defensores en casos penales. Con la finalidad de sugerir un procedimiento automatizado que solucionara algunos de los problemas detectados en el nombramiento de abogados defensores que realizaba la misma policía húngara, como falta de transparencia, independencia y la consecuente falta de confianza por parte de los acusados en el procedimiento, la ONG solicitó a 28 departamentos de policía de 7 regiones el nombre de los abogados de oficio y sus asignaciones a casos, con el objetivo de «demostrar si existían discrepancias en la práctica de los departamentos de policía al designar abogados defensores de las listas proporcionadas por los colegios de abogados.» La ONG realizó esta petición, bajo la Ley de Datos húngara de 1992, considerando que el número de nombramientos de abogados defensores era de interés público y, por tanto, los nombres de los abogados defensores eran datos sujetos a divulgación en interés público. La mayoría de los departamentos de policía facilitaron los datos pero dos concretamente se negaron alegando que los nombres de los abogados defensores no formaban parte de un órgano estatal y por tanto sus datos eran privados, quejándose además de la «carga desproporcionada» de trabajo que supondría cumplir con esa solicitud. Tras una sentencia favorable en primera instancia, el tribunal de apelaciones y el Tribunal Supremo húngaro consideraron que los abogados defensores no ejercitaban ninguna labor pública, por lo que bajo la Ley de Datos húngara los nombres y el número de nombramientos de los abogados eran datos personales y no existía un deber de entregarse. La ONG acudió al TEDH considerando que la negativa al acceso a la información pública por parte de los departamentos de la policía suponía una vulneración del art. 10 CEDH.

La importancia de esta STEDH radica en que la Gran Sala se centró en resolver definitivamente la debatida y controvertida cuestión de fondo que subyacía en todos los casos explicados anteriormente, esto es, si el art. 10 CEDH puede ser interpretado de un modo que garantice a la demandante ONG un derecho de acceso a la información en posesión de las autoridades públicas⁷¹.

El TEDH pretendió clarificar los principios ya existentes o considerados por él mismo como «clásicos» presentes en su jurisprudencia sobre el derecho o de acceso a la información pública. En este sentido, el TEDH continuó considerando, en primer lugar, que el derecho a la libertad de recibir información básicamente prohíbe que un gobierno

70 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015, párrafos 57-60.

71 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 71.

restrinja o limite que una persona reciba información de otras que deseen o quieran dársela»; en segundo lugar, que el derecho a recibir información no puede interpretarse como una obligación positiva del Estado de recopilar y difundir información de oficio»; y en tercer lugar, que el art. 10 CEDH no confiere a la persona un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga al Gobierno a transmitir dicha información a la persona.

Sin embargo, dicho derecho u obligación puede surgir en dos circunstancias: en primer lugar, cuando la divulgación de la información ha sido impuesta por una orden judicial que ha adquirido fuerza legal (que no es un problema en el presente caso)⁷²; y, en segundo lugar, en circunstancias en que el acceso a la información sea *instrumental* para el ejercicio individual de su derecho a la libertad de expresión, en particular «la libertad de recibir y difundir información» y su negativa constituya una injerencia en ese derecho⁷³.

En definitiva, el TEDH consideró que la información solicitada era sin duda de carácter público y relevante, y necesaria para completar el proyecto sobre el funcionamiento del plan de defensores públicos con el fin de contribuir a la discusión sobre un tema de interés público. Al denegarle el acceso a la información solicitada, que estaba lista y disponible, las autoridades nacionales menoscabaron el ejercicio por parte de la ONG solicitante de su libertad de recibir y difundir información, de una manera que afectaba a la esencia de sus derechos en virtud del artículo 10. Por lo tanto, el TEDH sentenció que la negativa de los departamentos de policía supuso una interferencia, no justificada ni necesaria en una sociedad democrática a los derechos reconocidos en el art. 10.1 CEDH. El TEDH insistió mucho en el carácter instrumental con el que la ONG demandaba su tutela, afirmando que «El Tribunal está convencido de que la ONG solicitante deseaba ejercer el derecho a difundir información sobre un asunto de interés público y buscó acceso a la información con ese fin.» Por ello, la información era necesaria para el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. De esta manera, el TEDH, a través de una decisión de Gran Sala, cristalizó los principales criterios que ya había utilizado en otras decisiones anteriores para determinar, caso a caso y bajo las circunstancias particulares, «si y en qué medida la denegación de acceso a la información constituye una interferencia con los derechos de libertad de expresión del solicitante», definiendo de esta manera el ámbito de este derecho. Estos criterios que el TEDH señaló, y a los que se hará referencia con más detenimiento más adelante son, en primer lugar, el propósito de la información solicitada, en segundo lugar, la naturaleza de la información buscada, en tercer lugar, el papel del demandante de la información, y en cuarto lugar la disponibilidad de la información solicitada⁷⁴.

72 El TEDH ha tenido siempre en cuenta la existencia del derecho al acceso a la información pública en la legislación y realidad judicial nacional para el reconocimiento de dicho derecho en el ámbito del art. 10 CEDH. Véase, por ejemplo, la decisión de Gran Sala *Gillberg c. Suecia*, de 3 de abril de 2012 en la que el Tribunal de Estrasburgo argumentó que un derecho a recibir información reconocido en el Estado de origen podría hacer surgir un derecho amparado en el art. 10 CEDH (párrafo 93). Este es un caso peculiar, en el que el TEDH sustancia si la negativa de un médico pediatra a difundir información de expedientes e información de estudios e investigaciones médicas propiedad de la Universidad conculca sus derechos del art. 8 CEDH y 10 CEDH. El TEDH acabó sentenciando que tales derechos no son de aplicación a ese caso.

73 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 156.

74 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafos 177, 172 y 175, 156 y 158-170, respectivamente.

4. Próximo reto: ¿el reconocimiento del derecho de acceso como componente instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 6.1 CEDH)?

Para poder abordar en esta cuestión, es imprescindible afirmar previamente que el TEDH no solo ha reconocido en varias ocasiones que el derecho a la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH constituye un derecho civil a los efectos del art. 6.1 CEDH⁷⁵, sino que lo ha afirmado del derecho de acceso en términos categóricos: «el Tribunal considera que el derecho de acceso a documentos particulares, que entran dentro de la libertad de expresión del demandante, es un «derecho civil» para los efectos del art. 6.1 de la Convención.»⁷⁶

Dicho esto, en nuestra opinión, y con base en la jurisprudencia del TEDH, el derecho de acceso a la información puede constituir también una herramienta imprescindible para un derecho de la trascendencia de la tutela judicial efectiva, en sus diferentes contenidos. No obstante, el TEDH no ha solido tratar estos dos derechos de manera conjunta de manera clara⁷⁷, aunque recientemente la Gran Sala ha dictado una decisión interesante sobre la revelación o no de pruebas clasificadas como secreto.

En la sentencia de Gran Sala *Regner c. República Checa* de 19 de septiembre de 2017 el demandante, un alto funcionario del Gobierno checo que llegó a ser Vice ministro de Defensa fue privado de su «autorización de seguridad» sin obtener una explicación satisfactoria. Tras impugnar la decisión, en los procedimientos administrativos y judiciales los servicios de seguridad checos aportaron un resumen de informes y pruebas que aconsejaban la revocación de su autorización, pero al contener información clasificada no pudo acceder a los mismos, ni por tanto, defenderse de lo que pudieran afirmar en su contra. Es decir, el demandante no pudo acceder a pruebas decisivas aportadas por la otra parte por estar clasificadas como confidenciales, ni en vía administrativa ni en vía judicial. Los tribunales nacionales solo consultaron los resúmenes de los informes, pero no los originales. El Sr. Regner consideró que sufrió indefensión, ya que las decisiones se basaban en esos informes, y denunció una vulneración a su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 6.1 CEDH, concretamente el principio de igualdad de armas). La Gran Sala del TEDH no consideró la vulneración pretendida por el demandante (10 votos a favor y 7 en contra), basándose en que el principio de igualdad de armas no es absoluto, pudiendo matizarse en ocasiones, como por ejemplo en presencia de intereses nacionales superiores. El TEDH reiteró que el derecho a revelar las pruebas no es un derecho absoluto pero que solo medidas que no restringieran la verdadera esencia de los derechos de una de las partes sería permitido bajo el art. 6.1 CEDH, por lo que «cualquier dificultad que se le ocasiona a la parte demandante por una limitación de sus derechos debe ser suficientemente contrarrestada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales.»⁷⁸ Consideró que la clasificación de los documentos no se había realizado por motivos arbitrarios

75 Véase, por ejemplo, *Kenedi c. Hungría*, párrafo 33.

76 Véase, por todas, la STEDH *Shapovalov c. Ucrania*, de 31 de julio de 2012, párrafo 49

77 Por ejemplo, en *Kenedi c. Hungría*, la violación del art. 6.1 CEDH fue reconocida porque las autoridades húngaras tardaron muchísimo tiempo en ejecutar las sentencias que le reconocía el derecho a acceder a unos documentos; en STEDH *Sdružžení Jihočeské Matky c. República Checa* dejó la cuestión de la tutela judicial efectiva abierta para los tribunales nacionales.

78 STEDH *Regner c. República Checa*, párrafos 146-149.

y que los tribunales nacionales habían dado razones fundamentadas para apoyar la revocación de la autorización de seguridad del demandante. Los votos discordantes con la decisión mayoritaria implicaba el reconocimiento de la importancia del acceso a información en posesión de autoridades estatales, aunque no enfocaron su argumentación desde ese punto de vista de manera explícita. El voto particular de los magistrados Raimondi, Sicilianos, Spano, Ravarani y Vilanova consideraron la violación del art. 6.1 CEDH porque el no acceso a los informes impidió tener una defensa adecuada al demandante, al estimar que lo contenido en los informes de la inteligencia hubiera sido comprobado lo suficiente como para que fuera una verdad indubitada. Tampoco creyeron adecuado el rol que adoptaron los tribunales nacionales, como defensores del demandante, sustituyendo a su defensa. El magistrado Sajó fue más vehemente en su crítica al voto mayoritario, puntualizando que también el art. 8 CEDH estaba afectado en este caso, afirmando que «Cuando las personas acusadas de delitos civiles o penales puedan ser ignoradas por completo sobre la base de los cargos en su contra, y cuando las autoridades de seguridad nacional puedan tomar decisiones sin razones y justificación adecuadas ante los tribunales nacionales, los ciudadanos no estarán protegidos contra el abuso estatal arbitrario».

El derecho de acceso, por tanto, no fue discutido como tal, pero sin duda era la cuestión esencial para decidir sobre la correcta o desacertada actuación judicial y, por tanto, vulneración del art. 6.1 CEDH.

III. CONTORNOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De la jurisprudencia dictada por el TEDH se pueden ir perfilando ciertos contornos, limitaciones o significados de un derecho instrumental de acceso a la información pública, que conforme a la teoría general de los derechos fundamentales se agruparían en titularidad, objeto y límites del citado derecho.

1. Titularidad del derecho

Partiendo del carácter instrumental que el TEDH ha caracterizado al derecho de acceso a la información, la titularidad de semejante derecho ha de ser definida a través del mismo carácter instrumental, es decir, corresponderá a toda aquella persona que, bajo una serie de circunstancias necesarias, necesite esa información para hacer efectivo su derecho a la libertad de expresión, a la vida privada personal y familiar y, desde nuestro punto de vista, incluso a la tutela judicial efectiva (aunque sobre este derecho el TEDH no se ha pronunciado en esos términos), además de aquellas personas a las que un juez nacional le haya reconocido el derecho de acceso.

Por tanto, respecto del acceso para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión, ha de aclararse si la información buscada es de hecho necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión, «para recibir y difundir información e ideas a otras personas».

El ejemplo paradigmático serían los periodistas o la prensa en general, pues la actividad de investigación y de recabar información es el paso esencialmente prioritario en el

periodismo⁷⁹ y parte protegida e inherente de la libertad de prensa⁸⁰. Generar debate público sigue siendo una parte esencial del trabajo de la prensa y por ello se le debe permitir buscar información con relevancia⁸¹, incluso aunque sean cuestiones clasificadas y susceptibles de no ser filtradas por seguridad nacional⁸². En el trabajo de buscar se incluye estar en los sitios donde se esté desarrollando un acontecimiento de interés público como poder presenciar *in situ* un debate legislativo sin ser expulsados⁸³.

Por otro lado, de manera insistente el TEDH ha reconocido que la función de crear plataformas para el debate público no está limitado a la prensa, mucho menos en la actualidad con la revolución que ha supuesto Internet⁸⁴. Esa función puede ser ejercitada también por las organizaciones no gubernamentales que destinan sus esfuerzos a fomentar un debate público, buscando información, recopilándola y difundiéndola a la sociedad. De esta manera se constituyen cada vez más como un elemento esencial de un debate público informado. Por ello, el TEDH ha aceptado que las organizaciones no gubernamentales, al igual que la prensa, puedan ser caracterizadas como «*social watchdogs*» y, en coherencia, sus actividades merezcan una protección similar bajo el CEDH a las de la prensa. Este paralelismo de aumentar la protección de las ONGs lo estableció el TEDH en primer lugar en *Társaság a Szabadságjogokért*⁸⁵, y la ha mantenido de manera inamovible en decisiones posteriores⁸⁶. En consecuencia, las ONGs cuya labor se centra en fomentar el debate público a través de buscar información y difundirla a la sociedad son titulares del derecho de acceso a la información pública en poder de la autoridades públicas.

Además, el TEDH ha ampliado el supuesto anterior reconociendo la legitimidad activa en la demanda de una activista que no litigaba en nombre de la ONG con fines de interés público a la que pertenecía, sino como persona a título individual⁸⁷. Sin embargo, esto no supuso ningún problema para el TEDH, con lo que dio un paso más en ampliar la legitimidad activa del art. 10 CEDH desde los informantes profesionales a las sociedades no gubernamentales y a las personales particulares. Por tanto, el TEDH extiende esta titularidad a sujetos particulares o individuales⁸⁸ siempre y cuando sus actividades estén

79 «La función vital de los medios de comunicación para facilitar y fomentar el derecho del público a recibir y difundir información e ideas ha sido reiteradamente reconocida por el Tribunal. La prensa no solo tiene la tarea de impartir dicha información e ideas; el público también tiene derecho a recibirlos. Si no fuera así, la prensa no podría desempeñar su papel vital como «vigilante público» STEDH *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finalndia*, de 27 de junio de 2017, párrafo 126.

80 «Está bien establecido que la recopilación de información es un paso preparatorio esencial en el periodismo y una parte inherente y protegida de la libertad de prensa» STEDH *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finalndia*, de 27 de junio de 2017, párrafo 128; STEDH *Shapovalov c. Ucrania*, 31 de julio de 2012, párrafo 68; STEDH *Dammann c. Suiza*, 25 de abril de 2006, párrafo 52.

81 STEDH *Roşianu c. Rumania*, de 24 de febrero de 2014, párrafos 62 y 63; STEDH *Shapovalov c. Ucrania*, de 31 de julio de 2012;

82 STEDH *Gârleanu c. Rumanía*, de 26 de Junio de 2018.

83 STEDH *Selmani y otros c. La Ex República Yugoslava de Macedonia*, de 9 de febrero de 2017.

84 Véase el voto particular de los magistrados Sajó y Vučinić en STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*.

85 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafo 27.

86 STEDH *Österreichische vereinigung... c. Austria*, párrafo 34; STEDH *Animal Defenders International c. Reino Unido*, párrafo 103; STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, párrafo 20; STEDH *Guseva c. Bulgaria*, párrafo 54.

87 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015.

88 En la misma línea que sostiene el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, véase, por ejemplo, *Toktakunov c. Kirgizstan* (Comunicación No. 1470/2006, 28 marzo 2011)

relacionadas con la recopilación legítima de información de interés público con el propósito de contribuir al debate público⁸⁹. La Corte también señalaría que dado el importante papel desempeñado por Internet para mejorar el acceso público a las noticias y facilitar la difusión de información⁹⁰ «la función de los blogueros y los usuarios populares de las redes sociales también puede asimilarse a la de los «vigilantes públicos» en la medida en que se refiere a la protección del Artículo 10.»⁹¹

Por último, y relacionado con la titularidad anterior, el TEDH ha reconocido el papel importante de aquellas personas que contribuyen al conocimiento y debate público, desarrollando actividades de investigación al solicitar acceso a fuentes originales históricas y publicando el fruto de esas investigaciones. En este contexto, el TEDH ha entendido que este acceso constituye un elemento esencial del derecho a la libertad de expresión del demandante,⁹² reitera que un alto nivel de protección también se extiende a los investigadores académicos⁹³ e incluso autores de literatura sobre asuntos de interés público⁹⁴.

Para terminar, aunque no podemos extendernos sobre este tema, al explicar la titularidad desde la teoría de los derechos también habría que hacer mención a los obligados por esos derechos. En el caso del derecho de acceso dentro de la libertad de expresión, el TEDH ha afirmado que existen obligaciones positivas para el Estado, prohibiendo a los Estados parte establecer impedimentos o crear problemas por parte de las autoridades públicas para acceder a la información de interés público, pues podría desanimar a aquellos que pretendan contribuir al debate público, dejando de jugar su esencial rol de «*public watchdogs*»; del mismo modo, su habilidad para conseguir información exacta y fiable podría verse afectada. Por todo ello, el TEDH es constante en sentenciar que se pone en riesgo el derecho a difundir información de la parte demandante, máxime si ya ha habido decisiones de las autoridades nacionales reconociendo ese derecho de acceso⁹⁵.

El TEDH, además, impone a las autoridades públicas adoptar un escrutinio más cuidadoso con las decisiones negativas a conceder acceso a la información cuando de esas medidas pueda deducir un efecto disuasorio en la participación en el debate público sobre asuntos de temática pública⁹⁶. Este escrutinio se debe extremar también cuando la información solicitada la ostente solamente un órgano público concreto, es decir, cuando ese órgano ostente el monopolio sobre esa información.⁹⁷

El TEDH ha prestado mucha atención a las circunstancias concretas del caso al determinar la violación de un derecho de la CEDH por negar el acceso a una información.

89 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015, párrafo 55.

90 Véase SETDH *Delfi AS v. Estonia*, párrafo 133.

91 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 168.

92 Véase, por ejemplo, STEDH *Kenedi c. Hungría*, 26 de mayo de 2009, párrafo 43.

93 Véanse, por ejemplo, STEDH *Başkaya y Okçuoğlu c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, párrafos 61-67; STEDH *Kenedi c. Hungría*, párrafo 42 y STEDH *Gillberg c. Suecia*, párrafo 93.

94 STEDH *Chauvy y otros c. Francia*, párrafo 68; SEDH *Lindon, Otchakotsky-Laurens y Julio c. Francia*, 22 de octubre de 2007.

95 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015; STEDH *Kenedi c. Hungría*, 26 de mayo de 2009; STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio de 2013.

96 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril de 2009, párrafo 26; STEDH *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 25 de junio de 1992, párrafo 63; STEDH *Jersild v. Denmark*, 23 de septiembre de 1994, párrafo 35; STEDH *Bladet Tromsø and Stensaas c. Noruega*, 20 de mayo de 1999, párrafo 64.

97 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril de 2009; STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015.

Por ejemplo, no es lo mismo la solicitud de planos sobre una central nuclear⁹⁸, que medidas de seguridad para la población circundante de una planta química⁹⁹ que expedientes secretos sobre información personal¹⁰⁰, o archivos en los que una persona sale pero no es el objeto en concreto o principal de los mismos¹⁰¹. Además, el derecho de acceso debería apuntarse más si cabe en aquellos países que han sufrido dictaduras soviéticas y tienen una inercia muy difícil de vencer por parte de las autoridades públicas para conceder acceso de información pública, principalmente respecto de aquella información que se utilizaba para reprimir a los ciudadanos.¹⁰²

Respecto de la vida privada personal o familiar el titular vendría definido por el interés personal que pudiera ostentar, esto es, las que ostenten un interés personal sobre la misma, demandando información que pueda afectar de manera perjudicial a aspectos vitales en caso de negativa.

En el caso de *Guerra y otros c. Italia*, la demanda de información era relevante para evaluar y evitar un riesgo para su salud e incluso para su vida. En los casos de *Roche c. Reino Unido* y *Ginley y Egan c. Reino Unido*, lo reclamado era información relativa a su salud para tomar posteriores medidas legales. De la misma manera, pero sobre cuestiones no tan relacionadas con la integridad física, en *Leander c. Suecia* y en *Gaskin c. Reino Unido* eran particulares que solicitaban información sobre un expediente secreto elaborado sobre su persona y expedientes con información sobre su vida pasada.

2. Objeto del derecho

De manera general podría afirmarse que el objeto del derecho de acceso lo constituiría la información solicitada que debe ostentar un carácter público, noticiable o relevante para generar opinión pública o debate en la sociedad, o conseguir alguna de las finalidades de los derechos reconocidos en el art. 10.1 CEDH; o relevante para la vida privada personal o familiar de quien la solicita conforme al art. 8 CEDH.

En este sentido, podrían apuntarse tres características, las dos primeras imprescindibles.

La primera característica hace referencia a que, partiendo de los casos ya resueltos¹⁰³, el TEDH considera que la información, datos o documentos cuyo acceso se solicita, debe reunir un test de *interés público*, con el fin de generar una necesidad de divulgación en virtud

98 STEDH *Sdruženi Jibočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio de 2006 (decisión).

99 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

100 STEDH *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

101 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

102 Voto particular del magistrado Sajó en STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio de 2013.

103 El Tribunal determinó previamente que la denegación de acceso a la información constituía una interferencia con el derecho de los solicitantes de recibir e impartir información en situaciones donde los datos buscados eran «información objetiva sobre el uso de medidas de vigilancia electrónica» (véase STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, párrafo 24), «información sobre una queja constitucional» y «sobre un asunto de importancia pública» (véase STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, párrafos 37-38), «fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima» (véase STEDH *Kenedi c. Hungría*, párrafo 43), y las decisiones relativas a las comisiones de transacción de bienes inmuebles (véase STEDH *Österreichische Vereinigung... c. Austria*, párrafo 42), otorgando gran importancia a la presencia de categorías particulares de información que se consideran de interés público.

del CEDH. Concretamente el TEDH considera que «Tal necesidad puede existir cuando, entre otras cosas, la divulgación proporciona transparencia sobre la manera de conducir los asuntos públicos y sobre asuntos de interés para la sociedad como un todo y de ese modo permite la participación en la gobernanza pública por parte del público en general»¹⁰⁴. Más concretamente, el TEDH ha subrayado que la definición de lo que podría consistir una materia de interés público dependerá de las circunstancias de cada caso. «El interés público se relaciona con asuntos que afectan al público de tal manera que puede legítimamente interesarse por ellos, que atraen su atención o que le preocupan en gran medida, especialmente porque afectan el bienestar de los ciudadanos o la ciudadanía o vida de la comunidad. Este es también el caso con respecto a asuntos que pueden suscitar una controversia considerable, que se refieren a un problema social importante, o que involucran un problema que al público le interesa tener informado», pero por supuesto el interés público no puede reducirse a la sed pública de información sobre la vida privada de otros, o al deseo de una audiencia de sensacionalismo o incluso *voyeurismo*¹⁰⁵.

La segunda característica hace referencia a que la información debe estar en posesión de un organismo público, constituyendo una especificidad respecto del objeto del derecho a la libertad de expresión que podría estar también en posesión de sujetos particulares.

De la jurisprudencia analizada, los órganos pertenecientes al poder ejecutivo son los que reciben más solicitudes de información. El gobierno central es el órgano estatal que más veces ha recibido demandas por no entregar la información solicitada¹⁰⁶, ya fuera diferentes Ministerios como el de Interior¹⁰⁷, Defensa¹⁰⁸, Salud y Medioambiente¹⁰⁹, Servicios de Inteligencia¹¹⁰ o Departamentos de Seguridad Social¹¹¹. Sin embargo, también otros niveles administrativos han recibido demandas, como los pertenecientes a la administración regional¹¹² y a la local¹¹³. También los órganos judiciales son susceptibles de recibir solicitudes de acceso a la información en su poder, como sucedió en *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría* con el Tribunal Constitucional húngaro.¹¹⁴

Por último, la tercera característica, no obligatoria en este caso, haría referencia a que la autoridad pública a la que se solicite la información la ostente en régimen de monopolio, es decir, es el único organismo que tiene esa información, no se puede conseguir por ningún otro cauce o acudiendo a otras autoridades. En este caso, el TEDH impone que el escrutinio a la negativa a conceder esa información se debe extremar¹¹⁵.

104 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 161.

105 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafo 162.

106 STEDH *Leander c. Suecia*, 26 de marzo de 1987.

107 STEDH *Kenedi c. Hungary*, 26 de mayo de 2009.

108 STEDH *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005.

109 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998; STEDH *Sdružení Jihoběžské Matky c. República Checa*, de 19 de julio de 2006 (decisión).

110 STEDH *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, 25 de junio de 2013.

111 STEDH *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero de 2000.

112 STEDH *Österreichische vereinigung ... c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013.

113 STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015; STEDH *Roşianu c. Rumania*, de 24 de febrero de 2014; STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

114 Aunque no son órganos judiciales, tomaban decisiones en procesos contenciosos las comisiones regionales en STEDH *Österreichische vereinigung ... c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013.

115 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril de 2009; STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015.

3. Límites del derecho

Teniendo en cuenta que no es necesario justificar un interés personal para solicitar una información pública¹¹⁶, por lo que no puede constituir una limitación, hay dos límites específicos¹¹⁷ importantes a este derecho de acceso a la información pública visibles en la jurisprudencia del TEDH.

El primero ya se ha señalado insistentemente a lo largo de estas páginas. No existe una obligación positiva de los Estados de facilitar información en su poder. El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado de manera taxativa y constante respecto del art. 10 CEDH.¹¹⁸ Es interesante señalar la peculiaridad que supone en esta línea el caso *Österreichische vereinigung ... c. Austria*. Como ya se ha expuesto, la autoridad regional no había publicado nunca ninguna decisión sobre los pleitos contenciosos que resolvía, y solo ella tenía esa información. Esta falta de publicación fue la razón aducida por el organismo para no facilitar la información solicitada. El TEDH reprochó que la falta absoluta de publicidad de las decisiones de la autoridad nacional fuera una de las razones por las que no concediera acceso a la información solicitada, y al estimarlo de su única responsabilidad, sentenció la vulneración del art. 10 CEDH. No impuso una obligación positiva de publicar, y el TEDH se abstuvo explícitamente de decir cómo y cuánto debería haberse publicado para no haber considerado no vulnerado el derecho de acceso a la información pública. Pero quedó implícito en la sentencia que la autoridad tirolesa debería publicar de manera periódica algún tipo de información sobre sus decisiones. Respecto del art. 8 CEDH, como ya se ha apuntado en páginas anteriores, en la primera etapa jurisprudencial el Tribunal de Estrasburgo señaló la obligación positiva del Estado en ciertos casos, como por ejemplo, de prever procedimientos de acceso a la información solicitada¹¹⁹ efectivos y accesibles¹²⁰, o de tomar las medidas suficientes para informar a la ciudadanía¹²¹.

En segundo lugar, el TEDH afirma que la solicitud de acceso ha de realizarse sobre un documento o serie de documentos determinados y concretos, no toda la documentación indiscriminada en un período de tiempo¹²². Si la documentación que se solicita está

116 En la línea también del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, véase *Toktakunov c. Kirgizstan* (Comunicación No. 1470/2006, 28 marzo 2011)

117 Además de los generales señalados en los arts. 10.2 CEDH y 8.2 CEDH y los que puedan constituir otros derechos fundamentales como la protección de datos (art. 8.1 CEDH).

118 Se ha alegado muy a menudo que el art. 10 CEDH está redactado en términos negativos, garantizando el derecho a «recibir y difundir informaciones e ideas sin interferencias por las autoridades públicas». Este tenor negativo impediría la interpretación de la posible imposición de obligaciones positivas para los Estados para garantizar el acceso a su propia información. Sin embargo, esta expresión en negativo no ha impedido al TEDH establecer obligaciones positivas en otros contextos del derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, en *Ozgur Gundem v. Turkey*, 16 de marzo de 2000, párrafos 44-45, el TEDH mantuvo que el fallo de las autoridades turcas en tomar medidas para proteger un periódico de ataques de personas privadas, que silenciaron efectivamente la publicación, supusieron una violación del art. 10 CEDH. En consecuencia, se podría argumentar que la obligación del Estado de difundir información en su poder que sea de dominio público sea al menos tan obligatorio como el requisito de que el Estado cese o castigue las interferencias privadas con el libre flujo de información. El rechazo del Estado a proporcionar acceso podría suponer una interferencia con el libre flujo de información pública, una esfera que claramente incluye datos en posesión del Estado a nombre y en beneficio de la ciudadanía.

119 STEDH *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

120 STEDH *Rocbe c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005.

121 STEDH *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998.

122 STEDH *Österreichische vereinigung ... c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013.

elaborada, esto es, no requiere ningún esfuerzo o trabajo adicional del órgano requerido, es un elemento más para que el TEDH aprecie que debería concederse el acceso a la información¹²³, o por el contrario rechazarse¹²⁴. Es decir, el TEDH opina que el hecho de que la información objeto de la solicitud está lista y disponible debería constituir un criterio importante en la evaluación general de si la negativa a proporcionar la información puede considerarse como una «interferencia» con la libertad de «recibir y difundir información» como está protegido por esa disposición.»¹²⁵

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras el estudio de la jurisprudencia del TEDH en materia del derecho de acceso a la información pública, el balance arroja luces, sobras y penumbras. Las luces corresponden a la elaboración jurisprudencial del derecho en el ámbito del art. 10.1 CEDH, culminado por la STEDH de *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*. Las penumbras corresponden al desarrollo en materia de derecho a la vida privada y familiar, pues ha sido eclipsado casi completamente por el derecho a la libertad de expresión. Las sombras corresponden, por un lado, al conformismo o falta de audacia del TEDH de limitar el derecho de acceso a la información pública como meramente instrumental; por otro lado, a la falta de desarrollo de este derecho en el ámbito del art. 6.1 CEDH en materia principalmente de acceso a pruebas confidenciales en países con regímenes recientemente totalitarios. El carácter instrumental de este derecho no es malo por sí mismo, al contrario, su reconocimiento explícito es muy positivo. Sin embargo, con este reconocimiento da la sensación de que el TEDH ha llegado al límite en el reconocimiento de un derecho tan poliédrico como esencial en las democracias actuales, un reconocimiento que le queda aún mucho desarrollo, tanto como se demandan fórmulas participativas por parte de la ciudadanía. Sin información no se forjan actitudes críticas; sin actitudes críticas no se demanda más información para embridar al poder público. Con poderes públicos sin ser sometidos a una efectiva rendición de cuentas, tanto institucional como ciudadana, es cuestión de tiempo que la calidad democrática languidezca y la desafección ciudadana crezca. En un sistema tan complejo y delicado, en el que los Estados suelen adoptar posturas cicateras, el TEDH ha de ejercer un papel protagonista y llevar la iniciativa como tantas veces ha hecho en el desarrollo y garantía de otros derechos fundamentales.

TITLE: The right of Access to public information in the ECtHR case law: an instrumental right essential for the effectiveness of the European Convention from the general theory of rights

ABSTRACT: The debate on the recognition of the right of access to public information in the ECHR has dealt mainly with art. 10 ECHR. This has been reinforced by the last ECtHR ruling Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016) that has been declared in the case law of the ECtHR since 2006, but highlighting its instrumental nature. However, this

123 STEDH *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, 14 de abril de 2009; STEDH *Guseva c. Bulgaria*, 17 de febrero de 2015; STEDH *Roşianu c. Rumania*, de 24 de febrero de 2014.

124 Véase, STEDH *Bubon c. Rusia*, 7 de febrero de 2017, párrafo 40.

125 STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, párrafos 169 y 170.

approach covers only one part, the main one, of the scope that protects the right of access to public information. Without paying attention to other rights pointed out in the ECHR jurisprudence through which access to public information has become effective, such as art. 8 ECHR and art. 6.1 ECHR, also instrumentally, the definition of this important right would be unfinished. Therefore, through the general theory of fundamental rights, the constitutive elements of a fundamental right without explicit recognition in the text of the ECHR but very present in the jurisprudence of the ECHR are reconstructed.

RESUMEN: *El debate en torno al reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en el CEDH ha girado principalmente en torno al art. 10 CEDH. Esta postura se ha visto reforzada con la última sentencia de la Gran Sala Magyar Helsinki Bizottsag c. Hungría (2016) que ha dado carta de naturaleza al mencionado derecho descrito a pinceladas en la jurisprudencia del TEDH más o menos constante desde el 2006, pero destacando el carácter instrumental del mismo. No obstante, este enfoque abarca solo una parte, la principal sin duda, del ámbito que protege el derecho de acceso a la información pública. Sin prestar atención a otros derechos apuntados en la jurisprudencia del TEDH a través de los cuales se ha hecho efectivo el acceso a la información pública, como el art. 8 CEDH y el art. 6.1 CEDH, también de manera instrumental, la definición de este importante derecho estaría inacabada. Por ello, a través de la teoría general de derechos fundamentales, se reconstruyen los elementos configuradores de un derecho fundamental sin reconocimiento explícito en el texto del CEDH pero muy presente en la jurisprudencia del TEDH.*

KEY WORDS: *Right of access to information; freedom of expression; right to private and family life; European Convention of Human Rights; European Court of Human Rights.*

PALABRAS CLAVE: *derecho de acceso a la información; libertad de expresión; derecho a la vida privada y familiar; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

DE LO SUBJETIVO A LO OBJETIVO EN LA JURISPRUDENCIA CONVENCIONAL, EN DOS EJEMPLOS

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

*Catedrático (A) de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO

I. Consideraciones introductorias. II. De la enfatización subjetivista a la objetivada contextualización de la tutela de la invocada libertad religiosa en el (inclusivo) sistema escolar... III. ...y a la acentuada salvaguarda de la convivencia en los espacios públicos, a la luz de la doctrina *S.A.S. c. Francia*. IV. Una consideración final, a modo de conclusión.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El espacio ius fundamental europeo se gesta, en el tracto de la evolutiva integración del CEDH, en una densa tarea de interpretación de sus cláusulas sustantivas, al efecto de comprender novedosos desafíos y realidades cambiantes, mediante una paulatina ampliación de sus márgenes conceptuales y mediante la inferencia de una ínsita faceta procedimental, en textos de inalterado tenor que, de no integrarse evolutivamente, habrían decaído en su aplicación al interno de unos sistemas constitucionales en los que el desarrollo y regulación de derechos y libertades cumple, en primer término, al legislador.

Y en ello estriba, y en eso se traduce, la caracterización ya recurrente de los estándares convencionales como derecho viviente, como referencia expresiva de su actualizada decantación jurisprudencial¹.

1 En palabras (traducidas para la ocasión) de Zagrebelsky: «La Corte (europea de derechos humanos) practica una interpretación y una aplicación del Convenio (CEDH), que ella misma define como dinámica y evolutiva. Se está —prosigue diciendo— en presencia de un ejemplo claro de la función creativa de la interpretación judicial», *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, en *Il Foro italiano*, 7-8, V, 2012.

A propósito de la categoría, en una comprensiva perspectiva de los ordenamientos constitucionales europeos e iberoamericanos de tradición jurídica continental, cf., por otros, Cavino (ed.), *Esperienza di diritto vivente. La*

En la Europa de entre siglos, al reforzamiento de esta línea operativa de acompañada vivificación del CEDH se habría venido a sumar una adicional dimensión completiva de tutela. En tanto que, a la declaración de las medidas puntuales o singulares relativas a los diversos casos enjuiciados, se suma la adopción ocasional de medidas generales, de alcance reparador-preventivo, mediante la conocida técnica de los casos piloto (asuntos en los que, mediante el enjuiciamiento de una de muchas manifestaciones, se declara la salida a una falencia estructural o sistémica, de recurrente ineficacia o carencia de remedios de tutela; de modo que, sobre el reconocimiento de la vulneración de una determinada cláusula convencional, el TEDH se erige en garante de la convencionalidad de los poderes públicos estatales, incluido el legislador)².

La enfatización de las cláusulas del CEDH que resulta de esta extensiva praxis de la jurisdicción convencional cohabita con una praxis de contención que, mediante retorno al comodín de la cláusula de subsidiariedad refleja en el «margen de apreciación nacional», se mueve del énfasis subjetivista de la tutela convencional, particularmente evidente en casos de salvaguarda de la faceta negativa de la libertad de religión y de la cláusula de inmunidad de coacción, a la consideración objetivada de los marcos y espacios de confluencia (mediante una mirada novedosa, que no nueva, porque en esa línea, se había pronunciado reiteradamente la antigua Comisión, *ComEDH*, a lo largo de cuatro décadas de funcionamiento del sistema convencional de tutela, antes de dejar paso al nuevo sistema de TEDH permanente), al efecto de asegurar que los ámbitos nacionales de aplicación se mantienen como espacios comprensivos, aunque restrictos, no excluyentes, del sustrato comunitario/acervo constitucional que, desde su entrada en vigor, el *CEDH* contribuye a sustentar.

Pues bien, en lo que sigue, se va a tratar de esto último, poniendo el foco en dos casos; relativo, el uno, a la controvertida exigencia de inclusión educativa en el reglamentado espacio de la enseñanza escolar (II), y a propósito, el otro caso, de la tajante salvaguarda de la neutralidad de espacios públicos en los que se desenvuelve la convivencia social, mediante una previsión legislativa excluyente, de prohibición general (excepción hecha del entorno de los templos religiosos, según se ha de ver), de la presencia de personas portando vestimenta que tenga el efecto de simular y ocultar el rostro a los demás (III). Tras la consideración de esos dos referentes del apuntado tránsito, desde un enfatizado subjetivismo hacia la contextualizada objetivación de la prestación de tutela convencional, sería ya momento de formular alguna consideración final, a modo de conclusión (IV).

giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo, vol. I, Giuffrè, 2009 y Bruno/Cavino (eds.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Giuffrè, 2011.

² Y, no sin matices, aun el propio procedimiento de reforma (simplificada) de la Constitución; cf., a propósito de la pretendida contravención de convencionalidad de una reforma constitucional suiza que se consideraba lesiva de garantías convencionales, la elusiva remisión *ad casum* de la controvertida sentencia del TEDH, de 29 de noviembre de 2009, que, a propósito del encaje convencional de la previsión, previo referéndum *ad hoc*, de una regla constitucional del siguiente tenor: «La construcción de minaretes está prohibida» (artículo 72.3 CH), elude la cuestión en virtud de una restricta interpretación de la noción de «víctima» como requisito de legitimación, apuntando a la potencial interpretación constitucional de conformidad con el CEDH, por parte de la jurisdicción del Tribunal Supremo suizo (cf., a propósito, las dudas expuestas, en la doble perspectiva constitucional e ius internacional, por PETERS, *El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes* (trad. F. Reviriego), en TRC 25, 2010, pp. 429-438).

II. DE LA ENFATIZACIÓN SUBJETIVISTA A LA OBJETIVADA CONTEXTUALIZACIÓN DE TUTELA DE LA INVOCADA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL (INCLUYENTE) SISTEMA ESCOLAR...

1. Consideraciones preliminares

Al hablar de enseñanza y de educación en relación con el Estado constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, se impone recordar que se habla de la transmisión de conocimientos y de valores comunes y relativos a la convivencia democrática. Y que, en ese marco de aprendizaje, se contribuye a la gestación de autonomía personal sin perjuicio de una faceta cívica sin la que resultaría inviable la convivencia entre los diversos. Recuérdese, en este punto, la expresiva imagen de la oferta de una dieta moral en la escuela, de bajas calorías identitarias, como vía de gestación más segura de una moral, integrada de razón pública, modulando la concurrencia en el aula de morales privadas fuertes, al servicio del asentamiento de un espacio firme para la convivencia³.

La invocación a propósito de cláusulas convencionales, directamente o bien mediante su invocación conjunta con previsiones constitucionales (tales como la del artículo 27. 3 CE, aplicables a la luz de los estándares convencionales sentados al interpretar el contenido y alcance de la cláusula convencional del artículo 2, segunda frase, del Protocolo Adicional al CEDH), se habría de cohonestar, en todo caso, con el reconocimiento del derecho de todos, incluidas personas de origen extranjero (aun en situación irregular⁴), a una «educación integral», en el sentido que resulta del estándar convencional sentado al interpretar el sentido y alcance del artículo 2, primera frase, del referido Protocolo Adicional; en línea, por lo demás, de la consensuada expresión del común referente convencional⁵.

La «moral privada» que justifique una pretensión de objeción o excusa de seguimiento de unos determinados contenidos o materias curriculares en el sistema público de

3 A propósito de la jurisprudencia convencional, con referencias adicionales, *López Castillo*, Derecho a la educación en el artículo 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH, en Monereo Atienza / Monereo Pérez (coords.), La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa, Comares, Granada, 2017; y, respecto de la jurisprudencia constitucional española, cf. *López Castillo*, Artículo 27 (1-9) CE, en Rodríguez-Piñero / Casas (dirs.), Comentarios a la Constitución española, XL aniversario, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

4 Se ha de tener presente, si al ordenamiento constitucional español se mira, que la «educación en valores» bien puede contribuir a la configuración de una cierta «moral pública», en virtud del artículo 27.2 CE (interpretado a la luz, por ejemplo, del artículo 29.1 del Convenio internacional sobre los derechos del niño) que, sin adoctrinamientos, ni dogmatismos, sin verdades ni credos oficiales, asegura un suelo firme a la convivencia. Hablar de «moral pública» en oposición a pretensiones de tutela judicial efectiva sustentadas en la invocación de firmes y serios mandatos de conciencia, en el Estado constitucional de Derecho y de derechos, es hablar de un elemento integrante de la cláusula constitucional (y convencional) del orden público protegido por la ley, como expresamente dice el artículo 16.1, *in fine*, CE. Lo que no se ha de confundir necesariamente con un título de limitación de las diversas manifestaciones de la «moral privada».

5 Cf. Resolución 2163, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, de 27 de abril de 2017, relativa a la protección de los derechos de los padres e hijos pertenecientes a minorías religiosas; y, asimismo, Recomendación 2101, 2017, al efecto de que el Comité de ministros la transmita a los gobiernos de los Estados miembros y desarrolle directrices sobre cómo proceder para una razonable acomodación entre la salvaguarda de profundas creencias morales o religiosas individuales y el aseguramiento del respeto de los derechos de otros (y, como presupuesto, doc. 14260, de 31 de enero de 2017, ponente *Valeriu Ghiletschi*, del grupo del partido popular europeo).

enseñanza podría modular la discrecionalidad política de las autoridades responsables de la elaboración del currículo y puede cuestionar, de modo casuístico, su modo de impartición. Pues, esa especie de «moral pública» que anida en el atributo «integral» del sustantivo educación (o enseñanza, instrucción), sin sustituir ni desplazar la «moral privada», podría contribuir a limitar su puesta en práctica mediante el pretendido ejercicio de una determinada conducta al amparo de un derecho fundamental (como el derecho a que los hijos no reciban educación en disconformidad con sus convicciones), a condición de asegurar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley, lo que no sería practicable sin un preciso escrutinio de los posibles efectos derivados de la injerencia que se cuestione, mediante la estricta interpretación de los criterios integrantes del principio de proporcionalidad.

Todo ello, atendiendo a la incontestable reacción social que la creciente heterogeneidad de las sociedades contemporáneas genera, en espacios de confluencia marcados por la desconfianza alimentada por episodios expresivos de un terrorismo de matriz ideológico-religiosa, que encierra un cierto potencial de mediata descomposición, si no de inmediata fractura, de la convivencia.

Pues bien, a esa mutación ambiental no parece del todo ajena la evolutiva traslación del foco en la jurisprudencia (constitucional y) convencional, de lo individual a lo social, de la centralidad de la dimensión negativa del ejercicio del derecho de libertad (ideológica y religiosa, en particular, en su proyección al ámbito de la enseñanza), que caracteriza la aproximación jurisprudencial en los años ochenta y noventa del pasado siglo, al énfasis en la objetivación de sus posibles efectos dañinos sobre la convivencia, que pareciera marcar, ya netamente, algunos pronunciamientos más recientes.

Un cambio semejante de enfoque —y no solo a propósito de las cláusulas ideológico-educativas— invita, al margen de su valoración crítica desde una estricta perspectiva ius fundamental, a la reflexión acerca de la reconsideración del sentido y alcance convencional (en tanto que elemento estructural a ese sistema de tutela de derechos y libertades en el marco de sociedades democráticas) del principio de subsidiariedad⁶ y de su instrumental directriz de reconocimiento del margen discrecional de actuación de los Estados parte del CEDH⁷.

La cuestión es que, en su evolutiva formulación, bien puede tomarse como punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH la reconsideración del estricto reconocimiento de la dimensión negativa de la libertad invocada frente a la presencia del crucifijo en la escuela italiana dando paso, en virtud de una comprensiva objetivación del supuesto en el marco de reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad en la materia. En

⁶ Subsidiariedad que deviene tanto más intensa, si del ya referido derecho educativo de los padres se trata, como bien ilustran los debates que están en el origen de su articulación convencional. Pues, a la presupuesta discrecionalidad estatal en la materia, ex artículo 2, primera frase, del Protocolo Adicional, se suma una remanente libertad de las familias, ex artículo 2, segunda frase, del Protocolo Adic, que bien pudo haberse subrayado si, contra lo que fuera finalmente el caso, ello se hubiese establecido mediante un inédito párrafo tercero del vigente artículo 12 CEDH; cf., a propósito, *mi* contribución («Derecho a la educación, en el artículo 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH»), en Monereo Atienza / Monereo Pérez, 2017.

⁷ A propósito de esta auténtica directriz hermenéutica cf., por otros, *García Roca*, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; BJORGE, Domestic Application of the ECHR: The Courts as Faithful Trustees, OUP, Oxford, 2015.

este sentido, salvado el límite del adoctrinamiento, nada en la Convención obstaría el hecho de que, como expresivo trasunto de la comunidad de tradición (cultural antes que cultural), un símbolo tal pudiera cohonestarse con las exigencias ius fundamentales y una exigencia de neutralidad, respecto de la que sigue abierto el debate en Italia y, por extensión, en el espacio europeo.

De este modo, en el contexto de un inusitado debate procesal, sin práctica solución de continuidad, de la lectura subjetivista de la sentencia *Lautsi I*, de 3 de noviembre de 2009, se pasaría ya a la objetivada contextualización de las pretensiones, mediante la sentencia de Gran Sala, *Lautsi II*, de 18 de marzo de 2011. Pues, como expresamente se afirma en su párrafo 73: «El Tribunal observa que en su sentencia de 3 de noviembre de 2009, la sala (...) sostuvo la tesis según la cual la exposición de crucifijos en las aulas, tuvo un impacto notable sobre el segundo y tercer demandante, de once y trece años en la época de los hechos. Según la sala, en el contexto de la educación pública, el crucifijo, que es imposible dejar de remarcar en las aulas, se percibe necesariamente como parte integrante del medio escolar y puede ser considerado por lo tanto como un « signo exterior fuerte » en el sentido de la mencionada decisión *Dablab* (ver los párrafos 54 y 55 de la sentencia). La Gran Sala no comparte esta postura. Estima que en este caso no puede basarse en dicha decisión al ser las circunstancias de ambos asuntos completamente diferentes. Recuerda que el asunto *Dablab* se refería a la prohibición realizada a una profesora de llevar el velo islámico en el marco de su actividad de enseñanza, prohibición motivada por la necesidad de preservar los sentimientos religiosos de los alumnos y sus padres y de aplicar el principio de neutralidad confesional de la escuela consagrado en derecho interno. Tras haber puesto de relieve que las autoridades habían sopesado debidamente los intereses en causa, el Tribunal decidió, en particular a la vista de la escasa edad de los niños a cargo de la demandante, que dichas autoridades no habían sobrepasado su margen de apreciación»⁸.

8 Y, en lo siguiente, se añade: «Por otro lado, los efectos de la visibilidad creciente que la presencia de crucifijos otorga al cristianismo en el espacio escolar merecen ser incluso más relativizados en vista de los siguientes elementos. Por una parte, esta presencia no se asocia a la enseñanza obligatoria del cristianismo (ver los elementos de derecho comparado expuestos en la sentencia *Zengin*, § 33). Por otra parte, según las indicaciones del Gobierno, Italia abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones. El Gobierno indica especialmente que no está prohibido que los alumnos lleven el velo islámico y otros símbolos y vestimentas con connotación religiosa y que se prevén arreglos para facilitar la conciliación de la escolarización y de prácticas religiosas no mayoritarias, el comienzo y el fin del Ramadán «se festejan a menudo» en las escuelas y en los establecimientos se puede adoptar una enseñanza religiosa facultativa para «todas las confesiones religiosas reconocidas» (párrafo 39). Además, nada indica que las autoridades se muestren intolerantes respecto a los alumnos adeptos a otras religiones, no creyentes o poseedores de convicciones filosóficas no relacionadas con religión alguna. Además, los demandantes no pretenden que la presencia del crucifijo en las aulas les incitara al desarrollo de prácticas de enseñanza que presentaran una connotación proselitista, ni sostienen que el segundo y tercero de los mismos se encontraran confrontados a un profesor que, en el ejercicio de sus funciones, se hubiera apoyado tendenciosamente en esta presencia» (párrafo 74). «Finalmente, el Tribunal observa que la demandante conservó enteramente su derecho, en su cualidad de progenitora, de esclarecer y aconsejar a sus hijos, de ejercer con ellos sus funciones naturales de educadora y de orientarlos en una dirección, conforme a sus propias convicciones filosóficas (ver, especialmente, las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* y *Valsamis*, §§ 54 y 31, respectivamente)» (párrafo 75). «De lo anterior se deduce que al decidir mantener el crucifijo en las aulas de la escuela pública frecuentada por los hijos de la demandante, las autoridades actuaron en los límites del margen de apreciación del que dispone el Estado demandado en el marco de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en el terreno de la educación y la enseñanza, el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas» (párrafo 76). «El Tribunal deduce que no ha habido violación del artículo 2 del Protocolo n.º

En consecuencia con esa especie de ajuste consecuencialista, bien puede decirse que «en la jurisprudencia más reciente del TEDH no faltan los casos en los que, no sin controversia, se aprecia la postergación del subjetivismo anterior, mediante una especie de objetivación de las expectativas de tutela convencional, que, de no acreditarse su compatibilidad con el principio democrático... no se considerarían ya suficientes al efecto de declarar un incumplimiento de la correspondiente garantía del CEDH», de modo que «sobre la posible invocación de la cláusula de abuso de derecho, ocasionalmente aplicada, en relación con supuestos de pretendida subversión de los sistemas constitucionales de los Estados parte del CEDH⁽⁹⁾, en la jurisprudencia constitucional se avanza en la sistemática y extensiva interpretación de las cláusulas de limitación de las garantías y derechos convencionales, mediante una casuística integración, comprensiva de elementos subjetivos y objetivos, en concurso, de la cláusula convencional de orden público»¹⁰.

2. Un repaso contextualizado de *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*: ¿un asunto como otro cualquiera?

Sabido es que, mediante sentencia de 10 de enero de 2017, la tercera sección del TEDH, presidida por Luis López Guerra, con base en su tradicional interpretación integrada de la comprensiva cláusula ius educativa del artículo 2 del Protocolo Adicional (*PrAdic*), ha dictado sentencia, en resolución de la demanda n.º 29086/12, as. *Osmanoglu y Kocabas/Suiza*, declarando conforme al CEDH la cuestionada negativa de las autoridades escolares del Cantón de Basilea-Ciudad a eximir de la obligatoriedad de asistencia a clases de natación de dos hijas de ciudadanos suizos en posesión, asimismo, de su nacionalidad turca de origen.

Lo relevante del caso no está tanto en el expreso reconocimiento de un amplio margen de apreciación nacional, al pronunciarse acerca de la queja relativa a la imposición de cursos mixtos de natación a las dos hijas mayores de los recurrentes, como en la extensiva interpretación de la exigencia, cuya desatención sería objeto de sanción, por un total de 1400 francos suizos (algo menos, entonces, de 1300 euros); por lo demás, no obstante la falta de un compromiso convencional específico, puesto que Suiza no se había obligado expresamente con respecto al derecho reconocido en el ya referido artículo 2 *PrAdic*, los recurrentes pudieron plantear sus quejas, en vía interna y ante el TEDH, al amparo de la

1 respecto a la demandante. Considera además que no se plantea ninguna cuestión distinta en el terreno del artículo 9 del Convenio» (párrafo 77). «El Tribunal considera que, leída como debe ser a la luz del artículo 9 del Convenio y de la segunda frase del artículo 2 del protocolo n.º 1, la primera frase de esta disposición, garantiza a los alumnos un derecho a la instrucción en el respeto de su derecho a creer o no creer. Concibe en consecuencia que los alumnos partidarios de la laicidad vean en la presencia de crucifijos en las aulas de la escuela pública en la que están escolarizados un incumplimiento a los derechos que les confieren estas disposiciones. Sin embargo, estima que, por las razones indicadas en el marco del examen del caso de la demandante, no ha habido violación del artículo 2 del protocolo n.º 1 respecto al segundo y tercer demandante. Considera además que no se plantea ninguna cuestión distinta en el terreno del artículo 9 del Convenio» (párrafo 78).

9 A propósito de esto, se remite aquí a *mi* contribución (España siglo xxi: ¿Desunión y/o Unión Europea? Trazas y manchado del boceto de un cuadro de situación), al libro homenaje al profesor J. J. Solozábal, CEPC/FGA, Madrid (*en prensa*).

10 Con esos entrecomillados términos se concluye *mi* contribución (La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE), en AFDUAM 22, 2018, pp. 131-169 (166-7).

genérica cláusula de libertad religiosa, *ex* artículo 9 CEDH, sin que el país denunciado adujese oposición procesal alguna.

En consecuencia, la falta de invocación de la *lex specialis* (artículo 2 *PrAdic*) no dificultó el enjuiciamiento convencional de una demanda en la que realmente se trataba de reafirmar el derecho de los padres (de origen turco) a objetar el seguimiento obligatorio de clases mixtas de natación por parte de dos de sus hijas (siendo que la normativa suiza de aplicación establecía la separación por sexos en esas clases, a partir de los doce años, y estando claro que en la invocada prescripción coránica ello no se ordenaba necesariamente antes de la pubertad).

La decisión recurrida ante el TEDH es una sentencia del TS de Suiza, de 7 de marzo de 2012, 2C_666/2011, que se inspiraría en una decisión de principio, de 24 de octubre de 2008, 135 I 79, mediante la cual se pasaba de poner el énfasis en la libertad individual a favorecer el interés público de promoción de la integración del extranjero¹¹.

Recuérdese que, en su repaso al derecho comparado, la Sala del TEDH menciona resoluciones jurisdiccionales dictadas en otros dos Estados vecinos, Alemania y Liechtenstein. Pues bien, siendo de interés, esa complementaria referencia comparativa de la Sala produce cierta insatisfacción.

Pues, obviamente, no es lo mismo remitir a una decisión conciliadora de los intereses de la parte recurrente y del interés público, mediante equilibrada composición, en la que el elemento principal resulta ser la función integrativa de un sistema escolar que, en un espacio de neutralidad, pretende promover la confluencia y contraste de sendas ideas y creencias, culturas y costumbres, de los escolares (cf. sentencia del Tribunal federal de lo contencioso-administrativo), que invocar una sentencia, como la dictada por el *Staatsgerichtshof* de *Liechtenstein*, con fecha de 29 de octubre de 2012, a propósito de una semejante pretensión de excusar la asistencia a clases obligatorias de natación. Lo peculiar de ese fallo micro estatal no está tanto en la aceptación de la pretensión objetora de los padres de dos niñas y un niño (acordando admitir la excusa, sin perjuicio de la exigencia escolar a los padres de una acreditación de asistencia de los niños a clases externas de natación, y devolviendo los autos a la inferior instancia jurisdiccional), como en el razonamiento que la sostiene.

Y ese es —en síntesis— que, dado que no se trataba de musulmanes, el supremo interés público de integración de los extranjeros habría estado ausente en el caso. Un caso en el que —se enfatizaría— a diferencia de lo que, como doctrina general, se sentara en la sentencia del TS de Suiza, de 24 de octubre de 2008, que se toma como referente, se habría tratado de personas integradas, de esa sociedad (recuérdese, por lo demás, que los recurrentes del caso referido en el texto sumaban a la nacionalidad turca su condición de ciudadanos suizos) y que, en atención a su pertenencia a la llamada iglesia católica del Palmar, de no atenderse a su imperativo religioso, podrían resultar excomulgadas.

Pues bien, en la secuencia argumental de la Sala se advierte, en lo sustancial, un doble modo de razonar.

11 Cf., en esa misma línea, a propósito de alumna de credo chiita, de 14 años, enfatizando los elementos de acomodo a la pretensión que supondrían el hecho de poder vestirse con traje de baño conforme a sus creencias, de poder ducharse de modo independiente y de no tratarse de clases mixtas, restando importancia al hecho de que el enseñante no fuese mujer (sentencia TS de Suiza, de 11 de abril de 2013, 2C_ 1079/2012).

De un lado, se cuentan las consideraciones del TEDH, en el marco del presupuesto margen de apreciación nacional, a propósito de la específica función de integración social que compete a la escuela, en donde a la transmisión de contenidos se sumaría un entorno de confluencia (eso que se viene a denominar «condiciones externas» de la enseñanza), y acerca de una línea de acomodo, que se opone al rechazo del compromiso paterno de que las hijas aprendieran a nadar siguiendo cursos privados, que se traduce en la oferta de acceso a duchas y vestuarios separados y al posible porte de un traje de baño homologado al efecto de observar sus creencias religiosas, el denominado «*burkini*»).

De otro lado, el TEDH se adentra en consideraciones relativas a datos numéricos y apreciaciones de corte sociológico, traídas al debate procesal por el Gobierno suizo; así, en particular, una alusión al aumento del número de extranjeros y al potencial incremento de pretensiones de objeción que ello podría traer consigo y, a mayor abundamiento, una ponderación del sesgo cambiante de la opinión pública ante esta deriva, como en una especie de registro de lectura de la temperatura de un termómetro ambiental.

Ni que decir tiene, la dificultad que resulta de asumir semejante sociologismo, al efecto de justificar una injerencia estatal en un espacio ius fundamental de autodeterminación, personal o, por extensión, familiar, en atención a la posición prevalente del objetivo de exitosa integración social. Si esa focalización de la cuestión de la objeción a las clases de natación, a la luz del dato sociológico y de la atmósfera ambiental, deja entrever una posible deriva en la consideración de unos u otros supuestos, según que el elemento de extranjería se halle más o menos presente, es cuestión sobre la que reflexionar. Pues, en buena técnica de interpretación ius fundamental, ese tipo de consideraciones acaso pudiera tacharse de técnica o criterio desalentador. Y, como es notorio, el efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, ha sido otras veces determinante al efecto de declarar un incumplimiento estatal de las obligaciones convencionales (así, por ejemplo, como en otras resoluciones, en *Folgero*).

Que el legislador encuentre unos u otros compromisos, en atención a las mayorías sociales, es una cosa, y la invocación del estado de una determinada cuestión en la sociedad, por aproximación discursiva, es otra cosa, ya distinta; por más que la jurisprudencia de entre siglos se mueva en un sentido unidireccional, poniendo los énfasis ya no tanto en el reconocimiento de las libertades y derechos constitucionales y convencionales frente a cualesquiera afectaciones posibles de su dimensión negativa, como en la deferente tolerancia de lo diferente por las mayorías culturales y culturales.

Se advierte, en efecto, una tendencia jurisprudencial a la deferencia convencional con la discrecionalidad del legislador estatal, y su consecuente aplicación por parte de las autoridades nacionales, en detrimento de aquella otra línea de jurisprudencia, de marcado acento subjetivista, en la que esa dimensión negativa o espacio de inmunidad de coacción de la libertad o derecho convencional parecía primar.

En lo sucesivo, una deriva semejante podría llevar a velar, de enfatizarse la insistencia en la perspectiva objetivada de la realización de los derechos en consonancia con las exigencias mayoritarias de articulación de la convivencia e insistiendo en la aplicación de las cláusulas limitativas —no tanto en relación con los propios derechos invocados, como a la luz de una cláusula de abuso de derecho—, una constitutiva dimensión subjetiva sin la que el sistema convencional de garantías no se podría entender.

III. ...Y A LA ACENTUADA SALVAGUARDA DE LA CONVIVENCIA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS, A LA LUZ DE LA DOCTRINA S.A.S. C. FRANCIA

1. Consideraciones generales, a propósito de la prevención normativa ante manifestaciones de «trasplante» cultural/cultural

Mediante sentencia de 1 de julio de 2014¹², el TEDH (salvada la discrepancia de dos de las integrantes de la Gran Sala, mediante voto particular¹³) ha declarado la no incompatibilidad con los artículos 8, 9, 10 y 14 del CEDH de la genérica prohibición, mediante ley (n.º 2010-1192, de 11 de octubre), de simulación del rostro en lugares públicos (artículo 1: «Nadie puede portar, en el espacio público, una vestimenta destinada a disimular su rostro»)¹⁴.

La norma (que parecía responder a la inquietud por la reciente aparición del llamado velo integral en el territorio nacional, inicialmente plasmada en un informe, con recomendaciones —la primera de las cuales era someter a votación una resolución reafirmando los valores republicanos y condenando como contraria a esos valores la práctica de porte del velo integral—, elaborado a instancia de la conferencia de presidentes de la Asamblea Nacional por representantes de los diversos partidos), entraría en vigor a partir del día once de abril de 2011¹⁵, abriendo una senda, de inmediato transitada por la ley belga de 1 de junio siguiente, cuya interdicción de portar vestimenta que disimulase el rostro en el espacio público, atendidos los objetivos que decía perseguir el legislador (la seguridad pública, la igualdad entre hombre y mujer y una cierta concepción de la «convivencia» en la sociedad), se tendría por expresión de una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática, mediante sentencia del TC de Bélgica, de 6 de diciembre de 2012¹⁶; y, en lo sucesivo, no sin modulaciones de fondo y forma, ha podido tener un

12 Que resuelve el asunto *S.A.S. c. France*, demanda n.º 43835/11.

13 Las discrepantes, *Nussberger y Jäderblom*, habrían estimado desproporcionada una previsión normativa que, en su opinión, se habría debido considerar vulneradora de los artículos 8 y 9 CEDH.

14 Respecto de la interdicción, cuyo desconocimiento queda sujeto a sanción (multas o/y seguimiento de cursos de ciudadanía y, en caso de haber sido ello consecuencia de actos de imposición, prisión de uno o dos años y multa de treinta o sesenta mil euros para los responsables, según que se proyecte ello a personas mayores de edad o a menores, *ex* artículos 3 y 4, que modificara el Código penal, respectivamente), *ex* artículo 2, se precisa el ámbito de aplicación espacial (vías públicas y lugares abiertos al público afectados a un servicio público) y se delimita su alcance material mediante una pormenorizada referencia de los supuestos excluidos (si se tratase de vestimenta prescrita o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias, si estuviera justificada por razones de salud, o motivos profesionales, o se inscribiese en el marco de prácticas deportivas, festivas o de manifestaciones artísticas o tradicionales).

A propósito del detalle, cf. Circular del primer ministro, de 2 de marzo de 2011, reproducida en su literalidad, en el apartado C. de los antecedentes, y circulares de 11 y 31 de marzo de ese mismo año, de los ministerios de justicia e interior (*ivi*, apartado D, párrafos 32 y 33, respectivamente).

15 Mediante *Décision* n.º 2010-613, de 7 de octubre, el Consejo Constitucional francés, partiendo, así como de la tercera entrada del Preámbulo de la Constitución de 1946, de los artículos 4, 5 y 10 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, considera que el legislador habría alcanzado a conciliar la salvaguarda del orden público y la garantía de los derechos fundamentales objeto de protección constitucional, mediante una tarea de compleción y generalización de las reglas que hasta entonces se habían reservado a situaciones puntuales al efecto de salvaguarda del orden público, que (hecha la salvedad de una restricción de acceso y salida de los lugares de culto que, de mantenerse, resultaría lesiva del artículo 10 de la Declaración de 1789) se considera que no contrarían la Constitución.

16 Cf. la referencia a propósito en los antecedentes (*En Fait*, IV. A. párrafos 41 y 42) de la sentencia S.A.S. c. Francia cit. (cf., a. e., *Ruet*, 2014; y, en la doctrina española, entre otros, *Olmedo*, 2014, *Gajardo*, 2015, *Camarero/Zamora*, 2015).

relativo influjo, como elemento referente de contraste, en el desenvolvimiento de los debates públicos, a propósito, abiertos en otros Estados europeos, desde los Países Bajos¹⁷, a los casos de Austria o Alemania, o Dinamarca, entre otros¹⁸.

En los Países Bajos, de inicio a fin se ha transitado —dicho sea, a título jocoso— a caballo del (imprevisto) camino español¹⁹ y de la senda marcada por el republicanismo francés. En realidad, la iniciativa neerlandesa de negar el acceso público a personas que portasen velo integral viene de 2007. Y, al modo de ensayo y error, con variantes de flexibilización, desde la sola referencia inicial al burka, a la propuesta de restricta prohibición en los espacios escolares, volviendo luego al punto de partida, diríase a la francesa. Pero lo cierto es que a la previsión de sanciones penales a quienes pretendiesen portar en lugares públicos, fuera de los templos, vestidos que ocultasen el rostro por completo o dejando a la vista solo los ojos, se vino a oponer, mediante dictamen de 28 de noviembre de 2011, publicado el seis de febrero de 2012, el Consejo de Estado. El rechazo de aquella pretendida regulación general, por entender que ni respondía a necesidad social imperiosa alguna, ni era necesaria en una sociedad democrática.

Pese a todo, y no sin una relativa división en la sociedad, el resultado de todos esos debates ha sido la previsión, ya al inicio del verano de 2018, de una regulación de parcial prohibición, por la que se niega el acceso con el rostro cubierto a los transportes públicos, y hospitales, escuelas o edificios gubernamentales; lo que, dicho de otro modo, puede

Posteriormente, mediante sentencias del TEDH, de 11 de julio de 2017, dictadas en sendos asuntos *Belcacemi y Oussar c. Bélgica* y *Dakir c. Bélgica*, con base en la doctrina sentada en el asunto *S.A.S. c. Francia*, se reitera que una regulación como la establecida mediante ley de 1 de junio de 2011 (y otras disposiciones adoptadas por algunos municipios) pueden tenerse por proporcionadas a los efectos de salvaguarda de la convivencia y pueden pasar por necesarias en una sociedad democrática

17 Cfr. Ley de parcial prohibición de la ropa que cubre el rostro (*Wet gedeeltelijk Verbod gezichts gezichtsbedekkende Kleding*).

18 En Dinamarca, mediante ley, de 31 de mayo (en vigor desde el día uno de agosto) de 2018, en línea con el antecedente galo, se articula un régimen general de prohibición de presencia de trajes que oculten el rostro en los espacios públicos. Por lo demás, en esa línea, se ha movido también el ordenamiento constitucional de Bulgaria. En el caso de Alemania, mediante ley se ha establecido una regulación condicionada y restricta, de modo que se excluye esa opción personal en la policía, al tiempo que se establece la obligación de identificación en lugares y espacios públicos, incluida la deambulación por las calles, a requerimiento de la policía (de modo restricto al ámbito la función pública, se pretende reafirmar así, en Alemania, la neutralidad del Estado y de sus servidores públicos, salvaguardando la exigencia constitucional de prestación de lealtad al Estado por parte de sus funcionarios, *ex* artículo 33 LFB; de otra parte, aunque ya en un plano federado, se ha de mencionar, en este punto, la alternativa previsión de un específico régimen de total prohibición (a la francesa), en Baviera. Por lo demás, como tradicional espacio de debate a escala y en escalón, en un doble plano federado y federal, bien puede resultar de interés el estado de la cuestión en Suiza (desde las regulaciones previas en algunos cantones al debate federal pendiente de consulta referendaria, una vez alcanzado el límite de las cien mil firmas, en el año en curso).

19 Si bien en España no se ha regulado mediante la ley esta cuestión (dada la práctica cesura en Senado y Congreso de los Diputados), se recordará que mediante sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2013 (dictada en casación de una previa sentencia del TSJ de Cataluña en la que la controvertida regulación municipal se había considerado compatible con las exigencias necesarias en una sociedad democrática) se acordaría la anulación de algunas previsiones de la ordenanza municipal de civismo y convivencia del Ayuntamiento de Lleida y otras previsiones reglamentarias relativas al acceso a archivos y locales municipales, en la medida en que, tratándose de injerencias sobre una conducta (la de portar el llamado velo integral) expresiva de libertad religiosa (preciso es retener, en este punto, que la restricción se hacía extensiva a otras prendas no connotadas religiosamente, como los pasa montañas, los cascos integrales o cualesquiera otros vestidos y accesorios que impidiesen o restringiesen la identificación y una comunicación visual), por su rango infra legal, esas regulaciones municipales tendrían vedada una regulación restrictiva semejante (otro juicio le merece, en cambio, esa restrictiva previsión reglamentaria en lo que se aplica al acceso al transporte público); a propósito de la cuestión, en perspectiva comparatista, *cf.* *Alaez*, 2011; *Roca*, 2017.

decirse afirmando que, a diferencia del referente galo, mediante el compromiso holandés no se excluye la libertad de deambular por las calles con trajes que oculten o dificulten la visión del rostro.

2. De la restricta modalización a una genérica regla general de prohibición

A la altura de 2018, es bien notorio que la sentencia *S.A.S. c. Francia* ha supuesto un punto de inflexión, por lo que al debate europeo acerca de la regulación de prohibiciones de acceso a lugares públicos se refiere.

En un doble sentido, político y jurídico, y tanto en el plano regional europeo, como en el de los diversos ordenamientos nacionales, dicho sea esto, aquí, al margen de su respectivo estado de la cuestión.

Sobre el detalle de unas y otras previsiones, y sin perjuicio de la diversa respuesta ante ese (relativamente modesto) fenómeno ideológico-religioso, en el tracto que va de la primera a la segunda sentencia del TEDH dictada a propósito de recursos interpuestos contra una genérica prohibición (legislativa) de acceso a lugares públicos de personas con vestimenta de carácter (no solo) religioso que dificulte u obste por completo la visión del rostro de su portador/a, acaso pueda seguir considerándose como un ámbito falto de consenso, pero de otro modo.

Pues, sobre la consecuente invocación de la subsidiariedad de su jurisdicción a propósito del encaje convencional de regulaciones relativas a cuestiones atinentes al sustrato cultural y cultural de las comunidades nacionales de los Estados parte del CEDH, y la refleja apreciación de la concurrencia de un margen de apreciación nacional, de anchura y extensión inversamente proporcional al grado de precisión de los estándares convencionales sentados por el TEDH, en su sentencia *S.A.S. c. Francia* habría considerado el TEDH como algo legítimo, y acaso necesario, en una sociedad democrática, que el legislador nacional articulase su voluntad política (no ya de modo mayoritario, sino mediante la práctica unanimidad de los representantes en ambas Cámaras). Tomando, así, la decisión de avanzar, desde el tratamiento de la cuestión en la típica perspectiva de aplicación, más o menos rigurosa, de exigencia *ex post* de unas puntuales exigencias de orden público, hacia una regulación legislativa de genérica pretensión preventiva que, en su sintética simplicidad, contiene una reafirmación cultural y cultural de la nación francesa, al efecto de cuya salvaguarda se establece un régimen (penal) de sanciones y se prescribe el seguimiento obligado de un programa de formación cívica al efecto de promover los valores republicanos.

Y ello mediante la novedosa consideración del presupuesto inexcusable de la convivencia que supone, tanto más entre los distintos, que, con ocasión del ejercicio de las propias libertades y derechos (fundamentales), no se obstaculice ni desaliente a los demás en el ejercicio de sus respectivas libertades y derechos (fundamentales).

De ese modo, asumiendo en lo sustancial la justificación aducida por el legislador, legitimada al interno, mediante declaración de su conformidad constitucional, por parte del Consejo constitucional, y sostenida ante el TEDH por el Gobierno, la Gran Sala contribuiría, a su modo, al establecimiento de la aducida conexidad entre esa enfática llamada a la convivencia y una extensiva comprensión de la cláusula de orden público convencional, integrada a partir de una matizada consideración de sus respectivos

términos en los artículos 8 y 9 CEDH, relativos a la intimidad y a la libertad de creencias, que estarían en la base de su decisión mayoritaria.

Pues bien, sobre la inmediata crítica doctrinal opuesta a la interpretación del TEDH, a propósito del reconocimiento de un amplio margen de apreciación nacional —y, en consecuencia, implícita retracción de su jurisdicción de control—, como presupuesto de su comprensiva aceptación del salto cualitativo que va de la regulación, más o menos intensa, de la aplicación casuística de los elementos integrantes de la cláusula de orden público, a la sustentación preventiva en esa misma cláusula de una regulación de alcance excluyente (en la medida en que se veda el acceso a la plaza pública —vale decir— a quienes oculten su rostro, pero no mediante cualesquiera prendas y en cualesquiera situaciones, como bien se colige del objetivo principal del informe que está en el origen de esa genérica prohibición *ex lege*), lo cierto es que, al pronunciarse sobre la cuestión en relación con la regulación belga, habiendo transcurrido solo tres años, la situación ha evolucionado de modo ininterrumpido.

En términos generales, en atención al reconocimiento de la amplitud de la cláusula estructural al sistema convencional, del margen de apreciación nacional, y en relación con la específica cuestión a debate. Pues, desde entonces, es decir, desde aquella inicial regulación nacional, se asiste, en el espacio europeo, así como a la puntual replicación de formulaciones legislativas en línea con esa variante franco-belga (desde hace pocos meses, esa es la situación en Dinamarca, por mencionar otro ejemplo), a la diversa previsión de aplicación a propósito de las exigencias de orden público, incluso con ese mismo carácter preventivo que resulta de una prohibición de acceso, si no extensiva a la deambulación por la plaza pública, aplicable a concretos medios de transporte, edificios y espacios públicos (como exponente de esta otra modalidad de prohibición parcial puede tomarse la reciente legislación de los Países Bajos).

A la altura de 2018, el precautorio estándar sentado por el TEDH en *S.A.S. c. Francia* no solo no se enjuicia ya, sin excepción, del intenso modo crítico en que ello pudo haberse hecho al hilo de la inmediata lectura de la cláusula de convivencia que, prescindiendo del contexto democrático nacional de referencia, podía parecer ajena a la función de salvaguarda de la garantía convencional de inmunidad de coacción de manifestaciones relativas a las creencias, sino que, entre tanto, cuenta con un cierto soporte político y comprensión doctrinal.

Soporte político encuentra esa cláusula jurisprudencial, así como en el respectivo espacio nacional, en el seno del Consejo de Europa (así, en particular, cf. Resolución de la Asamblea parlamentaria, n.º 2076, 2015, *Freedom of Religion and living together in a democratic society*). Y a propósito de la comprensión doctrinal, sin excluir por ello posibles lecturas contradictorias con la noción misma de libertades y derechos fundamentales (así, en particular, la que pretendiese entender esa llamada a la convivencia, como operativo límite al ejercicio de libertades y derechos fundamentales, como una mera variante de imposición a las minorías de la moral mayoritaria, aun si se presentase articulada en forma de ley democrática), no es ya inusitada la propuesta de lecturas comprensivas que, en clave constitucional (es decir, integrando la subjetividad ius fundamental en un marco democrático de intercambio de razones públicas²⁰), enfocan el asunto desde planteamientos éticos de

20 Cf., por otros, RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 3, pp. 765-807, 1997.

responsabilidad y autonomía moral²¹, desde los que entender mejor la limitación democrática del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales²².

IV. UNA CONSIDERACIÓN FINAL, A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien se mira, y de los dos casos tomados en consideración no otra cosa resulta, en la jurisprudencia reciente del TEDH se advierte, en relación con las cuestiones morales abiertas en sociedades de plural confluencia sin perjuicio de sus respectivos acervos culturales/cultuales, un cierto giro republicano, mediante reafirmación de una prístina subsidiariedad de su función jurisdiccional en el marco del CEDH, consecuente con la extensiva invocación del margen de apreciación nacional. Pero ya no en el marco de una lógica constitucional asentada en sociedades relativamente homogéneas, sino en un diverso contexto de heterogeneidad que, si ha de respetar los procesos democráticos de articulación de los respectivos debates morales en el ejercicio de una presueta discrecionalidad reguladora, precisa de una jurisprudencia convencional que se limite «en lo posible» al casuístico establecimiento del mínimo común denominador.

«En lo posible» significa aquí, sobre todo, que la discrecionalidad resultante del amplio margen de decisión nacional no podría llegar, como si de un sistema convencionalmente desatado se tratase, a la mera articulación de regímenes de tolerancia del otro; pues, en el seno de sociedades abiertas, la convivencia social (que como directriz tiene señalado incluso un día internacional, el 16 de noviembre de cada año), es presupuesto de encuentro de identidades sujetas todas ellas a la ley (sujeta, por su parte, a los contenidos esenciales de derechos, limitables, pero irrenunciables e indisponibles a voluntad de terceros, particulares o autoridades).

La dificultad de hacer bueno ese aserto, no estaría tanto en aquellos supuestos en los que (como en *Osmanoglu y Kocabas c. Suiza*) el acomodo es posible, mediante ensayo de conciliación de las exigencias ius fundamentales y de los deberes propios de situaciones de especial sujeción, cual es el caso, en relación con el cumplimiento de un régimen escolar que prima la faceta integrativa de la enseñanza, como en aquellos otros supuestos en los que, en presencia de una regla legal de prohibición de acceso a la vía pública, una persona que porte una determinada vestimenta, al amparo de su intimidad y sus creencias, invoque su libertad de auto determinación personal en pretendida consecuencia con el desenvolvimiento de su propio plan de vida (cual fuera, a su modo, el caso en *S.A.S. c. Francia*).

En una sociedad constitucionalmente bien constituida, de tolerancia no cabría hablar en un sentido vertical, en ninguna dirección, sino solo en un sentido horizontal, entre los sujetos a la ley (común). Y, en particular, al efecto de prevenir brotes de intolerancia, pues —así como en los procesos quirúrgicos, si vale el símil organicista, alude a

21 Cf., por otros, APPIAH, *Ética de la identidad*, Buenos Aires, 2007.

22 En esa línea morigerada de reflexión, mirando a la casuística jurisprudencia del TEDH, se concluye que «en vez de criticar la <convivencia> como un valor arbitrario en el Convenio, es hora ya de imbuir el sistema ius fundamental del Convenio europeo de la interpretación (que sea) más compatible con los valores fundamentales de respeto mutuo e igual protección subyacente a los derechos humanos, a la moralidad política y al CEDH como un todo» (líneas conclusivas de *Trispiotis*, *Two Interpretations of «Living Together» in European Human Rights Law*, in *European Human Rights Law Journal*, 73, 3, 2016 pp. 580-607).

una especie de reactiva respuesta inmunitaria frente a antígenos, propios o extraños—, en situaciones de «trasplante» cultural/cultural, la tolerancia del «cuerpo social» no se mide tanto por el grado de desatención o indiferencia, como por su reactiva respuesta.

Y, en ese sentido, la cuestión se complica en casos de falencia y quiebras de la convivencia que, de no remediarse, puedan llegar a generar desconfianza en la plaza pública de un modo gradual hasta un cierto punto de no retorno; la duda está en saber si, antes de llegar a la hipótesis de ruptura (mediante la articulación política de discursos reaccionarios), cabría o no la adopción de prevenciones, ante comportamientos, actitudes o conductas, a los que se vendría a oponer, si no la intolerancia, sí una «tolerancia cero»; lo que, llevado al asunto S.A.S. sería tanto como preguntarse, si el establecimiento de una obligada exigencia de no deambular en la plaza pública con una vestimenta que oculta el rostro, sancionable en caso de incumplimiento de la prohibición (dado que no alcanza al conjunto de los ciudadanos, sino solo a quienes se comportasen del modo que se excluye o/y prohíbe), en tanto que manifestación *ex lege* de «tolerancia cero», podría considerarse o no compatible con una lectura constitucional de la cláusula de orden público; si, por su faceta de normativa prohibición y sanción de comportamientos, aun fungiendo como norma general de prevención, podría cohonestarse ya con el principio general de libertad que está en la base del constitucionalismo de los derechos, del que la constitutiva regla revolucionaria, según la cual estaría permitido hacer todo aquello que no prohiba el legislador, desde su formulación en el artículo 4 de la Declaración de 1789, hace parte, integrando el acervo propio del constitucionalismo francés.

TITLE: From the subjective to the objective in the conventional jurisprudence, in two examples

ABSTRACT: The recent case law of the European Court of Human Rights shows a certain modulation, from the subjective to the objective, in a context of controversial national reconsideration of the open societies of Europe in crisis. This is what we are dealing with here in the light of two manifestations of conflicts of different sizes and scope; purposefully, one, of the inclusive field of education, and relative, the other, to the regulation of access to public space by means of excluding rules, of general prevention, supposedly instrumental to ensuring the safeguarding of coexistence, of living together.

RESUMEN: En la reciente jurisprudencia del TEDH se advierte una cierta modulación, de lo subjetivo a lo objetivo, en un contexto de controvertida reconsideración nacional de las sociedades abiertas de la Europa en crisis. De ello se trata aquí atendiendo a dos manifestaciones de conflictos de diverso porte y alcance; a propósito, la una, del inclusivo ámbito de la enseñanza, y relativa, la otra, a la regulación de acceso al espacio público mediante reglas excluyentes, de prevención general, pretendidamente instrumentales al aseguramiento de la salvaguarda de la convivencia, de la vida en común.

KEY WORDS: European Court of Human Rights, subjective and objective Protection; inclusive Education; legal Prohibition of face simulation in public Space; general Prevention of public order; safeguarding living together.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tutela subjetiva y objetiva; enseñanza inclusiva; ley de prohibición de simulación del rostro en el espacio público; prevención general del orden público; salvaguarda de la convivencia.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24.08.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

«GOOD TRAINING FOR GOOD JUDGMENTS». EL PROGRAMA HELP (HUMAN RIGHTS EDUCATION FOR LEGAL PROFESSIONALS) DE FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

*Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Profesor Escuela Judicial/Focal Point HELP*

EVA PASTRANA

Directora de HELP

SUMARIO

- I. El marco normativo de la formación en derechos humanos en el Consejo de Europa.
- II. HELP: una red de formación de profesionales jurídicos.
- III. HELP: una metodología específica. El papel de una Tutora HELP.
- IV. Una oferta de cursos de formación en estándares europeos de derechos humanos.
- V. Conclusión.

I. EL MARCO NORMATIVO DE LA FORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE EUROPA

El 12 de mayo de 2004 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprueba su Recomendación (2004)⁴ sobre la Convención Europea de Derechos Humanos en la educación universitaria y en la formación profesional. Previamente diversos textos habían abordado, parcialmente, la cuestión relativa a la formación en derechos humanos en Europa. Entre estos instrumentos de *soft Law* del Consejo de Europa destacan la Resolución (78)⁴¹ sobre la enseñanza de Derechos Humanos; la Resolución (78)⁴⁰ sobre investigación en derechos humanos y la Recomendación (85) 70 sobre enseñanza de los derechos humanos en las escuelas.

En la Rec. (2004)⁴ se apunta ya la importancia que el Consejo de Europa va a conferir a la formación en derechos humanos por dos motivos esenciales que se van a reiterar en todos los documentos posteriores. En primer lugar, la conexión existente entre formación en derechos humanos y el correcto funcionamiento del principio de subsidiariedad. En virtud de este principio, los órganos de garantía de los derechos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no entran en funcionamiento hasta que

no se hayan agotado las instancias internas de protección de los derechos. Es pues a las autoridades nacionales, y muy en particular a las judiciales, a las que corresponde en primer lugar la aplicación y salvaguardia de los derechos de las y los ciudadanos europeos¹. De este modo, la adecuada formación de profesionales en derechos humanos permitiría que estos fueran directamente aplicados en el nivel estatal y no existiera la necesidad de protegerlos en los niveles internacionales.

Con ello se avanzaba en el segundo motivo apuntado en aquel documento: la eficacia preventiva de una buena formación en derechos humanos. Si los derechos son suficientemente conocidos y aplicados en el nivel nacional, la reparación de los mismos se producirá en dicho ámbito territorial y con ello se asegurará su pronta reparación.

Ya en el primer documento en el que seriamente se aborda la cuestión de la formación en materia de derechos humanos subyace un gran principio inspirador de todo el esquema de formación derivado de la actuación del Consejo de Europa. La idea de que un buen funcionamiento de un sistema de derechos se asienta en su correcta defensa y aplicación por parte del juez de primera instancia. De la primera jueza que conoce un caso que suscite una cuestión de derechos. Es este juez quien ha de tutelar correctamente los derechos. Todo lo que venga después de su actuación será una tutela tardía en la que no se habrá evitado la violación del derecho por lo que solo podremos aspirar a su reconocimiento y, en la medida de lo posible, a su reparación. Es por ello que el destinatario de la formación en derechos posiblemente no haya de ser la jueza de una instancia última de decisión nacional, sino más bien las profesionales que componen los estadios inferiores en la aplicación del Derecho.

Por ello se recalca la importancia tanto de la formación universitaria, como profesional en derechos humanos, especialmente en algunos sectores relativos a la aplicación de la ley y a la administración de justicia. En tal sentido una de las recomendaciones del texto se centra en la garantía de la formación universitaria y profesional en materia de derechos humanos de modo que se incorpore como elemento central en cualquier plan de estudios jurídicos y que se convierta en un componente de los programas para el acceso a las distintas profesiones jurídicas, así como a la formación continua prevista para jueces, fiscales y abogadas. De manera complementaria, y veremos más adelante la importancia de este elemento, se apoyan expresamente las iniciativas dirigidas a la formación de profesoras especializadas y formadores en materia de derechos humanos. De este modo debería garantizarse que los profesores de formadores y las propias formadoras en derechos humanos tuvieran el nivel de conocimiento correspondiente a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que además, pudieran satisfacer las necesidades específicas de cada sector profesional objeto de la formación.

Respecto a la primera de las líneas de acción se destacaba la importancia de que la formación universitaria no se hiciera solo desde la perspectiva de los propios derechos en sí mismos, sino que se incorporara como materia horizontal a todas las disciplinas jurídicas. Igualmente se insistía en la promoción de formación de postgrado en materia de derechos humanos.

¹ Para evitar el cansancio para el lector del uso del doble género a lo largo del texto, hemos optado por usar indistintamente ambos géneros en el resto del ensayo.

Resultan mucho más interesantes para estas páginas las consideraciones realizadas en el apéndice de la recomendación respecto a la formación profesional. El punto de partida es claro: un mejor conocimiento de la Convención ayudará a su aplicación en el ámbito interno y con ello se evitarán tanto las violaciones del CEDH, como el planteamiento de demandas manifiestamente infundadas por no cumplir los requisitos de admisibilidad establecidos en el *case law* del TEDH. Por ello, continúa el texto, una formación específica en los estándares de la CEDH debería incorporarse a los programas no solo de las Facultades de Derecho, sino también en los centros de formación de jueces y fiscales. Con respecto a las abogadas, esta formación debería ser suministrada por los colegios de abogados. Se llegaba incluso a recomendar que estas acciones formativas adoptaran una forma de seminarios de dos días.

Sin embargo, todo el documento subraya un elemento básico: es a las autoridades nacionales a quien corresponde establecer sus programas de formación de acuerdo con sus propias situaciones nacionales.

Este punto de partida respecto a la formación en derechos humanos fomentada desde el Consejo de Europa experimentará un cambio importante a partir de la Declaración de Brighton en abril de 2012 que es donde podemos situar un gran impulso para el «re»-nacimiento del programa HELP.

Debe notarse que la declaración de Brighton se emite en el marco de una conferencia de alto nivel en plena crisis del funcionamiento del TEDH como consecuencia de la carga de trabajo del mismo derivada del crecimiento exponencial de las demandas contra los Estados por violación de los derechos reconocidos en el CEDH. Es pues en el marco de las reformas que acabarán originando la aprobación y puesta en marcha de los Protocolos 14 y 15, así como de las reformas en el funcionamiento del Tribunal respecto a la admisión de demandas en el que hay que situar el impulso a la formación en derechos en el marco del Consejo de Europa.

En el texto de la declaración vamos a encontrar un tercer elemento básico que se va a unir a las previas ideas de subsidiariedad y carácter preventivo de la formación en el marco del sistema del Convenio. Este tercer elemento ya estaba incluido en la declaración de Interlaken (19 de febrero de 2010) pero ahora se va a conectar con la formación. Nos referimos a la idea de que el cumplimiento de los estándares exigidos por el CEDH en la protección de derechos ha de ser una *responsabilidad compartida* por el Consejo de Europa y por los Estados miembros.

En tal sentido la lucha contra el crecimiento de la carga de trabajo del TEDH (derivado de las violaciones de derechos pero también de la interposición de demandas manifiestamente infundadas) que es el objetivo esencial de la Conferencia va a incluir una petición expresa a que los Estados adoptaran una medida esencial (apartado vi del párrafo 9.a): proveer la apropiada información y formación sobre el CEDH en el estudio inicial, formación continua y desarrollo profesional de juezas, abogados y fiscales. Este sin duda es el pistoletazo que propulsa el programa HELP.

A partir de tal mandato, en el bienio 2013-2014, se intensificará pues en programa específico del Consejo de Europa dirigido a la creación de un mecanismo capaz de ayudar a los Estados en su labor de formación respecto a los estándares europeos en derechos humanos.

De este modo no es sorprendente que en la Declaración de Bruselas (27 de marzo de 2015) la conferencia pida a los Estados que «mejoren la formación de los jueces, fiscales, abogadas y funcionarias en la Convención y su implementación, incluyendo lo relativo a

la ejecución de sentencias, mediante el aseguramiento de que ello constituye una parte integral de su formación inicial y continua, cuando sea relevante, incluyendo el acceso al programa de Formación en Derechos Humanos para Profesionales Jurídicos (HELP) del Consejo de Europa, así como los programas de formación del Tribunal y sus publicaciones» (Apdo. B1.b del Plan de Acción aprobado en dicha conferencia)

Con todo ello se ha pretendido dar origen a una suerte de círculo virtuoso en el que se pretende reflejar la complementariedad de los instrumentos de defensa de los derechos en el marco del Consejo de Europa establecidos en sus órganos y textos de, por una parte, fijación de estándares y, por la otra, de vigilancia de su implementación. Complementariedad a la que hay de dotar del suficiente impacto en la realidad de la práctica diaria de los Estados. Impacto que solo se puede obtener a través de la cooperación derivada de la formación en los mismos de los profesionales jurídicos.

II. HELP: UNA RED DE FORMACIÓN DE PROFESIONALES JURÍDICOS

Básicamente el programa HELP² es una red de formación especializada en derechos humanos y dirigida a profesionales del Derecho. La red está coordinada por el secretario de HELP encuadrado como una unidad de la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho del Consejo de Europa. La red, además, está formada por las instituciones nacionales de formación de jueces y/o fiscales así como las de abogadas de los 47 Estados miembros del Consejo. En este sentido HELP es una red paneuropea de escuelas de formación profesional en materias vinculadas al Derecho. Para su buen funcionamiento cada institución nacional de formación nombra una persona de contacto permanente: «*info points*» para las instituciones de formación de abogados y «*focal point*» para las de formación de juezas y fiscales. Estas personas constituyen el enlace permanente con la red a la vez que el coordinador de las actividades a nivel nacional. Estos puntos de contacto son, sin duda, la clave del buen (o mal) funcionamiento de la red. Son ellas quienes han de recoger las necesidades de formación, contribuir a elaborar proyectos de acciones formativas, ejecutarlos a nivel nacional o transnacional y, en fin, evaluar su eficacia en la consecución de los objetivos.

En esta red se integran como «partners» otras organizaciones con intereses en la formación jurídica profesional en Europa como pueden ser la Red Europea de Escuelas Judiciales (EJTN) o el Consejo Europeo de Colegios de Abogados (CCBE)³.

Como tal red persigue los siguientes objetivos (aplicables a petición de las instituciones nacionales):

- apoyar el desarrollo y promoción de la formación inicial y continua de los profesionales jurídicos en los estándares europeos en materia de derechos humanos tal y como son interpretados por el TEDH;

² Al programa y a sus recursos se puede acceder a través de su dirección web en : <https://www.coe.int/en/web/help/home>

³ Otros partners son la Asociación Internacional de Jueces; la Federación Europea de Colegios de Abogados (FBE), asociaciones nacionales de Jueces y Fiscales; Asociaciones profesionales de Abogados; redes de asistencia legal y centros especializados en derechos Humanos, el propio TEDH y la fundación Mémoire Albert Cohen.

- compartir las mejores prácticas así como proveer ayuda en la elaboración de planes de estudio, materiales de formación y metodologías docentes para los profesionales jurídicos. En tal sentido corresponde a HELP identificar los temas prioritarios para el desarrollo de nuevos cursos o módulos de formación HELP;
- brindar asesoramiento sobre cómo ayudar a los Estados miembros a mejorar la capacitación de juezas, fiscales y abogadas para aplicar el CEDH a nivel nacional mediante la permanente formación;
- suministrar apoyo para mejorar la capacidad de las abogadas para satisfacer los criterios de admisibilidad de las demandas planteadas ante el TEDH aumentando la calidad de las demandas;
- Proporcionar un amplio conocimiento y uso de los recursos de formación de HELP;
- Promover la coordinación de las iniciativas de formación en derechos humanos dirigidas a los profesionales jurídicos y propuestas por instituciones internacionales y nacionales.

HELP celebra en el mes de junio una conferencia anual en Estrasburgo. En la conferencia participan: el secretariado de HELP en el CoE; los representantes de las instituciones nacionales de formación; los *focal e info points* de los Estados; los *partners* del programa y todo un conjunto de invitadas especialistas en formación de profesionales jurídicos.

La conferencia es un foro de encuentro de la red en un triple sentido. En primer lugar, es un foro de rendición de cuentas. Durante la misma se exponen las actividades realizadas en el marco de la red y los datos de participación en las acciones formativas diseñadas o apoyadas por HELP. En segundo lugar, es un foro de discusión sobre la propia red. Así, se aprovecha para trabajar en aspectos concretos del funcionamiento y objetivos de la red de manera que se puedan establecer sus grandes líneas de actuación. La conferencia de 2015 trabajó y optó porque la formación en HELP fuera necesariamente interprofesional; la conferencia de 2016 se centró en la aprobación de la metodología de formación específica de la red; la conferencia de 2017 vinculó la red a la formación en derechos humanos con grupos vulnerables, en particular la infancia y en la formación en derechos en los niveles educativos más primarios y, finalmente, la conferencia de 2018 se centró en las relaciones entre la red y los centros de formación superior y en particular las universidades. En tercer y último lugar, la conferencia es un foro de futuro. Durante su celebración se presentan los nuevos cursos que se van a lanzar el año siguiente; se discute en grupos de trabajo el contenido de dichos cursos y se proponen las actividades del año siguiente. En todas las conferencias se elabora un *roadmap* a partir de las encuestas rellenas por las participantes (adoptando modos informáticos de interacción) y de las conclusiones de los diferentes grupos de trabajo. El *roadmap* no solo guiará la actuación de la red durante el siguiente año, sino que será el documento que servirá como base para su valoración durante la conferencia del siguiente año.

La conferencia anual es sin duda uno de los puntos fuertes de la red pues permite a sus miembros encontrarse y establecer relaciones directas y personales que hacen posible los acuerdos previos para desarrollar diferentes actividades de formación en cooperación a lo largo de los siguientes años. De este modo se crea una red informal de contactos y

confianza entre instituciones de formación de diferentes Estados, niveles y especialidades profesionales que resulta de enorme utilidad para poder realizar formación en derechos humanos novedosa y más completa.

El trabajo de los distintos órganos de la red se ve completado con el desarrollado por un *Consultative Board*. Como su propio nombre indica es un órgano consultivo formado por seis miembros elegidos por los representantes de las instituciones nacionales de formación de jueces, fiscales y de abogadas durante las conferencias anuales con un mandato de dos años y una sola reelección.

El consejo consultivo evalúa los materiales formativos elaborados por el programa; propone nuevos temas en los que desarrollar actividades formativas; elabora y coordina las estrategias de cooperación con otras unidades de formación; provee asesoramiento en las metodologías; coopera con el personal técnico en la elaboración de los cursos etc. Al final de su mandato, el consejo consultivo presenta un informe ante la conferencia sobre sus actividades y sobre las del programa.

La red además presenta una estructura orientada a la consecución de objetivos de formación sobre base territorial o sobre base material. En el primer sentido se encuentran los proyectos *HELP in the EU* (que, financiado por la UE, sustituye al anterior proyecto *HELP in the 28* y dirigido a la formación en los Estados miembros de la Unión Europea y su problemática concreta respecto a la relación entre el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea); *HELP in Russia* y *HELP in the Western Balkans* (específicamente encaminados a la mejora de la formación en estas zonas debido a los problemas de respeto a los estándares europeos que se están produciendo en concreto en esos Estados). Otros proyectos vinculados a la formación en materias específicas son los relativos a la prevención de la radicalización en Europa y a la protección de niños migrantes y refugiados.

III. HELP: UNA METODOLOGÍA ESPECÍFICA. EL PAPEL DE UNA TUTORA HELP

La red HELP elaboró una metodología específica aplicada a la formación en los estándares europeos en derechos humanos. Tal metodología se encuentra recogida en las más de 140 páginas del *HELP Guidebook on Human Rights Education for legal professionals*⁴.

La metodología diseñada pretende adaptarse totalmente a tres tipos de necesidades diferentes. Por una parte, las derivadas de la formación de profesionales jurídicos (juezas, fiscales y abogados) con lo que ello supone de limitaciones de tiempo y de necesidad de estar orientada a la aplicación práctica y no a la reflexión teórica general. Por la otra, la metodología ha de adaptarse a los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Es cierto que los estándares europeos son comunes. Pero la forma en que éstos actúan y son aplicados varía de un Estado a otro. Este ha de ser un elemento básico a tener en cuenta en el diseño y ejecución de acciones de formación en derechos. Finalmente, la necesidad de que los cursos sean realizados fundamentalmente on line y

⁴ El acceso a la guía puede obtenerse directamente en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066db63>

con el objetivo de convertirse en fórmulas de autoaprendizaje puro, de oferta libre y gratuita.

Un curso es elaborado siguiendo un procedimiento específico y perfectamente establecido previamente desde la identificación del tema de acuerdo con los socios estatales hasta su puesta a disposición al público en general. De este modo se encuentra perfectamente formalizado todo el proceso de creación de un curso de este tipo; desde la primera identificación de una necesidad de formación, hasta la evaluación de su eficacia formativa.

En el marco de este modelo de metodología ocupa un lugar destacado el tutor o formador de los cursos HELP. Esta tutora va a desarrollar las siguientes funciones esenciales en el marco de la metodología elegida:

- Adaptar un curso-modelo HELP a las necesidades de formación del Estado;
- Utilizar los materiales, herramientas y recursos de HELP para elaborar la adaptación del curso al ordenamiento jurídico nacional de que se trate;
- Tutorizar las primeras ediciones del curso que adoptan un formato semipresencial;
- Evaluar las virtudes y defectos de los cursos en su aplicación práctica;
- Proponer los cambios pertinentes tanto en el curso-modelo como en su adaptación;
- Colaborar en la elaboración de otros cursos modelos y en la formación de formadoras HELP.

Los tutores HELP reciben una formación específica suministrada por la red mediante cursos de «Formación de formadoras» (ToT, *training of trainers*, en su acrónimo inglés). Los aspirantes son seleccionados por los miembros de la red (normalmente a propuesta de las instituciones nacionales de formación) a partir de su formación específica y entre los diferentes tipos de profesionales a quienes va dirigida la formación. En los ToT las tutoras adquieren todos los conocimientos y habilidades necesarios para el diseño y ejecución de un curso HELP. Ello incluye:

- i) técnicas de aprendizaje profesional concretas de tipo presencial y semipresencial;
- ii) definición de sistemas de determinación de objetivos de formación;
- iii) uso de herramientas tecnológicas para la creación de recursos formativos on line;
- iv) diseño de instrumentos de interacción en cursos semipresenciales y on line;
- v) determinación de sistemas de evaluación del cumplimiento de objetivos de formación;
- vi) fórmulas de informe para la mejora de los cursos.

Esta formación es de naturaleza tanto teórica como práctica y adopta una forma semipresencial. Incluye un trabajo de dos días de tipo presencial y el diseño, on line, de cursos aplicando la metodología HELP. Los participantes en el curso son evaluados y aquellos que superan el mismo se convierten en Formadores Certificados del Programa HELP que serán los únicos que pueden tutorizar los cursos ofrecidos en el marco de la plataforma.

IV. UNA OFERTA DE CURSOS DE FORMACIÓN EN ESTÁNDARES EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS

Como ya ha quedado expuesto, el programa HELP tiene como objetivo la creación de cursos de formación en derechos humanos dirigidos a los profesionales jurídicos europeos. Para ello se crea la red y se adopta una determinada metodología.

La elaboración y ejecución de los cursos sigue la siguiente estructura.

En primer lugar, una vez identificadas las necesidades formativas y los objetivos que se pretenden conseguir con un determinado curso; la secretaría HELP procede a organizar, de acuerdo con la red en general, los contenidos del Curso-Modelo. Este es un paquete SCORM que contiene básicamente la formación en los estándares europeos vigentes en el tema objeto del curso, con especial atención al *case Law* del TEDH. No se trata sólo de información, sino que se trata de un curso interactivo que incluye actividades y tareas a desarrollar por todo participante. El curso así diseñado está pensado para la formación exclusivamente on line. El Curso-Modelo se elabora en inglés y todas las herramientas (texto on line, sentencias, videos, ejercicios, etc) serán, en principio, en ese idioma.

Elaborado y evaluado por los expertos el Curso-Modelo, se acuerda con las instituciones de formación de los Estados miembros, su lanzamiento en el marco de la oferta formativa de cada uno de ellos. Esto requerirá una colaboración de todo tipo (incluida financiera) entre la secretaría de HELP y los Estados miembros para proceder a la adaptación del Curso-Modelo a cada Estado. En este punto es singularmente importante la colaboración horizontal en el seno de cada Estado entre las instancias de formación nacional de juezas, fiscales y abogados. Una buena cooperación entre ellas asegura que acuerden previamente qué cursos tienen más interés para su Estado y compartan los costes derivados de la adaptación generando sinergias que solo pueden ser positivas⁵.

La adaptación requiere la traducción de los materiales al idioma del país en el que se vaya a impartir y, sobre todo, el diseño y elaboración de los contenidos necesarios para su adaptación al ordenamiento jurídico estatal afectado. Esto es, el Curso-Modelo contiene los estándares europeos en una determinada materia. Pero corresponderá a las instituciones nacionales (a través de un tutor HELP) adaptar esos estándares a su aplicación en un concreto ordenamiento jurídico. De este modo, junto a los contenidos propios del Curso-Modelo europeo se incluirán y desarrollarán los propios del Curso-Adaptado nacionalmente. El curso modelo así como el curso nacionalmente adaptado son colgados en la página web de HELP si bien en esta primera fase son de acceso restringido pues requieren su lanzamiento de común acuerdo por HELP y la institución nacional de formación.

⁵ El programa HELP ha considerado una buena práctica a seguir por el resto de miembros de la red la cooperación estrechísima entre la Escuela Judicial, el Consejo General de la Abogacía y el Centro de Estudios Judiciales. Esta cooperación ha provocado que todos los cursos lanzados en España estén abiertos a la participación de cualquiera de sus profesionales o que habitualmente los tutores de los cursos sean los mismos con independencia de su especialización (carrera judicial, fiscal o abogacía) y de la institución en concreto que los lanza.

Antes del lanzamiento del curso la institución nacional de formación procede a la selección de las participantes de acuerdo con sus propios criterios. Idealmente, y esta es la práctica en España, los cursos se abren a las tres profesiones jurídicas afectadas (Juezas, Fiscales y Abogadas) de modo que en los mismos se produzca siempre una participación interdisciplinar, pues este es uno de los rasgos identificadores de la metodología HELP del que derivan indudables ventajas formativas y sinergias de enorme relevancia en el proceso de aprendizaje. Los cursos HELP pretenden ser, además de un instrumento de formación, un foro de diálogo donde las profesionales puedan comprender mejor los diferentes roles que les corresponden en la defensa y aplicación de los estándares europeos de derechos.

El comienzo de la formación se desarrolla en una sesión presencial de lanzamiento donde además de ponencias de contenido, se aborda el uso de las herramientas tecnológicas para el desarrollo *on line* del resto del curso. En tal sentido, la plataforma de HELP para los cursos es una versión de Moodle. El tutor procede a matricular en el curso a todas las participantes seleccionadas que, tras darse de alta en la citada plataforma HELP, podrán acceder a los contenidos.

El resto del curso se desarrolla enteramente *on line*. Normalmente, los participantes deberán desarrollar primero los contenidos «europeos», incluidos en el Curso-Modelo y, posteriormente, los módulos «nacionales», incluidos en el Curso-Adaptado. La duración estimada total del Curso-Adaptado no debe ser superior a 30 ó 40 horas (de las cuales de 10 a 20 horas lo serán del Curso-Modelo) de dedicación y en un periodo no superior a 3 meses. Durante el curso el tutor deberá establecer las tareas, regular el acceso a los materiales, moderar los debates, evaluar o supervisar la autoevaluación de los participantes, etc. Finalizado el curso los participantes que lo superen reciben un certificado tanto de la institución nacional de formación como del Consejo de Europa para atestiguar el que se ha superado la acción formativa de que se trate. Igualmente la tutora deberá emitir un informe del curso que acompañe a la evaluación realizada por los participantes.

El curso puede ser lanzado con este formato tantas veces como sea necesario. Normalmente se lanza, al menos, dos veces para comprobar que sus contenidos y herramientas cumplen los objetivos perseguidos y que se alcanzan los resultados de formación esperados. Pero si existe una alta demanda de formación para el tema concreto, se puede lanzar en más ocasiones.

Una vez el curso ha sido comprobado, la versión adaptada es colgada en la plataforma de formación HELP convertida ahora en un curso de formación enteramente *on line*. Esto es, en un curso de autoformación puro. Para ello se eliminan las herramientas que pudieran reflejar las opiniones de los participantes (como por ejemplo los foros) y se incluye en la oferta general de cursos HELP. Estos cursos son de oferta libre y enteramente gratuita. Cualquier profesional puede matricularse en ellos y adquirir la formación ofrecida.

Finalmente, también las instituciones de formación nacional pueden incorporar el Curso Adaptado a sus propias plataformas de formación en el Estado gestionando directamente su impartición a nivel nacional sin que sea necesaria la participación de HELP. Así, cursos ya probados pueden pasar a formar parte del plan de estudios de la formación inicial o continua de cualquiera de las instituciones de formación de juezas, fiscales o abogados. En el caso español, por ejemplo, el curso de Introducción al CEDH se incluye

como docencia obligatoria en el plan de estudios de formación inicial de la Escuela Judicial a partir de 2018.

De este modo en la plataforma de formación HELP encontraremos una oferta general de cursos que adaptan una doble estructura. Cursos tutorizados y cursos no tutorizados. Los cursos no tutorizados incluyen distintas versiones adaptadas a algunos de los estados miembros (en función del interés mostrado por los mismos) y cada una en su propio idioma. El Curso-Modelo (representando una duración entre 10-20 horas) aparecerá no solo incluido en tales versiones, sino también separadamente en idioma inglés.

El listado de Cursos-Modelo existente elaborado según los parámetros expuestos es el siguiente (si el Curso-Adaptado está disponible en español se añade entre paréntesis):

- 1) Admissibility criteria in applications submitted to the ECtHR (Criterios de admisibilidad de una demanda ante el TEDH),
- 2) Alternative measures to detention,
- 3) Anti-discrimination,
- 4) Asylum and the ECHR (Asilo y CEDH; elaborado junto con el ACNUR),
- 5) Key human rights principles in biomedicine,
- 6) Business and Human Rights,
- 7) Child-friendly Justice,
- 8) Combatting Trafficking in Human Beings,
- 9) Counterfeiting of Medical Products (Lucha contra la falsificación de medicinas y productos médicos),
- 10) Data Protection and Privacy Rights (Protección de datos y derecho a la vida privada),
- 11) Family Law,
- 12) Fight against Racism, Xenophobia, Transphobia (Lucha contra el racismo, la xenofobia, homofobia y transfobia),
- 13) Freedom of Expression,
- 14) Hate crime and Hate speech,
- 15) Introduction to the ECHR and ECtHR (Introducción al CEDH y al TEDH),
- 16) International Cooperation in Criminal Matters,
- 17) Internally Displaced Persons,
- 18) Labour Rights as Human Rights (Derechos laborales),
- 19) Pre-trial Investigation in light of the ECHR,
- 20) Prohibition of Ill-treatment,
- 21) Property Rights,
- 22) Refugee and Migrant Children,
- 23) Reasoning of (Criminal) Judgments,
- 24) Rights of Persons with Disabilities,
- 25) Right to Liberty and Security (Art 5),
- 26) Right to Respect for Private and Family Life (Art ECHR 8),
- 27) Right to the Integrity of the Person (Bioethics),
- 28) Transitional Justice,
- 29) Violence Against Women.

Actualmente en preparación se encuentran los siguientes cursos:

- 1) Procedural rights in criminal proceedings and victims' rights,
- 2) Radicalisation Prevention,
- 3) Family Law,
- 4) Human Rights in Sports,
- 5) Fight against Drugs,
- 6) CPT standards,
- 7) Women's Access to Justice.

La evolución de HELP y su progresivo éxito puede comprobarse con los siguientes datos de usuarios 2011 (1534), 2012 (1879), 2013 (3541), 2014 (5191), 2015 (6615), 2016 (9462), 2017 (18071), 2018 (24800). Junto a ello, señalar que los Estados con mayor participación serían Francia (7465), Rusia (1756), Ucrania (1328), España (1252), Italia (994), Turquía (924), Rumanía (849), Reino Unido (519), Albania (500), Azerbaijan (491), Grecia (448), Bosnia Herzegovina (429), Serbia (421), Moldavia (4169) y Lituania (405).

V. CONCLUSIÓN

El programa HELP constituye un intento de facilitar el cumplimiento de la responsabilidad compartida que supone asegurar la vigencia de los estándares en materia de derechos humanos en Europa. Late tras el mismo la profunda convicción de que corresponde a las juezas y tribunales nacionales construir la primera e inmediata barrera contra cualquier lesión de tales estándares. Sin la aplicación de tales estándares desde la primera instancia judicial, no extraeremos toda la potencialidad de los criterios establecidos en la rica jurisprudencia de Estrasburgo y no será tan útil la supervisión internacional del comportamiento de los Estados.

Pero implementar estos criterios requiere el manejo de una información y unas herramientas que exigen un conocimiento profundo y permanente de tales estándares. «Good Training for Good Judgements». Es el lema de HELP y describe bien lo que este programa pretende conseguir. Una buena formación para una buena aplicación judicial de los estándares europeos de derechos humanos. Esta formación es la que se propone ofrecer el programa HELP del Consejo de Europa a partir de una estructura reticular, flexible y basada en la cooperación y no en la competencia entre instancias de formación.

Esta es una idea con la que debe acabarse una exposición como la presente. HELP no es una red para sustituir a las instancias de formación de profesionales jurídicos en los Estados miembros. Es una red para colaborar con ellas en el aseguramiento de que los estándares europeos impregnen de abajo hacia arriba toda la actuación judicial de los Estados miembros. Actuación que no puede entenderse solo desde los jueces y magistradas. Sino desde todas las intervinientes en cualquier proceso. Por supuesto, los jueces, pero también los fiscales y las abogadas. Entre todas ellas, con la puesta a disposición de instrumentos sencillos de formación adaptados a sus necesidades, se puede, quizás, alcanzar un objetivo esencial para una auténtica Europa de los Derechos: que los instrumentos y estándares para su protección estén a disposición de cualquier ciudadana en cualquier momento y en cualquier lugar de Europa.

TITLE: Good training for good judgment: Council of Europe's help programme: Human Rights Education for legal professionals

ABSTRACT: This essay exposes the essential features of the HELP program (Council of Europe). HELP (Human Rights Education for Legal Professionals) aims to train European legal standards on human rights to legal professionals in order to ensure its compliance at the national level, avoiding the resort to European bodies. The program is simultaneously a network, a methodology and an offer of training courses. The final objective is to ensure that through good training it may be possible to reach good (respectful) judgments in human rights.

RESUMEN: El presente trabajo pretende exponer los aspectos esenciales conformadores del programa HELP del Consejo de Europa. Programa que pretende la formación en los estándares europeos en derechos humanos de los profesionales jurídicos con la finalidad de asegurar su cumplimiento en el nivel nacional sin necesidad de acudir a las instancias europeas. El programa es simultáneamente una red, una metodología y una oferta de formación dirigido a asegurar que a través de una buena formación (good training) se consigan unas buenas decisiones judiciales (good judgements) en materia de derechos humanos.

KEY WORDS: Human Rights Education for Legal Professionals. Council of Europe

PALABRAS CLAVE: HELP. Consejo de Europa

FECHA DE RECEPCIÓN: 11.07.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

CRÓNICA DE UNA CONDENA ANUNCIADA: EL ASUNTO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C.* *ESPAÑA* SOBRE LA QUEMA DE FOTOS DEL REY

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático (A) de Derecho constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO

I. Aproximación: la libertad de expresión como uno de los fundamentos de las sociedades democráticas. II. Libertad de expresión y debate político. III. Los antecedentes del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. IV. La sentencia del TEDH en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. V. ¿Conclusiones?

I. APROXIMACIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO UNO DE LOS FUNDAMENTOS DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS¹

Por comenzar con unas palabras bien conocidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo), «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo social» (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976) y tal afirmación es válida no sólo para «las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una «sociedad democrática. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue».

De este modo le corresponde al TEDH enjuiciar si las restricciones impuestas por los Estados son compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); esto es, si están previstas por la ley, si persiguen alguno de los fines enunciados por el apartado segundo del artículo 10 y si, finalmente, se trata de medidas necesarias «en una sociedad

¹ Me ocupé de estas cuestiones en PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017; en especial en las pp. 99 y ss. y 123 y ss.

democrática. Al efectuar ese control, el Tribunal no se limita a los razonamientos empleados por las resoluciones judiciales nacionales sino que valora el conjunto del caso, pudiendo apreciar como relevantes hechos o circunstancias no tenidas en cuenta en la vía jurisdiccional nacional. Aunque la intensidad del control europeo varía en función del mayor o menor margen de apreciación que se reconoce al Estado según el grado de conexión de la expresión o información con el valor democracia o el grado de intrusividad de la medida, el Tribunal exige, en todo caso, que el Estado ofrezca razones «adecuadas y suficientes» para justificar la restricción del derecho (asunto *Handyside*, cit., p. 52).

Incidir en la relevancia de la libertad de expresión no es, claro, algo novedoso, pues desde mucho tiempo atrás se ha insistido en que un Estado democrático no puede entenderse sin una amplia garantía de la libertad de expresión y ésta no puede existir sino es en una organización política estructurada de forma democrática. Pero, además, y aunque no se suele prestarle tanta atención, ese derecho fundamental es también un requisito esencial para el libre desarrollo personal, que se orienta, principalmente, a la realización de la «máxima» autodeterminación de los individuos como expresión de los valores «libertad» y «pluralismo». En el servicio de este derecho tanto al bienestar colectivo como a la realización personal del ciudadano ya incidió en su momento John Stuart Mill en *Sobre la libertad*².

La libertad de expresión sirve también, pues, para que cada persona pueda manifestarse de forma autónoma y para singularizarse respecto a los demás sujetos que integran la sociedad; es, en suma, un presupuesto para el ejercicio de la autonomía de cada uno, para la interacción intelectual y emocional con los otros y para el crecimiento interno personal³.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEBATE POLÍTICO

La libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el marco del debate político; en palabras del TEDH, «preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos (asunto *Castells c. España*, de 23 abril 1992, p. 42).

2 Así, por ejemplo, «Gana más la sociedad con los errores de un hombre que, después de estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones justas de los que las profesan solamente porque no se permiten el lujo de pensar. No queremos decir con esto, que la libertad de pensamiento sea necesaria, única o principalmente, para formar grandes pensadores. Muy al contrario, es también y quizá más indispensable para hacer que el común de los hombres sean capaces de vislumbrar la estatura mental que pueden alcanzar. Han existido, y pueden volver a existir, grandes pensadores individuales en una atmósfera general de esclavitud mental. Pero nunca existió, ni jamás existirá en una atmósfera tal, un pueblo intelectualmente activo. Cuando un pueblo ha poseído temporalmente esta actividad, ha sido porque allí, durante algún tiempo, dejaron de actuar los temores a las especulaciones heterodoxas»; Aguilar. *Libera los libros*, p. 49. <https://librosgratis2016.files.wordpress.com/2016/01/stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf> (a 18 de mayo de 2018).

3 Así, K. GREENAWALT; *Fighting words: individuals, communities, and liberties of speech*, Princeton University Press, 1995, p. 5.

Además, los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un político, al que se alude en condición de tal, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, tanto por los periodistas como por las masas; por consiguiente, deberá mostrar mayor tolerancia. Ciertamente, tiene derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del ámbito de su vida privada, pero los imperativos de tal protección deben ponderarse con los intereses del libre debate de las cuestiones políticas, dado que las excepciones a la libertad de expresión requieren una interpretación estricta (caso *Otegui Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, donde, además se resume la jurisprudencia anterior en la materia). En este caso el TEDH consideró contrarias al Convenio las condenas de los tribunales españoles al señor Otegui por haber pronunciado, entre otras, las siguientes palabras en una conferencia de prensa: «... el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia».

El Tribunal estimó que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado español, no lo pone al abrigo de todas las críticas en el ejercicio de sus funciones oficiales o, como en el presente caso, en su condición de representante del Estado, al cual simboliza, de las procedentes de aquellos que se oponen legítimamente a las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico.

Destacó también el TEDH que es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión. Asimismo, estimó que el hecho de que la persona del Rey no esté «sujeta a responsabilidad» en virtud de la Constitución española, concretamente en el ámbito penal, no impide de por sí el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional, incluso simbólica, en la jefatura del Estado, dentro de los límites del respeto de su reputación como persona (p. 56).

El TEDH consideró relevante que las declaraciones del demandante tenían un nexo suficiente con las acusaciones de malos tratos, hechas públicas por el director del diario *Egunkaria* cuando fue puesto en libertad. Asimismo, señala, que se podía entender que las expresiones empleadas por el demandante se inscribían en el ámbito de un debate político más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en algunos casos de malos tratos (p. 53).

Al examinar las declaraciones en sí mismas, el Tribunal reconoció que el lenguaje utilizado por el demandante pudo considerarse provocador. No obstante, y si bien es cierto que toda persona que participa en un debate público de interés general, como el demandante en este supuesto, está obligada a no sobrepasar ciertos límites en relación, concretamente, con el respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones. El TEDH señaló que aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintaban uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortaban al uso de la violencia ni se trataba de un discurso de odio. Asimismo, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que se trataba de declaraciones orales realizadas durante una rueda de prensa, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas (p. 54)

Finalmente, cabe plantearse hasta dónde llega el espacio para la crítica acerba y satírica de los ciudadanos respecto a los cargos políticos e institucionales. El TEDH lo hizo con ocasión del asunto *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013, donde revisó la condena impuesta por los tribunales franceses a un ciudadano que enarbó un pequeño cartel con la expresión «Casse toi pov'con» (lárgate, pobre gilipollas), al paso de la comitiva del presidente Sarkozy, expresión que anteriormente había empleado el propio Sarkozy para dirigirse a un agricultor que se había negado a darle la mano.

El TEDH consideró que la expresión debía analizarse a la luz del conjunto del caso y en particular con respecto a la calidad de su destinatario, del demandante, de su forma y del contexto de repetición en el que se hizo. Y recordó su conocida doctrina de que los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta calidad, que para un particular: a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control de sus acciones tanto por parte de los periodistas como por la ciudadanía en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia.

Volviendo al caso, el Tribunal señaló (p. 60) que al retomar una fórmula ruda, empleada por el Presidente de la República, ampliamente difundida por los medios de comunicación, posteriormente comentada por una gran audiencia en forma frecuentemente humorística, el demandante decidió expresar sus críticas de una forma impertinente y satírica. Sin embargo, el TEDH recordó que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista —o de cualquier otra persona— a expresarse por este medio (asunto *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007; *Alves da Silva c. Portugal*, de 20 de octubre de 2009, y, mutatis mutandis, *Tuşalp c. Turquía*, de 21 de febrero de 2012).

Finalmente, en el asunto *Eon* (p.61) el Tribunal consideró que castigar penalmente comportamientos como el del demandante en este caso es probable que tenga un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades sociales que también puede jugar un papel muy importante en el libre debate de cuestiones de interés general sin el cual no existe una sociedad democrática.

III. LOS ANTECEDENTES DEL CASO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA*

El artículo 490.3 del Código penal dispone que «el que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son».

Pues bien, en aplicación de este tipo delictivo, el 9 de julio de 2008, el Juzgado Central de lo penal de la Audiencia Nacional condenó a Enric Stern Taulats y a Jaume Roura Capellera por haber quemado unas fotos del Rey Juan Carlos y de su esposa, como autores de un delito de injurias contra la Corona, a una pena de quince meses de prisión

e inhabilitación de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago por mitad de las costas. Dadas las circunstancias personales de los condenados, que no lo habían sido antes a una pena por delito o falta, junto con sus edades y profesiones, el Juez les impuso a cada uno la multa de 2.700 euros sustitutiva de la pena de prisión, advirtiendo que, conforme al artículo 88 del Código penal, en caso de impago, total o parcial, de la multa, deberían cumplir la pena de prisión impuesta.

El día 5 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó esta sentencia y el Tribunal Constitucional, en la STC 177/2015, de 22 de julio, desestimó el recurso de amparo. De acuerdo con los antecedentes de hecho de esta última resolución, «sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats ... quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía '300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española'. Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por Enric Stern a rociarla con un líquido inflamable y por Jaume Roura a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

La citada Sentencia consideró que los hechos que acaban de recordarse eran constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código penal (CP) y por este motivo condenó a los hoy recurrentes en amparo a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros, lo que arroja un total de 2.700 €. En el criterio de la Sentencia y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en asuntos semejantes (SSTS de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1985), la condena de los recurrentes se funda en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, toda vez que «colocan la fotografía de SS.MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades».

La Sentencia repite este mismo razonamiento poco después, para seguidamente afirmar que «[e]s obvio que para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo», y declarar que «[e]n un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran plenamente garantizados, nadie necesita cubrirse la cara para ejercer los derechos que considera legítimos». Todo lo cual confirma el carácter ilegítimo del acto realizado que no puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos».

Para el Tribunal Constitucional, la conducta de los condenados «... traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio» (FJ 4).

«... Debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Süreç c. Turquía* § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 73)...» (FJ 5).

La mayoría del TC que avaló esta resolución lo hizo negando valor expresivo constitucionalmente protegido a la quema de la foto de los Reyes e, incluso, tachando dicho comportamiento de «incitador al odio», mencionando, por si fuera poco lo anterior, un «posible riesgo de violencia» contra ellos.

Estas afirmaciones carecen, en mi opinión, de suficiente sustento iusfundamental: en primer lugar, y como criticaron los magistrados firmantes de los tres votos particulares, se apela erróneamente al «discurso del odio» mencionando jurisprudencia del TEDH que en absoluto avalaba esa conclusión: la varias veces citada sentencia *Feret c. Bélgica* describe esa conducta como «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante» (§ 44). Pero despreciar la Monarquía como forma de provisión de la Jefatura del Estado, incluso expresar odio a quienes ocupan ese cargo, no es «discurso del odio» en los términos en los que es conceptualmente entendido⁴.

⁴ Sobre el discurso del odio, véanse, en la doctrina constitucional española, los estudios de G. TERUEL LOZANO; *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 255 y ss., y «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27, 2017 (http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm, a 18 de mayo de 2018); M. REVENGA SÁNCHEZ (dir.); *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015; A. ARIAS CASTAÑO; «El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del *clear and present danger*», en B. ALÁEZ CORRAL (coord.): *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 149 y ss., L. ALONSO/V. J. VÁZQUEZ (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio: Textos críticos*, Athenaica, Sevilla, 2017.

Como recuerda el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular, «cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio (STEDH caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 54).

En segundo lugar, y para avalar la sentencia condenatoria, se explica por la mayoría del TC que «al margen de la quema de la fotografía aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes». ¿Cuál es el motivo por el que tendrían que hacerlo para que comportamiento fuera expresión de una libertad protegida por nuestra Constitución? Es, precisamente, la quema de la fotografía la que se basta para expresar una forma de oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes.

Al respecto, cabe recordar que la quema de la fotografía origen del caso se produjo tras una de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña y donde se exhibió una pancarta que proclamaba «300 años de Borbones, 300 años de ocupación española». Pues bien, en un caso que cabía asimilar al objeto de enjuiciamiento, aunque los hechos fueran bien distintos, el TEDH declaró unos eslóganes de partido, «incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público» (asunto *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, sentencia de 2 de febrero de 2010, § 27).

Si parece fuera de toda duda que la quema de la foto de los Reyes es un acto expresivo —el propio TC ha admitido que el lenguaje simbólico, incluyendo la destrucción mediante el fuego de fotos y otros emblemas, es un acto comunicativo que implica el ejercicio del derecho a la libertad de expresión— ¿por qué no iba a estar amparado constitucionalmente por dirigirse contra una institución a la que la propia Norma Fundamental ha dotado de un régimen especialmente protector considerando a su titular exento de cualquier tipo de responsabilidad? Precisamente, cuanto menos rendición de cuentas quepa exigir a quienes desempeñan funciones constitucionales mayor nivel de crítica ciudadana tendrán que aceptar como instrumento de legitimación democrática de la citada institución.

En esta línea se había venido orientado la jurisprudencia del TEDH, que sistematiza el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular: «... como es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (así, SSTEDH caso *Colombani c Francia*, de 25 de junio de 2002; caso *Artun y Güvener c Turquía*, de 26 de junio de 2007; caso *Gutiérrez Suárez c España*, de 1 de junio de 2010; caso *Eon c Francia*, de 14 de marzo de 2013; caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c Francia*, de 12 de junio de 2014). Creo que, en este sentido, es paradigmática la siguiente cita de la STEDH caso *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c Francia*, de 12 de junio de 2014: «El Tribunal concluye igualmente que el interés de un Estado por proteger la reputación de su propio Jefe de Estado o del de un Estado extranjero no puede justificar conferir a este último un privilegio o una protección especiales frente al derecho a informar y a expresar opiniones sobre ellos. Pensar otra cosa no se conciliaría con la práctica y la concepción política actual» (§ 58).

Esta jurisprudencia ha sido ampliada a aquellos casos, como es el de una monarquía constitucional o determinadas repúblicas, en las que el papel que juega el Monarca o el Jefe del Estado es de neutralidad política (así, SSTEDH caso Pakdemírlí c Turquía, de 22 de febrero de 2005; o caso Otegi Mondragón c España, de 15 de marzo de 2011). Así, la citada STEDH caso Otegi Mondragón c España ha proclamado, en relación con una previa condena por injurias al Rey del art. 490.3 CP, que «[e]l Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en el caso— como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico» (§ 56)».

IV. LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL CASO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA*⁵

En primer lugar (p. 21 a 24), el TEDH rechaza estudiar con carácter previo la excepción de inadmisibilidad ex artículo 17 CEDH (prohibición del abuso de derecho) invocada por el Gobierno español al entender que está estrechamente vinculada a la sustancia de las quejas formuladas por los demandantes y, especialmente, a la cuestión de la necesidad de los límites a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

El TEDH une, por tanto, la excepción al fondo y descarta aplicar el llamado efecto «guillotinant»⁶ a este tipo de discursos. Como es sabido, el artículo 17 del CEDH prescribe que las disposiciones del CEDH no pueden interpretarse de forma que impliquen «un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo» (caso *Kasy-makhunov y Saybatalov c. Rusia*, de 14 de marzo de 2013, p. 103).

A continuación, el TEDH, luego de repetir lo que ya es una «frase hecha» en asuntos sobre libertad de expresión —vale no solo para «las informaciones o ideas acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan...—, insiste (p. 32) en que «... el artículo 10 § 2 del Convenio no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate político —en el que esta adquiere la más alta importancia— o cuestiones de interés general. Además, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, al que se señala por ostentar esa condición, que a un simple particular: a diferencia de éste, aquel se expone inevitablemente y conscientemente a un control minucioso de sus movimientos tanto por parte de los periodistas como por los ciudadanos de a pie; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia...

5 Puede verse el comentario a esta sentencia de D. MARTÍN HERRERA; «¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 9, n.º 1, 2018.

6 Se refieren a este efecto H. CANNIE y D. VOORHOOF; «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/1, 54-83, 2011, p. 58; lo analiza en la doctrina española TERUEL LOZANO en relación con el negacionismo del Holocausto en *ob. cit.*,..., pp. 144 y ss.

Tiene ciertamente derecho a que su reputación sea protegida, incluso fuera de la esfera de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben ponderarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva (ver, principalmente, *Pakdemirli c. Turquía*, 22 de febrero de 2005, y *Artun y Givener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007)...»

Como es obvio, no se dice que estemos ante un derecho ilimitado, pues (p. 33) se puede «juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que éstas «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida. No obstante, y si bien es absolutamente legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones exige a las autoridades de muestras de contención en la utilización de la vía penal (asunto *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, p. 51).

Y, en el marco del debate político, una pena de prisión sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales, debiendo considerarse como elemento esencial el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio (asunto *Gerger c. Turquía* [Gran Sala], de 8 de julio de 1999).

A continuación, y establecidas estas premisas generales, el TEDH las aplica al caso concreto objeto de enjuiciamiento.

Apunta, en primer lugar, que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarcó en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifiesta claramente al examinar el contexto en el que dicho acto tuvo lugar y, diferencia de lo que resolvió la mayoría en la STC 177/2015, el TEDH entiende que la «controvertida puesta en escena se enmarcaba en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey como símbolo de la nación española. Todos estos elementos permiten concluir que no se trataba de un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el Rey representa, como Jefe y símbolo del aparato estatal...» (p. 37).

En segundo lugar, y a propósito del acto de quema de la foto de los Reyes, el TEDH también rechaza las conclusiones del TC y estima que se trató de una conducta expresiva que tiene «una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey como Jefe del aparato estatal, como lo muestra el hecho de que se reproduce en las monedas y en los sellos, o situada en los lugares emblemáticos de las instituciones públicas; el recurso al fuego y la colocación de la fotografía bocabajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se explican como manifestación de una crítica de orden político u otro; el tamaño de la fotografía parecía dirigida a asegurar la visibilidad del acto en cuestión, que tuvo lugar en una plaza pública. En las circunstancias del presente caso, el TEDH observa que el acto que se reprocha a los demandantes se enmarcaba en el ámbito de una de estas puestas en escena provocadoras que se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación y que, a sus ojos, no van más allá de un recurso a una cierta

dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión» (p. 38).

En tercer lugar, el TEDH estudia si hubo incitación a la violencia y concluye que no: «un acto de este tipo debe ser interpretado como expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta. La puesta en escena orquestada por los ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público; a saber, la institución de la monarquía...» y dicho acto no fue «acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los dos demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión» (p. 39 y 40).

Finalmente, el TEDH también rechaza que se tratara de un caso de «discurso de odio», término que entiende «abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia». Incluir en ese tipo de discurso un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución conllevaría «una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática—» (p. 41).

En conclusión, el TEDH estima que no es posible considerar los hechos como parte del discurso de odio, por lo que la excepción preliminar del Gobierno respecto del artículo 17 del Convenio es rechazada. En lo que respecta a la sanción penal impuesta a los demandantes, el TEDH considera que, en las circunstancias de este caso concreto y como ya lo ha dejado asentado en su jurisprudencia, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento y constituye una injerencia en la libertad de expresión no proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni tampoco necesaria en una sociedad democrática. Por consiguiente, declara que se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio.

Además, el TEDH resuelve que no procede examinar la queja respecto del artículo 9 del Convenio; que la declaración de una vulneración aporta por sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral padecido por los demandantes y falla que España debe abonar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido carácter de firmeza, los siguientes importes: dos mil setecientos euros a cada uno de los demandantes y nueve mil conjuntamente por gastos y costas.

V. ¿CONCLUSIONES?

La condena del TEDH a España en el caso que nos ocupa era un resultado totalmente previsible a poco que se conociera —y tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Constitucional la concen de sobra— la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: a modo de recopilación, en primer lugar contábamos con la precedente condena en el asunto *Otegui Mondragón c. España*, de 2011, donde el TEDH consideró, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo español y por el propio Tribunal Constitucional, que las declaraciones de Arnaldo Otegui en las que, entre otras cosas, calificaba al Rey como

«el jefe de los torturadores» estaban amparadas por la libertad de expresión: «el hecho que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no le ampara ante cualquier crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en este caso— en tanto que representante del Estado que simboliza, concretamente por parte de los que cuestionan legítimamente las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico».

Además, cuando se trata, como era el caso, de expresiones o conductas expresivas referidas a un cargo público, «los límites de la crítica aceptable son más amplios... que cuando se trata de un mero particular» (asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986), incluso cuando la crítica afecta a la persona misma porque «la invectiva política a menudo incide en la esfera personal» y representan «azares de la política y del libre debate de ideas, que son las garantías de una sociedad democrática» (asunto *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, de 25 de junio de 2000). Y esta premisa tiene especial valor cuando ese cargo público es el Jefe del Estado: el TEDH ya había dicho varias veces, entre ellas en el caso *Otegui*, que otorgarle mayor protección en una norma especial —léase el art. 490.3 del Código penal— «no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio».

Conocida esta sentencia, y a efectos de evitar nuevos ridículos internacionales y, lo que es realmente importante, vulneraciones de derechos fundamentales ocasionadas por las autoridades españolas, convendría, por una parte, que todos nuestros jueces y tribunales asumieran de una vez por todas el valor especialmente relevante que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática, incluidas las expresiones que pueden molestar u ofender a la mayoría o a una parte importante de la sociedad. Por otra parte, las Cortes Generales tendrían que plantearse derogar o, cuando menos, revisar los delitos de injurias a la Corona (490.3) y de ofensas a símbolos como la bandera o el himno (art. 543): el TEDH nos recuerda, por segunda vez, que no está justificada su especial protección frente a la crítica más o menos sarcástica o provocadora y, por tanto, que su castigo penal es inaceptable en una sociedad democrática avanzada. Y es que, como ya dijo el juez Willian Brennan en el famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*, de 9 de marzo de 1964, «los debates que tengan por objeto cuestiones públicas deberían realizarse sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta, asumiendo, obviamente, que ello puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, en ocasiones, desagradables contra el Gobierno y los empleados públicos».

TITLE: Chronicle of a Condemnation Foretold: the Case Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain for setting fire to a royal photo

ABSTRACT: This paper analyzes if setting fire to a photo of the Spanish's royal couple is protected by the right of freedom of expression according to the European Court of Human Rights.

RESUMEN: Este texto analiza si, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conductas como la quema de las fotos del Rey están amparadas por la libertad de expresión.

KEY WORDS: democratic society, freedom of expression, symbolic expression, hate speech, incitement to violence

PALABRAS CLAVE: sociedad democrática, libertad de expresión, conductas expresivas, discurso de odio, incitación a la violencia

FECHA DE RECEPCIÓN: 17.05.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA SELECCIÓN

CARMEN MORTE GÓMEZ¹

*Letrada Jefa de la División de Difusión de Jurisprudencia
Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

SUMARIO

I. ¿Derechos civiles y políticos versus derechos económicos y sociales?. II. Obligaciones positivas de los Estados. III. Prestaciones sociales y derecho de propiedad. IV. ¿Qué ocurre en casos de reducción, denegación o interrupción de prestaciones derivadas de situaciones de crisis económica?. V. El despido por razón de género o de orientación sexual. VI. El derecho a la vivienda. VII. El derecho a la educación. VIII. El derecho a la salud. IX. Conclusiones.

I. ¿DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS VERSUS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES?

Como es sabido, en el ámbito del Consejo de Europa², el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante «el Convenio» o «CEDH») garantiza y protege derechos fundamentalmente civiles y políticos y la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961³, derechos fundamentalmente económicos y sociales, según la ya clásica distinción recogida en los Pactos Internacionales, de 16 de diciembre

1 La responsabilidad del presente texto incumbe exclusivamente a su autora, y no representa en modo alguno la posición oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de su Secretaría.

2 Véase, para un estudio detallado de la cuestión, MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Derechos Económicos y Sociales*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 359-412.

3 Los órganos de control que recoge la Carta Social Europea son el Comité de Expertos Independientes y el Subcomité del Comité Social Gubernamental (artículos 25 y 27 respectivamente). Respecto del mecanismo de control en este ámbito debe tenerse en cuenta asimismo otros textos como el Protocolo de enmienda a la Carta Social Europea, de 21 de octubre de 1991, el Protocolo adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, de 9 de noviembre de 1995, y la Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996. España tan sólo es parte del primero de esos tres textos.

de 1966, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, surgidos en el ámbito de Naciones Unidas. De la garantía de los derechos civiles y políticos se ocupa en el Consejo de Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, 'el TEDH' o 'el Tribunal'), mientras que los derechos económicos y sociales se protegen mediante un mecanismo no jurisdiccional, el Comité de Derechos Sociales. La principal diferencia entre ambos es, pues, su justiciabilidad, ya que, respecto de los derechos civiles reconocidos por el Convenio y sus Protocolos, el TEDH se expresa mediante Decisiones y Sentencias con carácter obligatorio para los Estados, lo que no es el caso de los informes emitidos en el marco de los procedimientos ante el Comité de Derechos Sociales, ni siquiera de las Decisiones emitidas por el dicho Comité cuando conoce de reclamaciones colectivas sobre derechos económicos y sociales. No se trata, sin embargo, de compartimentos estanco.

El propio Tribunal ha reconocido desde antiguo y, en particular, desde su Sentencia *Airey contra Irlanda*, de 9 de Octubre de 1979, que muchos de los derechos civiles y políticos enunciados en el Convenio tienen proyecciones de orden económico y social: «(...) el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida en cada momento (STEDH *Marckx c. Bélgica*, 13 de Junio de 1979, § 41), y está diseñado para proteger al individuo de forma concreta y efectiva en las áreas de su competencia (...). Si bien el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, como [ya lo hacía] la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio»⁴.

Varias vías son posibles para que la protección dispensada por el Convenio se extienda a derechos que en principio no están cubiertos por él: por una parte, mediante la inclusión de esos derechos de forma expresa en el sistema del Convenio, como es el caso del trabajo forzado (art. 4 CEDH), del derecho a crear sindicatos, a sindicarse o a no sindicarse (art. 11 CEDH) o del derecho a la educación (art. 2 del Protocolo n.º 1 al CEDH); por otra, a través de la aplicación de derechos civiles y políticos en el ámbito laboral (por ejemplo, el derecho a la vida privada del cura católico al que no se renueva su contrato de trabajo por defender el celibato opcional⁵); o mediante la integración indirecta que realiza el Tribunal Europeo a través de una interpretación evolutiva, dinámica y efectiva de derechos que sí están contemplados de manera expresa en el Convenio, «instrumento vivo»⁶, o a través de los conceptos autónomos desarrollados en su jurisprudencia («domicilio», «propiedad», etc.). Tal es el caso, por ejemplo, de los derechos de los extranjeros, no protegidos expresamente por el Convenio, que no les concede el derecho, como tal, a no ser expulsados o extraditados⁷ o de las pensiones, que se incluyen en el concepto de «propiedad» del artículo 1 del Protocolo n.º 1. La

4 Par. 26.

5 STEDH de Gran Sala de 12 de Junio de 2014. *Fernández Martínez c. España*

6 STEDH de 25 de Abril de 1978. *Tyrer c. Reino Unido*, § 31.

7 De esta misma autora, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de extranjeros», en *Estudios sobre Derecho de extranjería*, pp. 191-207. Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2005.

importancia de la protección de los derechos económicos y sociales y su conexión con los derechos que, como tales, sí están consagrados en el Convenio, han llevado al Tribunal a examinar casos en los que están en juego algunos de esos derechos, «transformándolos» en derechos civiles con dimensión social, o bien mediante una interpretación evolutiva y abierta, como se ha indicado, «llenando de contenido» los derechos incluidos en el Convenio de 1950 y sus Protocolos adicionales para adaptarlos a las condiciones de vida actuales. Otra posibilidad de dar cabida a los derechos sociales en la Jurisprudencia del TEDH se realiza a través de la doctrina de las obligaciones positivas⁸. Empezaremos por esta última.

II. OBLIGACIONES POSITIVAS DE LOS ESTADOS

Los derechos sociales han tenido su entrada en el sistema del Convenio también mediante las *obligaciones positivas* de los Estados Parte, doctrina acuñada por el propio Tribunal Europeo en su jurisprudencia: en virtud de los principios de interpretación evolutiva y dinámica del Convenio y de interpretación efectiva, ya mencionados, el Tribunal adopta una posición más garantista con el objetivo de brindar mayor protección a los derechos y libertades de las personas sujetas a su jurisdicción, haciendo que los derechos no sean teóricos o ilusorios. La interpretación finalista o teleológica de las obligaciones asumidas por los Estados permite al Tribunal extender el ámbito de aplicación de los derechos del Convenio, que no se limitan solo «a abstenerse de las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. A esta obligación negativa pueden, pues, añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar (...). Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada», como señaló el Tribunal en su sentencia *Marcx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979, relativa a la diferencia de trato entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, examinada bajo el ángulo del artículo 8 del Convenio. La vulneración del derecho fundamental tendría entonces su origen en una carencia de tipo material (por ejemplo, en la falta de cuidados médicos a un detenido) o en una laguna legislativa, y surge de la negligencia o la pasividad de las autoridades.

El Tribunal examina si las autoridades nacionales conocían o deberían haber conocido la existencia de un riesgo real e inmediato para el individuo que ponga en grave peligro la efectiva vigencia del derecho en cuestión, y si adoptaron todas las medidas que estaban a su alcance para poner fin a dicha situación y para evitar razonablemente que el riesgo siguiera existiendo.

El reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas por parte del Estado conduce a preguntarse sobre la extensión de tales obligaciones cuando está en juego la propia supervivencia del individuo, es decir, si la denegación, o la interrupción, por parte de las autoridades, de prestaciones esenciales (por ejemplo, en materia sanitaria o de vivienda, entre otras) puede suponer la violación de derechos sustantivos⁹. Este aspecto será tratado más adelante.

8 MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., «Los derechos económicos y sociales ...», *op. cit.*, pp. 359-412.

9 LÓPEZ GUERRA, L., «Crisis económica y Derechos humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 399-414, 403, 404.

La cuestión de las condiciones de trabajo aparece también en la jurisprudencia del Tribunal muy claramente a partir de su Sentencia de 26 de julio de 2005 dictada en el asunto *Siliadin c. Francia*: la demandante, de nacionalidad togolesa, menor y en situación irregular, vivía en Francia con una familia de alto nivel económico y cultural, ocupándose de las tareas domésticas y del cuidado de los niños, trabajando sin horarios, sin descanso, sin vacaciones y sin remuneración. El Tribunal se apoya en la situación de gran vulnerabilidad en la que se encontraba la demandante para afirmar que, como mínimo, había sido objeto de un trabajo forzado y había estado sometida a una situación de servidumbre. Además de esta conclusión sobre el trabajo forzado contrario al artículo 4 del Convenio como consecuencia de las condiciones de trabajo particularmente duras a las que estaba sometida la demandante, el Tribunal afirma, en lo que ahora nos ocupa, que del citado artículo 4 se derivan necesariamente obligaciones positivas para los Estados que exigen la criminalización y la represión efectiva de todo acto tendente a mantener a una persona en ese tipo de situación¹⁰.

En su Sentencia de 7 de enero de 2010 dictada en el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal concluyó que se había vulnerado también, entre otros, el artículo 4 del Convenio. El caso, que trata de la muerte sospechosa de una mujer rusa de 20 años que había sido contratada en Chipre como artista de cabaret y, en realidad, explotada sexualmente, es importante por varios motivos:

- a) Por primera vez el Tribunal considera que el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una nueva forma de esclavitud que se incluye en el campo de aplicación del artículo 4 del Convenio,
- b) establece la obligación positiva de los Estados de proteger a las víctimas (o a las víctimas potenciales) de trata de seres humanos y explotación, introduciendo las medidas legislativas y administrativas necesarias y la adopción de medidas de protección,
- c) establece la obligación procesal de investigar los hechos, tanto por parte del Estado de origen como del o de los Estados de tránsito y/o destino.

El TEDH insistió en el incumplimiento por parte de Chipre de su obligación de crear el dispositivo legal y administrativo adecuado para luchar contra el tráfico de personas con fines sexuales, por no haber protegido a la demandante a pesar de que existían motivos suficientes para considerar que su vida corría peligro (peligro que ella misma había denunciado ante la policía chipriota) y condenó igualmente a Rusia porque sus autoridades no habían investigado correctamente cuándo y dónde había sido contratada la Sra. Rantsev, ni quiénes la contrataron y de qué manera.

En su Sentencia de 30 de marzo de 2017 dictada en el caso *Chowdury y otros c. Grecia*, el Tribunal condenó al Estado demandado por su insuficiente reacción frente a una situación de trata de seres humanos resultante de la explotación de la vulnerabilidad de 42 trabajadores migrantes bangladesíes sin permiso de trabajo ni de residencia, que fueron contratados en Grecia como trabajadores agrícolas temporeros, con la promesa de un salario de 22 euros al día, en condiciones de alojamiento indignas, horarios agotadores y

10 Par. 112 de la Sentencia citada.

bajo la vigilancia de hombres armados. Se convocaron varias huelgas y se produjo un episodio en el que uno de los guardias disparó contra una centena de trabajadores, hiriendo gravemente a una parte de ellos. Se dictaron penas de prisión contra los empleadores y autores de los disparos, que fueron condenados por lesiones pero no por tráfico de personas, como había solicitado el fiscal. Ante el Tribunal, los demandantes estimaron haber sido víctimas de trabajo forzado y denunciaron la ausencia de reacción por parte de las autoridades¹¹.

El TEDH recordó que la noción de tráfico de personas no se limita a la explotación sexual sino que abarca también otro tipo de situaciones que se encuentran recogidas en la definición que de tal término realiza el artículo 4 a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, lo cual pone en evidencia la estrecha relación existente entre el trabajo forzado u obligatorio y la trata de seres humanos. El consentimiento del trabajador, que puede verse obligado a aceptar tal situación por necesidad, no basta para excluir la calificación de un trabajo como «forzado». Cuando un empleador abusa de su poder o se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de sus empleados para explotarlos, estos últimos no prestan su trabajo de manera voluntaria. Esta cuestión debe ser examinada a la luz de las circunstancias del caso. En el presente caso, el Tribunal estimó que las condiciones de trabajo de los demandantes permitían claramente considerar su situación como constitutiva de trabajo forzado y de trata de seres humanos, tal y como la define el artículo 3 a) del Protocolo adicional al Convenio de las Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada (Protocolo de Palermo) y el artículo 4 del Convenio contra la trata del Consejo de Europa de 16 de Mayo de 2005, tal y como es interpretado por el Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA). El Tribunal concluyó que el Estado demandado no respetó sus obligaciones positivas en la materia: prevenir la situación de trata, proteger a las víctimas, llevar a cabo una investigación efectiva y sancionar a los responsables. GRETA ha indicado recientemente, en su informe anual de 2017, que la explotación laboral aumenta en toda Europa hasta el punto de que, en varios países, «ha superado a la explotación sexual como principal forma de tráfico de personas», siendo el retrato robot de la víctima un hombre que trabaja en la agricultura, la construcción y la pesca. GRETA ha urgido, además, a España, en su informe-país publicado el 20 de junio de 2018 a que «adopte, como cuestión prioritaria» un plan de acción integral que incluya medidas para combatir la explotación laboral.

Estos casos examinados hasta ahora bajo el epígrafe de «obligaciones positivas» corresponden a uno de los escasos derechos claramente «económicos y sociales» reconocidos expresamente en el CEDH, en concreto, en su artículo 4, que prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados. Otros ejemplos de obligaciones positivas se abordarán en epígrafes posteriores. Más adelante se expondrá algún otro ejemplo en este sentido.

En otro orden de cosas y para concluir este apartado, se hará referencia a un gravísimo caso de efectos de la crisis económica dentro del marco de las obligaciones positivas del Estado: en el caso *Nencheva y otros c. Bulgaria*¹², el Tribunal consideró vulnerado el artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio, por el fallecimiento de 15 niños con graves minusvalías psíquicas, por falta de alimentos, calefacción y cuidados de base durante 3 meses del

11 Ver también STEDH de 17 de Enero de 2017 dictada en el caso *J. y otros c. Austria*, n.º 58216/12.

12 STEDH de 18 de Junio de 2013.

invierno de 1996-1997. El Tribunal entendió que se trataba de personas vulnerables cuya vida había sido puesta en peligro mientras se encontraban bajo la responsabilidad y la asistencia del Estado, plenamente consciente de la situación. Se trataba pues, de una cuestión que afecta no sólo a la condición individual de los demandantes, padres de los niños fallecidos, sino de una cuestión de interés público. Las autoridades nacionales tenían, por tanto, la obligación de adoptar de manera urgente las medidas necesarias para proteger la vida de los niños. Fueron, sin embargo, incapaces de reaccionar, durante meses, a los repetidos mensajes de alerta de la directora de la institución sobre la situación en la misma o la falta de asistencia médica rápida y apropiada. Debían, además, facilitar las explicaciones sobre las causas de los fallecimientos y las eventuales responsabilidades, mediante un procedimiento penal iniciado de oficio. Dicho procedimiento tardó no obstante dos años en empezar y ocho años en tramitarse, y no tuvo la amplitud necesaria para dilucidar todas las circunstancias del caso, determinar los factores que contribuyeron a los fallecimientos en cuestión ni examinar los errores del sistema y la imposibilidad de reacción rápida y apropiada del mismo frente al riesgo existente para la salud y la vida de los niños, ni para garantizar, por tanto, que tales acontecimientos puedan repetirse.

III. PRESTACIONES SOCIALES Y DERECHO DE PROPIEDAD

En la evolución jurisprudencial a la que se ha hecho referencia, el Tribunal ha procedido a una interpretación abierta y extensiva de algunas disposiciones que han permitido dar cabida a situaciones de marcado carácter social y, en particular, del artículo 1 del Protocolo n.º 1, que protege el derecho de todos «al respeto de sus bienes» y que consagra la garantía de la propiedad.

La cuestión de saber si los derechos a una pensión de jubilación o de viudedad están cubiertos por la noción de «bien» del artículo 1 del Protocolo n.º 1 ha sido examinada por el Tribunal normalmente en supuestos en los que existía discriminación (por razón de género, de nacionalidad, etc.) en la atribución de este tipo de pensiones. Se combinan en este caso la creación de conceptos autónomos por parte de la jurisprudencia del TEDH con el ámbito de aplicación del principio de no discriminación. Es el caso de la Sentencia de 11 de junio de 2002 dictada en el asunto *Willis c. Reino Unido*, en la que la negativa de las autoridades a conceder al demandante, que había dejado de trabajar para ocuparse de su esposa enferma y de los hijos comunes, una prestación por viudedad y una prestación de «madre viuda» tras el fallecimiento de su esposa, que había trabajado y cotizado toda su vida a la seguridad social y había sido el principal sustento de la familia, fue considerada como una vulneración del artículo 14 del Convenio combinado con el 1 del Protocolo n.º 1¹³.

El Tribunal ha declarado igualmente que un trato diferente en el cálculo del importe del derecho a una pensión entre nacionales y no nacionales (entre ciudadanos letones y «residentes no ciudadanos» de origen ruso) constituye una violación del artículo 14 del Convenio, puesto que esa discriminación, basada en la nacionalidad, afectaba a un derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo n.º 1¹⁴.

13 Par. 36.

14 STEDH de Gran Sala de 18 de Febrero de 2009 dictada en el caso *Andrejeva c. Letonia*.

En este contexto puede también mencionarse la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, en el asunto *Koua Poirrez c. Francia*, en la que el Tribunal examina la negativa del Estado demandado a conceder al demandante una prestación por minusvalía, ya que dichas prestaciones estaban limitadas por ley a ciudadanos franceses. Para el Tribunal, la diferencia de trato en cuanto a la concesión de prestaciones sociales entre los ciudadanos franceses, o de países que hubieran firmado una convención de reciprocidad, y los otros extranjeros, no descansa en ninguna justificación objetiva y razonable. Considera incluso el TEDH que, aunque Francia no estuviera obligada en el momento de los hechos por acuerdos de reciprocidad con Costa de Marfil, Estado de la nacionalidad del demandante, se había comprometido, al ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a reconocer a toda persona sometida a su jurisdicción, lo cual era el caso del demandante sin ninguna duda, los derechos y libertades reconocidos en el Título I del Convenio¹⁵ (artículo 1 del Convenio). El Tribunal tuvo en cuenta que el demandante, que no tenía nacionalidad francesa, había sido sin embargo, adoptado por un ciudadano francés, residía en Francia y era titular de un carné de invalidez expedido por las autoridades francesas. Por todo ello concluyó el Tribunal que la diferencia de trato no estaba justificada.

Un caso de diferencia de trato en contexto de pensiones de viudedad fue examinado por el Tribunal en la Sentencia *Muñoz Díaz contra España*, de 8 de Diciembre de 2009, en la que la existencia de las condiciones necesarias para la obtención de dicha pensión se relacionaba con la presunción de buena fe asumida en el matrimonio religioso (católico) y la ausencia de tal presunción en el matrimonio contraído por el rito propio de la cultura gitana (no reconocido civilmente). El caso trataba sobre la negativa de las autoridades a reconocer la validez de un matrimonio gitano a los efectos de la atribución de una pensión de viudedad. Cuando la Sra. Muñoz Díaz se casó en 1971 por el rito gitano, el único matrimonio válido, salvo apostasía, era el matrimonio canónico de la Iglesia católica. Aunque tras la entrada en vigor de la Constitución del 1978 la demandante habría podido casarse civilmente, el Tribunal consideró que, para ella, el matrimonio contraído por el rito gitano producía los mismos efectos que el matrimonio civil. Para apreciar su buena fe, el Tribunal tuvo en cuenta la pertenencia de la demandante a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio contraído según sus propios ritos y tradiciones nunca se había puesto en duda, ni dicho matrimonio se había considerado contrario al orden público por las autoridades nacionales. También tomó nota de la existencia de un consenso internacional entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto al reconocimiento de las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida. La firme convicción de la Sra. Muñoz Díaz de su condición de mujer casada se vio indudablemente reforzada, en el caso concreto, por el hecho de que las autoridades le habían reconocido la calidad de esposa de M.D. y de madre de familia numerosa. Esto había creado en la demandante el convencimiento legítimo de ser la esposa de M.D. y de formar con él una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M.D. es, pues, natural, que la demandante hubiera alimentado la esperanza de obtener una pensión de viudedad, que además le fue efectivamente reconocida por el juez de lo social en primera instancia. Por lo tanto, el no reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante a los fines de la obtención de la pensión de

15 Par. 49 de la Sentencia citada.

viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades, omitiendo así tomar en consideración las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A la vista de las circunstancias propias del presente caso y teniendo en cuenta que el Estado había atribuido a la demandante y a su familia un libro de familia, que les había reconocido la condición de familia numerosa, que la interesada y sus seis hijos tenían derecho a la asistencia sanitaria y que su esposo, también de etnia gitana, había cotizado a la seguridad social durante más de diecinueve años, el TEDH concluye que es desproporcionado no reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de cobro de la pensión de viudedad en el caso concreto.

Resulta también de relevancia a los efectos comentados la Sentencia dictada en el caso *Manzanas Martín c. España*, de 3 de Abril de 2012, por la que el Tribunal condenó al Estado español por vulneración del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 en virtud de la diferencia de trato existente en materia de pensiones de jubilación entre ministros de diferentes religiones a la hora de tomar en consideración los años de actividad pastoral en el cálculo de la pensión de jubilación de los sacerdotes católicos y de los pastores evangélicos. En efecto, los sacerdotes católicos fueron incluidos en el régimen de la Seguridad Social 22 años antes que los pastores evangélicos, a quienes no se les permitía integrar los años de actividad pastoral anteriores a su afiliación al régimen de la Seguridad Social, para así poder completar el período mínimo de cotización exigido para tener derecho a pensión. El juez de lo social consideró que esta diferencia de trato era contraria al carácter aconfesional del Estado español, y le dio la razón al demandante en la primera instancia. La sentencia fue, no obstante, revocada. A pesar del margen de apreciación con el que cuentan los Estados en la materia, el TEDH estimó que el Gobierno no había justificado las razones de tal diferencia de trato entre situaciones similares, teniendo en cuenta que la misma estaba fundada exclusivamente en el tipo de confesión religiosa a la que el demandante pertenecía¹⁶.

Desde un ángulo distinto al derecho de propiedad la jurisprudencia del TEDH protege también los derechos procesales en el marco de los procedimientos laborales, a los que considera «contestaciones en materia civil» incluidas —y protegidas— por el artículo 6 del Convenio (derecho a un juicio justo). Se garantiza, en efecto, entre otros, el derecho a la ejecución correcta y sin dilaciones de las sentencias dictadas por los tribunales de la jurisdicción social. En la Sentencia *García Mateos c. España*, de 19 de Febrero de 2013, el TEDH condenó al Estado español por vulneración del derecho a un juicio justo, en su vertiente del derecho a la ejecución de sentencias firmes. El caso trataba de la negativa de una empresa a adecuar los horarios laborales de una empleada para el cuidado de su hijo, impidiendo o, al menos, dificultando, la conciliación de su vida profesional con su vida familiar. La condena intervino porque, a pesar de que el derecho a esa adecuación de horarios le había sido reconocido a la demandante por el Tribunal Constitucional, tal reconocimiento no fue, sin embargo, efectivo, ni por parte de los tribunales laborales ordinarios

16 Ver también, STEDH de Gran Sala dictada en el caso *Fabian c. Hungría*, de 5 de Septiembre de 2017, sobre diferencia de trato con respecto a las pensiones de jubilación entre trabajadores del sector público y del sector privado (no vulneración) o Decisión (de inadmisión) en el caso *Gellértbegyi y Balla, y Balláné Gál c. Hungría*, de 6 de Marzo de 2018, sobre diferencia de trato con respecto a las pensiones de jubilación entre trabajadores del sector público (funcionarios) y trabajadores en régimen laboral en el sector público. Ver igualmente STEDH de Gran Sala de 6 de Julio de 2005 dictada en el caso *Stec y otros c. Reino Unido*, sobre diferencia de trato entre hombres y mujeres ante prestaciones por accidente de trabajo.

ni por parte del alto tribunal. Este último, en un segundo procedimiento de amparo, que él mismo decidió abordar como incidente de ejecución de su primera Sentencia, volvió a dar la razón a la demandante. Sin embargo, y puesto que su hijo ya había cumplido la edad máxima legalmente establecida para poder disfrutar de la adecuación de horarios laborales, la demandante solicitaba entonces una indemnización. El auto dictado por el Tribunal Constitucional consideró que su primera sentencia había sido ejecutada inadecuadamente, declaró nula también la segunda sentencia del juez de lo social pero estimó, sin embargo, innecesaria la retroacción del procedimiento debido a la edad del menor, entendiendo que la fijación de una indemnización alternativa no le era posible en aplicación del artículo 92 LOTC¹⁷.

IV. ¿QUÉ OCURRE EN CASOS DE REDUCCIÓN, DENEGACIÓN O INTERRUPTIÓN DE PRESTACIONES DERIVADAS DE SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA?

En algunos supuestos muy específicos respecto de personas totalmente dependientes de la acción de los poderes públicos, como pueden ser, por ejemplo, los reclusos en establecimientos penitenciarios, pueden darse lugar a vulneraciones de derechos sustantivos (*Rotaru contra Moldavia*, STEDH de 15 de Febrero de 2011). El Tribunal debe examinar estos casos desde el punto de vista de los derechos civiles y políticos protegidos por el Convenio, pronunciándose sobre las consecuencias humanas de la crisis económica, respetando el principio de subsidiariedad, de proporcionalidad y de no discriminación así como el margen de apreciación de los Estados, preservando siempre los derechos inderogables, es decir, aquellos que constituyen el núcleo duro de los derechos fundamentales protegidos por el Convenio, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida, la prohibición de las torturas y malos tratos o la prohibición de la esclavitud. Si bien el derecho general de una persona a recibir prestaciones necesarias para su supervivencia, como consecuencia de mandatos concretos del Convenio, no aparece reconocido en la jurisprudencia del Tribunal, no cabe, sin embargo, excluir totalmente que ciertos derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física o a la vida familiar puedan aplicarse al ámbito de las prestaciones sociales. Se trata, siempre, de un examen individualizado, casuístico, que analiza la posible vulneración de alguno de los derechos citados y no la existencia o no del derecho, como tal, a una prestación económica determinada.

Un buen ejemplo puede ser el caso *Koufaki y Adedy c. Grecia*¹⁸ relativo a la disminución de salarios, pensiones y otras prestaciones sociales en el sector público como consecuencia de las medidas de austeridad adoptadas en 2010-2011, que sigue la jurisprudencia constante según la cual el derecho de propiedad no garantiza un salario o una pensión de un importe determinado. Pero la Decisión es, no obstante, importante, en la medida en que el Tribunal se coloca explícitamente en el contexto «de una crisis excepcional y sin precedentes en la historia reciente de Grecia». El Tribunal afirma que, teniendo en cuenta las circunstancias, el legislador dispone de una «gran latitud» en la materia, de

¹⁷ Indirectamente se protege también en este caso el derecho a la maternidad, inherente al derecho de la vida familiar, consagrado en el artículo 8 del Convenio.

¹⁸ Decisión de inadmisión de 7 de Mayo de 2013.

un amplio margen de apreciación. Salvo arbitrariedad o irracionalidad, la decisión del legislador en un contexto de crisis entra dentro de su margen de apreciación. El juez internacional se autolimita por la invocación del principio de subsidiariedad. Su función no es, pues, hacer política económica¹⁹.

Otro ejemplo claro de esa amplitud en el margen de apreciación del que disponen las autoridades de los Estados en este ámbito y de la autolimitación del Tribunal lo constituye la Sentencia *Mamatás y otros c. Grecia* de 21 de Julio de 2016, que trata sobre la imposición de una reducción del valor nominal de ciertas obligaciones sin recabar el consentimiento de sus titulares personas físicas, para disminuir el importe de la deuda pública. Los títulos de los demandantes fueron anulados y sustituidos por nuevos títulos que suponían una pérdida del 53,5 %.

El Tribunal entendió que esta aceptación forzosa de los nuevos títulos constituía una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes garantizado por el artículo 1 del Protocolo n.º 1. La injerencia perseguía no obstante un fin de utilidad pública —el mantenimiento de la estabilidad económica y la reestructuración de la deuda— en un momento en el que Grecia atravesaba una grave crisis económica. El Tribunal estimó por ello que los demandantes no habían sufrido una carga especialmente excesiva, teniendo en cuenta en particular el amplio margen de apreciación de los Estados en la materia así como la disminución del valor de los títulos ya afectados por la reducción de la solvencia del Estado, que no habría probablemente podido hacer frente a las obligaciones derivadas de las cláusulas incluidas en los títulos antiguos antes de la entrada en vigor de la nueva ley. El Tribunal consideró también que la reestructuración de la deuda pública constituía una medida apropiada y necesaria para la reducción de la misma y para evitar la suspensión de pagos del Estado, que la inversión en obligaciones no estaba exenta de riesgos y que los demandantes debían ser conscientes del riesgo de una pérdida de valor eventual de sus títulos, a la vista del déficit y del endeudamiento elevados en Grecia, incluso antes de la crisis de 2009.

Por su parte, en la Decisión *P. Plaisier B.V. y otros c. Holanda*, de 7 de Diciembre de 2017, sobre medidas presupuestarias de austeridad y su compatibilidad con el Protocolo n.º 1, el Tribunal recapitula de manera detallada los casos examinados relativos a este tipo de medidas. Globalmente, entiende el TEDH, las medidas adoptadas en el Estado demandado no sobrepasaban los límites del margen de apreciación permitido en materia fiscal, y no rompían el equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales de las empresas demandantes. El Tribunal recuerda que ya había aceptado medidas de austeridad adoptadas por otros países —como los recortes en salarios del sector público (Decisión *Koufaki y Adedy c. Grecia*, precitada) y en las restricciones impuestas a los titulares de bonos del Gobierno griego (Sentencia *Mamatás y otros c. Grecia*, precitada)— que eran mucho más dramáticas en sus efectos sobre los individuos que la sobrecarga impositiva en cuestión en el presente caso, y que las del Estado demandado se inscribían también dentro del objetivo perseguido de respetar las reglas presupuestarias fijadas por la Unión Europea.

El Tribunal concluyó sin embargo que se había vulnerado el art. 1 del Protocolo n.º 1 en un caso de imposición exageradamente elevada del importe de una indemnización

19 Ver también STEDH de 8 de octubre de 2013 dictada en el caso *Da Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal* y Decisión de 15 de Octubre de 2013 dictada en el caso *Savickas c. Lituania*.

por despido. El caso trataba de una funcionaria despedida el 27 de mayo de 2011, con efectos al 28 de Julio de 2011, con derecho a indemnización correspondiente al importe de sus vacaciones no utilizadas y a 8 meses de sueldo. Estas sumas fueron gravadas en virtud de una ley que entró en vigor el 14 de Mayo de 2011 y que aumentaba el tipo impositivo de las indemnizaciones por despido en el sector público. La demandante tuvo que soportar una carga impositiva de alrededor de un 52 % sobre su indemnización por despido, mientras que el tipo impositivo general sobre la renta era de un 16 % en el periodo en cuestión. Se trata de la Sentencia de 14 de mayo de 2013 dictada en el caso *N.K.M. c. Hungría*.

Para el Tribunal, la indemnización por despido es un interés esencial que «ya había sido ganado o constituía un crédito seguro», por lo que se trataba de un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo n.º 1. La medida impositiva tenía por objeto proteger las finanzas públicas contra el gasto excesivo. Pero aunque los Estados tienen un amplio margen de apreciación en materia fiscal que puede ajustar, limitar o reducir el importe de la indemnización por despido, el tipo impositivo del 52 % aplicado a la demandante excedía considerablemente el tipo aplicable a las demás rentas y, en particular, a esas indemnizaciones en el sector privado. El Tribunal considera que la demandante tuvo que soportar una carga excesiva y desproporcionada. Además, el impuesto fue retenido directamente por el empleador, sin evaluación personalizada de la situación de la demandante, y se aplicó sobre ingresos obtenidos en actividades anteriores al año fiscal en cuestión. Una imposición a un tipo mucho más elevado que el que estaba en vigor en el momento en el que la renta se generó puede considerarse como una limitación no razonable del derecho de propiedad protegido por el artículo 1 del Protocolo n.º 1, por lo que la medida en cuestión se consideró desproporcionada con respecto al objetivo legítimo perseguido.

V. EL DESPIDO POR RAZÓN DE GÉNERO O DE ORIENTACIÓN SEXUAL, O POR MOTIVOS RELIGIOSOS

Las Sentencias de 27 de Septiembre de 1999 dictadas en los casos *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido* y *Smith y Grady c. Reino Unido*, y de 22 de Octubre de 2002, *Perkins y R. c. Reino Unido* y *Beck, Copp y Bazaley c. Reino Unido*, trataban sobre el despido de miembros de las fuerzas armadas del Reino Unido por el único motivo de su orientación sexual, en virtud de una reglamentación del ministerio de Defensa. Los demandantes alegaban que la investigación sobre su sexualidad, y su despido en virtud de la prohibición total de que los homosexuales prestaran sus servicios en el ejército vulneraban sus derechos a la vida privada y a la prohibición de discriminación. El Tribunal consideró que las medidas adoptadas frente a los demandantes habían constituido injerencias especialmente graves de los derechos invocados y sin razones convincentes ni sólidas.

Por su parte, la Sentencia *Emel Boyraz c. Turquía* de 2 de Diciembre de 2014 expone un caso de despido en el sector público por el que una empresa de electricidad despide a la demandante exclusivamente por razón de género, a pesar de llevar trabajando casi tres años en dicha empresa como agente de seguridad, por no ser un hombre y no haber, por tanto, prestado el servicio militar. El Tribunal condenó a Turquía por vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 por entender que el simple hecho de que los agentes de seguridad deban trabajar por la noche en zonas rurales y utilizar armas de

fuego y su fuerza física en caso de agresión no justifica, por sí solo, una diferencia de trato entre hombres y mujeres. Por otra parte, los motivos del despido de la demandante no se relacionaban con una presunta incapacidad para asumir tales riesgos o responsabilidades, ya que nada indicaba que no hubiera sido capaz de asumirlos en el desempeño de sus funciones, sino con la decisión de las jurisdicciones administrativas turcas, que no habían no obstante justificado la exigencia de que solo agentes masculinos pudieran ser empleados como agentes de seguridad por la agencia pública de electricidad.

En otro orden de cosas el Tribunal ha examinado también diversas situaciones relacionadas con la religión y con los símbolos religiosos que han dado lugar a despidos o que han tenido consecuencias disciplinarias. Valga por todas, como ejemplo, la Sentencia de 26 de Noviembre de 2015 dictada en el caso *Ebrahimian c. Francia*, sobre no renovación de un contrato de empleada en un hospital por la negativa de la demandante a retirar el pañuelo islámico que cubría su cabeza. El Tribunal consideró que la restricción en el ejercicio de la libertad religiosa de la demandante estaba justificada y perseguía el objetivo legítimo de la protección de los derechos y libertades de los demás. En cuanto a la necesidad de la medida, el Tribunal observó que la administración había indicado a la demandante las razones de su decisión en el marco del servicio psiquiátrico de un hospital. Por otra parte, y según habían determinado las jurisdicciones internas, la exigencia de neutralidad impuesta a la demandante era aún más importante por sus contactos con los pacientes que se encontraban en estado de fragilidad o de dependencia. El Tribunal tuvo en cuenta el principio de laicidad-neutralidad del estado imperante en Francia y recordó que no le correspondía apreciar o evaluar tal modelo en sí mismo, incumbiendo al juez administrativo la supervisión del carácter desproporcionado o no de la injerencia en el derecho a la libertad de conciencia de los agentes públicos frente a la invocación de neutralidad del Estado²⁰.

VI. EL DERECHO A LA VIVIENDA

El derecho a la vivienda, en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar o con la prohibición de malos tratos, por ejemplo, en casos en los que están en juego minorías o grupos vulnerables, como los gitanos o los niños ha sido también ampliamente examinado por el Tribunal: en la Sentencia *Yordanova c. Bulgaria*, de 24 de Abril de 2012, los demandantes, de etnia gitana, se quejaban de la orden del ayuntamiento de desalojar sus viviendas, en las que había residido ilegalmente durante muchos años, pero bajo un régimen de tolerancia *de facto*. El Tribunal estimó que el derecho de esas personas a la vida privada se había visto vulnerado, por la falta de ponderación de las autoridades de la necesidad del desalojo, a la vista de la posición especialmente vulnerable de los miembros del colectivo gitano y de la falta de previsión para su realojo en condiciones aceptables²¹.

20 Para un repaso de los principios aplicables en cuanto a la prohibición de llevar ropa que oculte el rostro (burka, niqab) en el espacio público, puede consultarse la Sentencia de Gran Sala de 1 de Julio de 2014 dictada en el caso S.A.S. (Demanda n.º 43835/11).

21 Para evitar repeticiones, me remito a López Guerra, L., « Crisis económica y Derechos humanos », *op. cit.*, pp. 406-408 en cuanto al análisis de este derecho y a su aplicación a personas vulnerables y, en particular, en cuanto

En *Bagdonavicius y otros c. Rusia*, Sentencia de 11 de Octubre de 2016, el Tribunal concluyó igualmente que se había vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar en un caso de demolición de viviendas y evicción forzosa de los demandantes, de etnia gitana. Estimó que no se había realizado un examen de proporcionalidad en el marco de los procedimientos relativos a la demolición y que las autoridades nacionales no habían consultado con los interesados sobre las posibilidades de realojo en función de sus necesidades y con carácter previo a su expulsión forzosa.

Algunos casos relativos al derecho a la vivienda se han examinado por el Tribunal desde disposiciones diferentes a las ya citadas, que parecerían en principio menos evidentes para albergar estas situaciones. Mediante la interpretación evolutiva del Convenio y sus Protocolos, la jurisprudencia del TEDH permite el examen de casos desde diferentes ángulos. Valga como ejemplo la Sentencia de Gran Sala de 6 de Noviembre de 2017 dictada en el caso *Garib c. Holanda*, en el que la demandante, beneficiaria de una prestación social, se quejaba de las restricciones de residencia impuestas en un barrio de Rotterdam que hasta entonces se caracterizaba por una alta tasa de desempleo, y entendía que dichas restricciones para seguir residiendo en dicho barrio (entre otras, tener un determinado nivel de renta) le impedían elegir libremente su lugar de residencia (aunque el propietario de su vivienda de alquiler le había propuesto otra en el mismo barrio). El Tribunal concluyó que la no concesión de la autorización de residencia que le habría permitido residir en la vivienda de su elección en el barrio en cuestión no tuvo consecuencias que pudieran asimilarse a una exigencia desproporcionada, por lo que no se vulneró el artículo 2 del Protocolo n.º 4 (libertad de circulación / derecho a elegir libremente su residencia).

También se han examinado estas cuestiones relativas a la vivienda desde el prisma de la (no) ejecución de sentencias firmes. En la Sentencia *Tchokontio Happei c. Francia*, de 9 de Abril de 2015, por ejemplo, el Tribunal entendió vulnerado el artículo 6 del Convenio por la inexecución de una sentencia firme sobre realojo en un caso en el que las autoridades habían asegurado a la demandante la prioridad de realojo porque su vivienda social era insalubre. En la Sentencia piloto *Gerasimov c. Rusia*, de 1 de Julio de 2014, por su parte, el Tribunal sacó a la luz la existencia de un problema sistémico de falta de adecuación entre la obligación social del Estado de proporcionar una vivienda o prestaciones en especie a ciertas personas, reconocida por sentencia firme, y la incapacidad de las autoridades de respetar tal obligación, en la práctica, mediante la invocación frecuente de la falta de medios.

VII. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación, otro de los escasos derechos puramente económicos y sociales reconocidos por el Convenio y sus Protocolos, del que derivan obligaciones positivas para los Estados consistentes en el deber de adoptar las medidas necesarias para poner en práctica un sistema de educación primaria y secundaria gratuito, se garantiza por el artículo 2 del Protocolo n.º 1 al Convenio. Los Estados no tienen la obligación de

a los casos contra España examinados en ese contexto.

organizar un sistema de educación y de enseñanza determinado, o de privilegiar un modelo didáctico u otro, o de establecer programas escolares de un contenido particular. Este margen de apreciación debe garantizar, sin embargo, que el acceso a la educación no sea discriminatorio y que se respeten las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, ya sea asegurando una enseñanza pluralista o bien garantizando la posibilidad para los alumnos de ser dispensados de los cursos que herirían la sensibilidad de sus padres. Estas cuestiones se examinaron en la Sentencia de Gran Sala de 13 de Noviembre de 2007 dictada en el asunto *D.H. y otros c. República Checa*, relativa a la aplicación a niños gitanos de la legislación relativa a escuelas especiales para niños con minusvalía mental, tras la realización de un test de orientación. El Tribunal concluye que se había vulnerado el artículo 2 del Protocolo n.º 1 porque, aunque la legislación citada no tenía en un principio intención discriminatoria, su aplicación daba lugar a un número desproporcionadamente alto de orientaciones equivocadas en la educación de los niños gitanos. El Tribunal recuerda además que las diferencias de trato fundadas en la raza, el color o el origen étnico deben ser interpretadas lo más estrictamente posible, añadiendo que las mismas son discriminatorias si falta una justificación objetiva y razonable, es decir si no persiguen un fin legítimo, o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

En su Sentencia dictada en el caso *Enver Şahin c. Turquía*, de 30 de Enero de 2018, el Tribunal concluyó que se había vulnerado el artículo 2 del Protocolo n.º 1, (en la misma línea), por ausencia de evaluación concreta e individualizada de las necesidades de un estudiante minusválido para garantizarle la accesibilidad a los locales de la universidad. El Tribunal consideró que el Estado demandado no demostró que las autoridades nacionales hubieran reaccionado con la diligencia requerida para que el demandante pudiera continuar su educación en condiciones de igualdad con los demás estudiantes. La ayuda propuesta por el rectorado no tuvo en cuenta las necesidades reales del demandante ni consideró adecuadamente los efectos potenciales sobre su seguridad, su dignidad y su autonomía. Las jurisdicciones nacionales no verificaron, según concluyó el Tribunal, si existía un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del interesado, es decir, sus necesidades educativas, y los de la sociedad en su conjunto.

La Sentencia dictada en el caso *Döner y otros c. Turquía*, de 7 de Marzo de 2017, examina desde el punto de vista de la libertad de expresión, las reclamaciones de los demandantes, padres detenidos y perseguidos penalmente por presunta complicidad con una organización armada ilegal (el PKK) y juzgados por un tribunal de seguridad, por reivindicar para sus hijos menores el derecho a la enseñanza en idioma kurdo. Finalmente fueron absueltos. El Tribunal consideró que estas medidas constituyen una injerencia en el derecho al respeto de la libertad de expresión de los demandantes que, a pesar de haber sido absueltos, no han visto reconocido ni reparado su derecho. Tales injerencias no eran necesarias en una sociedad democrática. Aunque el Tribunal no subestima las dificultades de la lucha contra el terrorismo, éstas no eximen por sí solas a las autoridades nacionales de respetar sus obligaciones derivadas del artículo 10 del Convenio. El Tribunal tuvo en cuenta:

- i) que las demandas sobre la enseñanza en idioma kurdo en los colegios de primaria se presentaron cuando existía un importante debate público sobre los derechos sociales y culturales de los ciudadanos turcos de origen kurdo en Turquía y se trataba, por tanto, de una cuestión de «interés público»;

- ii) las autoridades utilizaron todo su arsenal jurídico de manera casi represiva, en vez de utilizar la vía penal con parsimonia;
- iii) ni las opiniones expuestas en las demandas ni la forma en la que se presentaron plantea duda alguna sobre su carácter pacífico, y el hecho de que las peticiones pudieran parcialmente coincidir con los objetivos de una organización armada ilegal no las excluye de la protección del artículo 10;
- iv) en el curso del proceso, la ley sobre los idiomas extranjeros en la enseñanza fue modificada, y prevé ahora este tipo de enseñanza en kurdo al menos en la enseñanza privada en un primer momento.

VIII. EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud incluye la obligación de los Estados de intervenir para prevenir y eliminar, en la medida de lo posible, todos los riesgos en materia de salud pública, en particular, los ligados al medio ambiente. El Convenio no reconoce en ninguna de sus disposiciones, ni en las de sus Protocolos, derecho alguno al medio ambiente, o a un medio ambiente sano o adecuado, ni siquiera un derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, como sí hace el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. El Tribunal, encargado de la aplicación e interpretación del Convenio, al que siempre define como un instrumento vivo, ha venido protegiendo indirectamente este derecho ligándolo, en particular, con el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, pero también, con el derecho a la vida o el derecho a la propiedad privada. Así, el Tribunal, en su Sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto *López Ostra c. España*, concluía en la vulneración del artículo 8 del Convenio, por las molestias (olores) producidas por una depuradora próxima al domicilio de la demandante. Lo mismo puede decirse de la Sentencia de 16 de noviembre de 2004, en el asunto *Moreno Gómez c. España*, en la que se invocaba el daño a la salud ocasionado por el alto nivel de ruidos nocturnos.

Más recientemente, el Tribunal ha considerado que existía vulneración del artículo 2 en este contexto, en la Sentencia de 20 de marzo de 2008 dictada en el asunto *Budaieva y otros c. Rusia*, en el que se examinaba un corrimiento de tierras que provocó la muerte de varios habitantes de la zona. El Tribunal recuerda que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para determinar las medidas a adoptar, en el ámbito de sus obligaciones positivas, cuando se trata de hacer frente a situaciones difíciles de carácter social o técnico, e indica que esta consideración cobra todavía más peso cuando se trata de una situación de emergencia relacionada con una catástrofe meteorológica que, como tal, escapa al control humano.

Dentro de este ámbito, merece la pena señalar la sentencia de la Gran Sala de 30 de noviembre de 2004, dictada en el caso *Öneryıldız c. Turquía*, relativa a un asunto mencionado anteriormente en el que el domicilio del demandante había resultado destruido por la explosión de metano de un basurero junto al cual la vivienda familiar había sido construida ilegalmente, sin permiso. El Tribunal entiende que las autoridades habían tolerado dicha situación durante un cierto número de años, por lo que se había producido un reconocimiento *de facto* del interés patrimonial que el interesado y su familia tenían

en relación a su vivienda y a sus bienes muebles, y que existía por tanto un vínculo de causalidad claro entre la negligencia grave de las autoridades y la destrucción de la vivienda del demandante, pudiéndose haber adoptado medidas preventivas para evitar los riesgos medioambientales de los que las autoridades ya habían sido advertidas, y ello a pesar de que los demandantes no eran jurídicamente propietarios de sus viviendas ni del terreno en el que las mismas estaban construidas, y que se encontraban en infracción de la legislación turca.

Otras muchas son las ramificaciones del «derecho a la salud» examinadas en la jurisprudencia del TEDH. Destacaremos solamente dos:

- a) en materia de expulsión de extranjeros: La Sentencia de Gran Sala de 13 de Diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, considera vulnerados los artículos 3 y 8 del Convenio (prohibición de los malos tratos y del derecho a la vida familiar, respectivamente), en caso de expulsión a su país de origen, Georgia, de una persona que sufre graves enfermedades (tuberculosis, hepatitis C y leucemia linfática crónica, donde no existía la certeza de poder contar con un tratamiento médico apropiado. Las demandas de asilo y de regularización en Bélgica del demandante y su esposa habían sido previamente rechazadas. El Tribunal aplicó una medida cautelar para impedir que el demandante fuera expulsado de Bélgica durante la tramitación de su demanda ante el TEDH²². El 29 de Julio de 2010, la esposa del demandante obtuvo, para ella y sus tres hijos, un permiso de residencia ilimitado. El demandante falleció en Junio de 2016 (aunque el examen del caso prosiguió, ya que el Tribunal consideró que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos así lo exigían, según el artículo 37 § 1 in fine del Convenio). En cuanto al fondo del asunto, el TEDH estimó que la falta de tratamientos adecuados en el país de destino, o de acceso a los mismos, incluso en ausencia de riesgo de muerte inminente, sometería al enfermo a un riesgo real de ser expuesto a un empeoramiento grave, rápido e irreversible de su estado de salud, implicando sufrimientos intensos o una reducción significativa de su esperanza de vida. Tal riesgo correspondería exponerlo al demandante ante el Tribunal. Si tal fuera el caso, incumbiría entonces al Estado que ha previsto la expulsión disipar las dudas al respecto y, si éstas persisten, obtener la seguridad del Estado de destino de que la persona en cuestión recibirá los tratamientos necesarios. La ausencia de esta evaluación por parte de las autoridades belgas hizo concluir al Tribunal que seguir adelante con la expulsión expondría al demandante a un trato contrario al artículo 3. La falta de examen por parte de dichas autoridades del grado de dependencia de su familia derivado de la degradación del estado de salud del demandante y de la cuestión de saber si su familia podía razonablemente seguirle a Georgia o si, en caso contrario, el respecto de su vida familiar exigía que se le autorizara a residir junto a ellos en Bélgica durante el tiempo que le quedara de vida hizo al Tribunal concluir que se había vulnerado el artículo 8.

²² Ver también Sentencia de Gran Sala de 27 de Mayo de 2008 dictada en el caso *N. c. Reino Unido*. (n.º 26565/05).

- b) en situaciones de privación de libertad: La Sentencia de 13 de Marzo de 2018 dictada en el caso *Ebedin Abi c. Turquía* concluyó que se había vulnerado el artículo 3 del Convenio por el régimen alimentario del demandante durante su detención. El demandante se quejaba de no tener acceso a un régimen alimentario conforme con lo prescrito médicamente para sus enfermedades (régimen apto para diabético, hipocalórico y pobre en carne de ternera y en grasas saturadas) y de la deterioración de su salud por esta razón. El Tribunal consideró que las autoridades internas no adoptaron las medidas necesarias para la protección de la salud y bienestar del demandante y que no le garantizaron unas condiciones de detención adecuadas y respetuosas con la dignidad humana.

La Sentencia *Boukerourou y otros c. Francia*, de 16 de Noviembre de 2017, examina el caso de una persona con problemas psiquiátricos que sufrió malos tratos durante una intervención policial. El Tribunal concluyó que se había vulnerado el artículo 3 porque el trato infligido al demandante —gestos violentos, repetidos e ineficaces, practicados sobre una persona vulnerable— atenta contra la dignidad humana y supone un nivel de gravedad que lo hace incompatible con dicha disposición del Convenio. En este sentido merece la pena destacar también la Sentencia de 18 de Diciembre de 2007 dictada en el caso *Dybeku c. Albania*, en la que el Tribunal exige, conforme al artículo 46 del Convenio, medidas generales al Estado demandando de mejora urgente de las condiciones de detención, y condiciones de detención satisfactorias y cuidados médicos adecuados para detenidos que precisen un trato particular por su estado de salud. En el caso concreto se trataba de un detenido que padecía esquizofrenia paranoica crónica, y su estado psicológico le hacía más vulnerable, habiendo podido su detención exacerbar sus sentimientos de tristeza, angustia y miedo. En todo caso, según entiende el Tribunal, la falta de recursos no puede en principio justificar condiciones de detención lamentables que alcanzan el nivel de gravedad susceptible de vulnerar el artículo 3. Para ello tiene además en cuenta las conclusiones de los informes del Comité de prevención de la torture du Consejo de Europa (CPT) sobre las condiciones de detención en las prisiones albanesas, particularmente en cuanto a detenidos con enfermedades mentales. Por ello entiende el TEDH que la naturaleza, la duración y la gravedad de los malos tratos sufridos por el demandante y los efectos negativos acumulados que éstos han producido en su salud son suficientes para calificarlos de tratos inhumanos y degradantes.

IX. CONCLUSIONES

A pesar de la no inclusión, salvo excepción, de los derechos económicos y sociales en el Convenio, el Tribunal no ha escatimado medios en su interpretación favorable a la acogida de los mismos en su jurisprudencia, sirviéndose para ello de la protección indirecta para salvar la ausencia de mención expresa a esos derechos mediante la conexión con otros que sí están expresamente consagrados en dicho texto. A este respecto debe añadirse el recurso que el Tribunal hace a la Carta Social Europea en sus Sentencias, pero también a otros textos e instrumentos internacionales y, en particular a textos adoptados en el seno del Consejo de Europa como, por ejemplo, el Convenio contra la trata de seres humanos

o los informes del Comité Europeo para la prevención de la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes a los que ya se ha hecho referencia.

Se observa, a la vista de las líneas que preceden, que la jurisprudencia del Tribunal otorga en general un amplio margen de apreciación a los Estados en cuanto a las puestas en práctica de políticas sociales y económicas. Por otra parte, como ya se apuntó, para concluir que se ha vulnerado algún derecho sustantivo en situaciones de pobreza extrema o de dureza de las condiciones de subsistencia, el Tribunal es muy estricto y analiza las situaciones de manera individualizada y estricta, aplicando plenamente el principio de subsidiariedad que informa todo el sistema del Convenio, sin extraer consecuencias de carácter general sobre las políticas económicas aplicadas.

Combinando todos estos aspectos y ante las situaciones que el Tribunal está llamado a examinar, sus Sentencias contribuyen a la emergencia y consolidación de una verdadera jurisprudencia sobre los derechos económicos y sociales en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dándoles plena justiciabilidad y carácter obligatorio y vinculante de los que en principio carecían.

TITLE: Economic and social rights in the recent case-law of the european court of human rights: a selection

ABSTRACT: The European Court of Human Rights and its case law have faced several situations and issued many judgments over the years stating that the Convention imposes obligations on the States in an economic and social context and/or indirectly protecting these rights, which the Court has examined via a broad, dynamic and evolutive interpretation..

RESUMEN: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia han analizado diversas situaciones y dictado numerosas sentencias a lo largo de los años estableciendo que el convenio impone obligaciones positivas a los Estados en el contexto de los derechos económicos y sociales y/o protegiendo indirectamente estos derechos indirectamente, mediante la interpretación abierta, dinámica y evolutiva del Tribunal.

KEY WORDS: economic and social rights, positive obligations, social benefuts, economic crisis, dismissal, housing, education, health, European Court of Human Rights.

PALABRAS CLAVE: derechos económicos y sociales, obligaciones positivas, prestaciones sociales, crisis económica, despido, vivienda, educación, salud, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

EL TEDH Y LAS CONDENAS A ESPAÑA POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE: LAS DIFICULTADES PARA ALCANZAR UNA DURACIÓN ÓPTIMA DE LOS PROCESOS JUDICIALES¹

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Burgos

SUMARIO

I. Introducción. II. Los criterios utilizados por el TEDH para determinar la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: una aproximación al estándar mínimo de protección. III. Las condenas a España por la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. IV. Sobre medidas y remedios que eviten futuras condenas al Estado español por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a que una causa sea juzgada en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas es un derecho que no solo conlleva una obligación de los poderes públicos de organizar el sistema judicial para que los justiciables obtengan una resolución judicial en un tiempo prudencial, sino que constituye también una garantía de un derecho fundamental, el derecho al proceso debido o a la tutela judicial efectiva. Se trata de un derecho que, desde hace décadas, está regulado en diferentes textos jurídicos internacionales y estatales. En el ámbito europeo, puede destacarse, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que proclama en su art. 6.1 que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...)

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos» (2017-2020), del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

dentro de un plazo razonable». En el marco del Derecho de la Unión Europea, ha de citarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que lo reconoce en su art. 47 en términos idénticos a los del art. 6.1 CEDH. Estamos ante normas jurídicas que contienen un derecho y una obligación cuyo objeto es impedir que se haga realidad en el foro judicial la máxima de que «nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía».

La Constitución proclama en el art. 24.2, el derecho de todas las personas «a un proceso público sin dilaciones indebidas»². Relacionado estrechamente con este derecho fundamental, otro precepto, el art. 121 CE prevé también un derecho constitucional de configuración legal no tutelable en amparo, el derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El legislador ha desarrollado el contenido del art. 121 CE y ha regulado el derecho a la indemnización por los daños causados por las dilaciones indebidas, como una manifestación del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en el art. 292 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). De hecho, la concesión de una indemnización por haber padecido dilaciones indebidas en un proceso es una forma de reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, cuando este derecho no ha podido ser reparado *in natura*³.

Aunque el derecho del art. 24.2 CE persiga el mismo fin que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 CEDH, que el proceso judicial en el que intervienen las partes se resuelva lo antes posible, ambos derechos difieren en el procedimiento seguido para su restablecimiento. Así, en el caso de vulneración del derecho del art. 6.1 CEDH, el TEDH no declara la reparación *in natura*, sino que obliga al Estado a indemnizar económicamente al ciudadano por los daños morales causados (no los materiales) y a que adopte las medidas oportunas para evitar que se viole nuevamente. El TEDH lo que hace es juzgar a los Estados, comprobar si el periodo de tiempo invertido en la tramitación de los procesos judiciales es o no excesivo y, en caso de serlo, les conmina a que adopten las medidas necesarias para respetar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable⁴.

2 Aun cuando algunas decisiones constitucionales han considerado al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE como una garantía procesal e instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 24/1981, de 14 de julio, FFJJ 3 y 4 y 49/1991, de 11 de marzo, FJ 3); el Tribunal Constitucional ha consolidado como doctrina que los derechos del art. 24.1 y 2 CE son derechos fundamentales autónomos, diferenciados y con sustantividad propia, susceptibles, por tanto, de ser vulnerados por causas diferentes Cfr., entre otras, las SSTC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2; 36/1984, de 14 de marzo; 133/1988, de 4 de julio; 10/1991, de 17 de enero; 179/1993, de 31 de mayo; 180/1996, de 17 de diciembre y 125/1999, de 30 de julio.

3 El TC, en los casos en los que ha estimado la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, ha precisado que solamente puede limitarse en el fallo (con arreglo a lo dispuesto en los arts. 54, 55 y 58 LOTC) a pronunciarse sobre la declaración de la existencia del derecho de indemnización, sin que, de ninguna manera, pueda procederse a determinar su cuantía o a otorgarla, remitiendo al particular interesado, para hacer efectiva la reclamación de la indemnización, a los cauces previstos legalmente en el art. 293.2 LOPJ. Esta doctrina jurisprudencial se recoge, entre otras, en las SSTC 139/1990, de 23 de octubre, FJ 2; 180/1996, de 17 de diciembre, FJ 7; STC 33/1997, de 24 de febrero FJ 3; 99/1998, 9 de junio FJ 1 y 125/1999, de 30 de julio, FJ 2.

4 Cfr. ORTEGA CARBALLO, C., «Soto Sánchez c. España (STEDH de 25 de noviembre de 2003): el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas», En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, R. Alcácer Guirao, M. Beladiez Rojo y J.M. Sánchez Tomás (coord.) Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 230, sobre lo manifestado por el TEDH en las SSTEDH *Frydlender c. Francia*, de 27 de junio de 2000 y *AAV c. Francia*, de 19 de junio de 2001. Vid. también este autor, ob. cit., pp. 229-238, sobre algunos de

El TEDH y el TC han realizado una interpretación extensiva de los derechos del art. 6.1 CEDH y del art. 24.2 CE, reconociendo que aunque, en un primer momento, pudiera entenderse que los derechos solo eran invocables y aplicables en el proceso penal, por las consecuencias que las dilaciones indebidas tienen sobre la libertad personal del justiciable, que puede hallarse privado de ella de forma provisional o definitiva, posteriormente ampliarán su aplicación a los procesos de cualquier orden jurisdiccional: civil, contencioso-administrativo, laboral o militar, cualquiera que sea la fase en que se encuentren, preparatoria o en ejecución de sentencia judicial. También los aplicarán a los procesos de la jurisdicción constitucional.

En el ámbito de la jurisdicción de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia (TJUE) ha interpretado y aplicado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 47 CDFUE, cuando este ha sido vulnerado por retrasos injustificados de los órganos judiciales de la Unión Europea (el Tribunal de Justicia y el Tribunal General), acudiendo a los criterios fijados por la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho del art. 6.1 CEDH⁵. La vulneración del derecho del art. 47 CDFUE es considerada como una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea. Ha de tenerse presente que cuando se ratifique el CEDH por la Unión Europea, con el sometimiento directo y expreso a la jurisdicción del TEDH, este órgano garantizará en última instancia la tutela del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en todas las actuaciones judiciales que se lleven a cabo por los órganos judiciales de la Unión Europea⁶.

los elementos y trámites que diferencian los procedimientos seguidos ante el TEDH y el Tribunal Constitucional para la reparación y restablecimiento del derecho lesionado; así como SALADO OSUNA, A. «El «plazo razonable» en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 305-308 y 317-321.

5 El Tribunal de Luxemburgo, en la STJUE *Mabrouk c. Consejo de la Unión Europea*, de 5 de octubre de 2017, parágrafo 71, reconoce, en este sentido, que «a la luz de la jurisprudencia del TEDH, el respeto del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, como lo consagra el Derecho internacional, debe examinarse a la vista de las circunstancias del caso concreto, que exigen que se realice una valoración global, en particular a partir de criterios asociados a la complejidad del asunto y al comportamiento del demandante y de las autoridades competentes (véase TEDH, sentencia de 28 de junio de 2016, *O'Neill y Lauchlan c. Reino Unido*, ap. 86 y jurisprudencia citada). El examen del respeto del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, tal como lo consagra el artículo 47 de la Carta, está regido por principios análogos en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Groupe Gascogne/Comisión*, ap.s 85 y 86 y jurisprudencia citada». Asimismo, en esta resolución, *Groupe Gascogne c. la Comisión*, de 26 de noviembre de 2013, parágrafo 86, se puntualiza por el TJUE que «la lista de los criterios pertinentes no es exhaustiva y la apreciación del carácter razonable de esa duración no exige un examen sistemático de las circunstancias del asunto en función de cada uno de ellos cuando la duración del proceso se revela justificada en función de uno solo. Así, la complejidad del asunto o un comportamiento dilatorio del recurrente pueden tenerse en cuenta para justificar un plazo a primera vista demasiado largo (véanse, en particular, la sentencia *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Comisión*, antes citada, parágrafo 182 y la jurisprudencia citada). En general, sobre la evolución de la jurisprudencia del TJUE en relación con la reparación del derecho fundamental a ser oído en un plazo razonable cuando ha sido vulnerado por los tribunales de la Unión Europea, *vid.* los trabajos de COBREROS MENDAZONA, E., «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 921 y ss. y «La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales», *RVAP*, n.º 109-I, 2017, pp. 21 y ss.V

6 Cfr. COBREROS MENDAZONA, E., «La reparación del incumplimiento del plazo razonable...», *ob. cit.*, p. 56.

II. LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TEDH PARA DETERMINAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE: UNA APROXIMACIÓN AL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN

De acuerdo con una jurisprudencia ya consolidada, el TEDH ha establecido unos criterios objetivos para valorar si se ha vulnerado o no el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 CEDH. Mediante ellos el Tribunal examina en cada caso concreto si el proceso se ha tramitado dentro de un periodo de tiempo razonable, esto es, si han existido o no retrasos en la causa y, en caso de haberlos, si estos están justificados o no. En definitiva, el TEDH trata de concretar en cada caso el concepto jurídico indeterminado del «plazo razonable» y determinar si se ha conculcado o no el derecho del art. 6.1 CEDH.

Aunque no constituyan una lista cerrada, los criterios objetivos fijados por el TEDH son los siguientes:

- 1.º la complejidad del litigio o asunto;
- 2.º el comportamiento del demandante y
- 3.º la conducta de las autoridades nacionales.

Según las circunstancias del caso concreto, el Tribunal utiliza también ocasionalmente un cuarto criterio, el del interés que el demandante arriesga en el litigio o las consecuencias que el retraso puede ocasionar en la esfera personal y patrimonial del demandante. Por regla general, el TEDH utiliza estos criterios conjuntamente para valorar la duración total del proceso en todos sus procedimientos y fases, sin perjuicio de que en algunos casos los aplique a uno de los procedimientos o a una de sus fases. Aunque el Tribunal se sirve de todos ellos para examinar la duración del proceso haciendo una valoración conjunta, en ocasiones, uno de ellos es el que resulta determinante o decisivo para declarar que el proceso se ha excedido del «plazo razonable».

- 1.º Por lo que se refiere al criterio de la complejidad del litigio o asunto, el TEDH examina si han concurrido en el caso determinadas circunstancias relacionadas con elementos fácticos o jurídicos que han dificultado la tramitación y resolución de la causa, hasta el punto de impedir que pueda concluir en un «plazo razonable». En este sentido, el TEDH ha valorado la complejidad del asunto cuando han acontecido circunstancias de carácter fáctico como la implicación de varias personas en los hechos y la intervención de diversos tribunales⁷, el interés nacional de los hechos⁸ y la naturaleza del litigio por versar sobre asuntos complicados como la determinación de la propiedad de un bien inmueble⁹, o la comisión de un delito de tráfico de drogas con una dimensión internacional¹⁰, o el enjuiciamiento de varios delitos¹¹. La

7 S TEDH *Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968; *Billi c. Italia*, de 26 de febrero de 1993; *Djaïd c. Francia*, de 29 de diciembre de 1999; *S.H.K. c. Bulgaria*, de 32 de enero de 2004 y *Salmanovv. Rusia*, de 31 de octubre de 2010.

8 STEDH *Dobbertin c. Francia*, de 25 de febrero de 1993.

9 STEDH *Hadjikostova c. Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004.

10 STEDH *Djaïd c. Francia*, de 29 de diciembre de 1999 y *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004

11 STEDH *Dfebmi Koç c. Turquía*, de 27 de junio de 2007.

complejidad puede venir determinada también por cuestiones jurídicas sustantivas o procesales como la dificultad de encontrar determinados testigos¹², la práctica de trámites complejos como las comisiones rogatorias¹³, la multiplicidad de incidentes procesales promovidos por las partes¹⁴ y la sustanciación de cuestiones jurídicas difíciles y/o novedosas¹⁵.

- 2.º El comportamiento del demandante puede influir también en la producción de los retrasos cuando este ha realizado actuaciones obstruccionistas o maniobras dilatorias para el proceso. Son situaciones que por la falta de diligencia del litigante pueden ser valoradas por el TEDH para como determinantes en la duración excesiva de un proceso¹⁶. Ahora bien, en descargo de la conducta del demandante y, por regla general, en los procesos penales en los que ha intervenido como acusado o condenado, el TEDH ha reconocido que el art. 6.1 CEDH no exige a los interesados una cooperación activa con las autoridades judiciales. De ahí que el ejercicio legítimo por el demandante de todos los medios procesales de defensa que le otorga el ordenamiento jurídico interno, entre los que se halla la presentación de los recursos pertinentes, no signifique un comportamiento del recurrente contrario al desarrollo del proceso dentro del «plazo razonable», aun cuando ello haya supuesto una demora temporal del litigio¹⁷.
- 3.º En relación con el comportamiento de las autoridades nacionales, el TEDH ha reconocido que incumbe a los Estados organizar el sistema judicial de tal manera que los órganos judiciales puedan garantizar a todas las personas el derecho a obtener una resolución definitiva sobre sus derechos y obligaciones civiles dentro de un plazo razonable¹⁸. La conducta de las autoridades estatales en la conducción del proceso ha sido, a juicio del TEDH, criterio determinante de la producción de los retrasos cuando estos se han debido a comportamientos personales de los titulares de los órganos judiciales de los Estados en la dirección procesal de los asuntos (que pueden dar incluso lugar a responsabilidad judicial individual). Pero también lo ha sido cuando las demoras de los procesos tienen su origen en causas estructurales por una organización inadecuada o deficiente del sistema judicial o por una carencia importante de medios materiales o personales, particularmente si para solucio-

12 STEDH *König c. Alemania*, de 28 de junio de 1978.

13 STEDH *Scopelliti c. Italia*, de 23 de noviembre de 1993 y *Serrano Contreras c. España*, de 20 de marzo de 2012.

14 SSTEDH *Monnet c. Francia*, de 27 de octubre de 1993 y *Liga Portuguesa de Fútbol Profesional c. Portugal*, de 17 de octubre de 2016.

15 SSTEDH *Pretto y otros c. Italia*, de 8 de diciembre de 1983; *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993 y *Gast y Popp c. Alemania*, de 25 de febrero de 2000.

16 Actuaciones obstruccionistas o maniobras dilatorias realizadas por el demandante como la solicitud de aplazamientos injustificados de audiencias en determinados procedimientos, SSTEDH *Dfelmî Koç c. Turquía*, de 27 de junio de 2007 y *Laidin c. Francia*, de 7 de abril de 2003; los frecuentes cambios de abogados, *König c. Alemania*, de 28 de junio de 1978; el retraso en la interposición de un recurso de casación varios meses después de anunciar la intención de presentarlo, STEDH *Papachelaras c. Grecia*, de 25 de marzo de 1999; o la interposición de numerosas demandas y recursos con la finalidad de recusar a la mayoría de los magistrados del tribunal, SSTEDH *Ringeisen c. Austria*, de 16 de julio de 1971 y *Sürmeli c. Alemania*, de 8 de junio de 2006.

17 Cfr., entre otras, las SSTEDH *Corigliano c. Italia*, de 10 de diciembre de 1982; *Guincho c. Portugal*, de 10 de julio de 1984; *Kalachnikov c. Rusia*, de 15 de octubre de 2002; *Holomiov c. Moldavia*, 7 de febrero de 2007; *Salmanov c. Rusia*, de 31 de octubre de 2010 y *Süveges c. Hungría*, de 2 de mayo de 2016.

18 Por todas, la STEDH *Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968.

nar estos inconvenientes las autoridades legislativas, administrativas o judiciales del Estado no han adoptado las medidas necesarias. En este sentido, el TEDH ha imputado a las autoridades nacionales los retrasos judiciales de carácter estructural u organizativo, en supuestos como la existencia de vacantes prolongadas de los titulares de los órganos judiciales, o por cambios frecuentes de sus titulares¹⁹. El Tribunal ha admitido también la responsabilidad de las autoridades nacionales en retrasos debidos a una paralización injustificada de determinadas actuaciones procesales que, a su vez, pueden coincidir con la sobrecarga de trabajo de algunos órganos judiciales²⁰, o a la realización de actuaciones procesales innecesarias²¹.

Uno de los argumentos más utilizados por los Gobiernos de los Estados para justificar los retrasos indebidos denunciados por los recurrentes ante el TEDH es el de la sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales²². A este respecto, el Tribunal ha establecido una distinción, ya clásica, entre atascos estructurales o crónicos y atascos coyunturales o temporales. El TEDH no admite los primeros como causa justificativa de la extralimitación del «plazo razonable», al entender que el Estado no ha adoptado las medidas necesarias y eficaces para impedirlo²³. No obstante, en algunos casos, el TEDH ha apreciado (aunque no los ha considerado determinantes para exonerar de responsabilidad a los Estados) que los retrasos y atascos de algunos órganos judiciales se hayan producido a consecuencia de situaciones extraordinarias por las que estaba atravesando el país, como la reunificación alemana²⁴, el cambio de un sistema de economía planificada a un sistema de economía de mercado²⁵ o la transición de un régimen político comunista, socialista o

19 SSTEDH *Deumeland c. Alemania*, de 29 de mayo de 1986; *Capuano c. Italia*, de 25 de junio de 1987; *Triggiani c. Italia*, de 19 de febrero de 1991; *Wiesinger c. Austria*, de 30 de octubre de 1991; *Debono c. Malta*, de 7 de mayo de 2006; *Nold c. Alemania*, de 11 de diciembre de 2006; *Salmanovc c. Rusia*, de 31 de octubre de 2010; *Grujović c. Serbia*, de 21 de octubre de 2010 y *Uryuzbnikova c. Rusia*, de 7 de enero de 2011.

20 SSTEDH *König c. Alemania*, de 28 de junio de 1978; *Bock c. Alemania*, de 29 de marzo de 1989; *Terranova c. Italia*, de 4 de diciembre de 1995; *Mavronichis c. Chipre*, de 24 de abril de 1998; *Pélliser y Sassi c. Francia*, de 25 de marzo de 1999; *Prischl c. Austria*, de 26 de julio de 2007; *Tomazic c. Eslovenia*, de 13 de diciembre de 2008; *Filipov v. Bulgaria*, 10 de septiembre de 2010; *Glykantzi c. Grecia*, de 30 de enero de 2013; *Stasik c. Polonia*, de 6 de enero de 2016 y *Albertina Carvalho e filhos Ida c. Portugal*, de 4 de julio de 2017.

21 SSTEDH *Kemmache c. Francia*, de 27 de noviembre de 1991; *Vallée c. Francia*, de 26 de abril de 1994; *Doustaly c. Francia*, de 23 de abril de 1998; *Ayık c. Turquía*, de 21 de enero de 2009; *Yardimci c. Turquía*, de 28 de junio de 2010 y *Makbule Akbaba y otros c. Turquía*, de 17 de diciembre de 2012.

22 Argumento «manido», como lo califican ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., «Art. 6. Derecho a un proceso equitativo». En Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2015, pp. 274-275.

23 SSTEDH *Zimmermann y Steiner c. Suiza*, de 13 de julio de 1983; *Martins Moreira c. Portugal*, de 26 de octubre de 1988; *Pizzetti c. Italia*, de 26 de febrero de 1993; *Muti c. Italia*, de 23 de marzo de 1994; *Caillot c. Francia*, de 4 de septiembre de 1999; *Lenaertsc. Belgique*, de 11 de junio de 2004; *Nold c. Alemania*, de 11 de diciembre de 2006.

24 Cfr. las SSTEDH *Pammel y Probstmeier c. Alemania*, ambas de 1 de julio de 1997 (párrafos 69-71 y 64-66), en las que el TEDH condena al Estado alemán por vulneración del derecho del art. 6.1 CEPDH, al considerar excesiva la duración de un procedimiento constitucional sustanciado ante el Tribunal Constitucional Federal. El TEDH no admite como justificación de la demora (alegada por las autoridades alemanas) la existencia de una sobrecarga crónica del Tribunal Constitucional Federal desde finales de los años setenta, ni tampoco el hecho de que tuviera que juzgar asuntos más urgentes, de considerable importancia en el plano político y social, entre los que se encontraban algunos relativos a las consecuencias de la reunificación alemana. Es más, el TEDH recuerda que es obligación del Estado adoptar las medidas oportunas para que el Tribunal Constitucional alemán cuente con el personal y los medios necesarios para tramitar los procedimientos que ante él se planteen dentro de un «plazo razonable».

25 Vid. la STEDH *Podbielski c. Polonia*, de 30 de octubre de 1998 (párrafo 38).

autoritario a otro democrático²⁶. Sin embargo, los segundos, los atascos coyunturales, ocasionales o pasajeros, sí han sido admitidos por el TEDH como elemento justificativo de los retrasos en las causas o pleitos, siempre que se hayan producido de forma imprevista y excepcional y que el Estado haya adoptado medidas adecuadas y suficientes para atajarlos²⁷.

- 4.º El TEDH, de forma ocasional y según las circunstancias del caso, ha utilizado un cuarto criterio para determinar si la duración de un proceso es o no razonable y si se ha vulnerado o no el derecho del art. 6.1 CEDH. Consiste en el interés relevante que el demandante arriesga en el litigio o las eventuales consecuencias que la demora en la tramitación del proceso puedan causar en la esfera personal, familiar y patrimonial del demandante. Mediante este criterio, el Tribunal insta a las autoridades nacionales a que resuelvan los procesos con diligencia y rapidez por el especial interés que en ellos se dilucida. Se intenta que prioricen la decisión de determinados procesos por el interés que está en juego en el litigio. A este respecto, el TEDH ha valorado, entre otros, la importancia particular de los siguientes intereses que, afectando a la libertad personal, integridad física o mental, o al patrimonio del recurrente, podían verse comprometidos por la excesiva duración del proceso: estar sometido a una situación de prisión provisional o a la imposición de una pena grave²⁸; estar afectado por una enfermedad grave o incurable con una esperanza de vida reducida²⁹; poner en entredicho la capacidad mental del recurrente³⁰; condicionar el ejercicio de una actividad profesional³¹; ser privado de la facultad de disponer del patrimonio, de una renta o de una

26 Cfr., entre otras, la STEDH *Guincho c. Portugal*, de 10 de julio de 1984 (parágrafos 21, 38 a 40), en la que el TEDH reconoce los esfuerzos realizados por el Gobierno portugués, después de la restauración democrática a partir de 1974, para transformar su sistema judicial, que estaba atravesando una situación problemática como consecuencia del proceso de descolonización y la crisis económica. El Tribunal valora algunas de las medidas adoptadas, en octubre de 1980 y marzo de 1981, para remediar el imprevisible aumento del volumen de litigios, como el nombramiento de jueces con poca experiencia al frente de tribunales sobrecargados. Sin embargo, las considera insuficientes y tardías ante la dimensión estructural que había adquirido el colapso de los tribunales, condenando al Estado portugués por violación del art. 6.1 CEDH. También lo hace con el Estado español en la STEDH *Unión Alimentaria Sanders, S.A. c. España*, de 7 de julio de 1989 (parágrafos 38 a 41), a la que nos referiremos de forma detallada más adelante.

27 Vid. las SSTEDH *Buchholz c. Alemania*, de 6 de mayo de 1981; *Zimmermann y Steiner c. Suiza*, de 13 de julio de 1983; *Pammel c. Alemania*, de 1 de julio de 1997; *Trickovic c. Eslovenia*, de 27 de marzo de 2002; *Hadjiekostova c. Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004 y *Tsonkalas c. Grecia*, de 22 de octubre de 2010. En las SSTEDH *Trickovic c. Eslovenia*, de 27 de marzo de 2002 y *Hadjiekostova c. Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004, el TEDH considera que no se ha vulnerado el art. 6.1 CEDH, a pesar de que los retrasos y sobrecarga de trabajo que padecen algunos órganos judiciales se ha debido a las reformas procesales y de organización judicial realizadas durante los años de transición política de un sistema socialista a uno democrático. El TEDH, sin embargo, valora positivamente las medidas correctivas adoptadas por el Gobierno y por el Tribunal Constitucional esloveno para reducir la sobrecarga de trabajo que sufrió la Corte Constitucional eslovena (STEDH *Trickovic c. Eslovenia*, de 27 de marzo de 2002, parágrafos 67 y 68); o las acometidas por el Gobierno búlgaro para agilizar la tramitación de los procesos en órganos judiciales que se encontraban colapsados (STEDH *Hadjiekostova c. Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004, parágrafo 31).

28 SSTEDH *Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968; *Abdoella c. Países Bajos*, de 25 de noviembre de 1992; *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004; *Cabala c. Eslovaquia*, de 6 de diciembre de 2007; *Filipov c. Bulgaria*, 10 de septiembre de 2010 y *Siveges c. Hungría*, de 2 de mayo de 2016.

29 SSTEDH *Vallée c. Francia*, de 26 de abril de 1994; *A. y otros c. Dinamarca*, 8 de febrero de 1996; *Holomiov c. Moldavia*, 7 de febrero de 2007 y *Oyal c. Turquía*, de 23 de junio de 2010.

30 STEDH *Bock c. Alemania*, de 29 de marzo de 1989.

31 SSTEDH *Doustaly c. Francia*, de 23 de abril de 1998 y *Rumpf c. Alemania*, de 2 de diciembre de 2010.

compensación económica³²; o del acceso a prestaciones de asistencia social³³; o a una determinada pensión³⁴; o a una indemnización como víctima de un accidente de circulación³⁵; o a un fondo de pensiones por un accidente de trabajo³⁶.

- 5.º En el ámbito de la jurisdicción constitucional, el TEDH, para declarar si se ha conculcado o no el derecho del art. 6.1 CEDH, además de valerse de los criterios anteriores, ha tenido en cuenta otros factores como la naturaleza e importancia político y social de los asuntos de que conozcan, o el principio de «una buena administración de justicia»³⁷. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STEDH *Leela Förderkreis E.V. and Others c. Alemania*, de 6 de febrero de 2009, cuando se afirma que, aunque la obligación del art. 6.1 CEDH de que los casos sean juzgados en un plazo razonable «se aplique también a la Corte Constitucional, no puede construirse de la misma forma que para los tribunales ordinarios. La función del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución hace que, en ocasiones, se tengan en cuenta otros factores distintos al mero orden cronológico en que se registran los casos, como el de la naturaleza del asunto y su importancia en términos políticos y sociales» (parágrafo 63)³⁸.

III. LAS CONDENAS A ESPAÑA POR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

1. La aplicación del art. 6.1 CEDH a todos los órdenes jurisdiccionales, incluida la jurisdicción constitucional

El TEDH ha condenado a España en dieciséis ocasiones³⁹ por la vulneración del derecho a un juicio en un plazo razonable. Del examen de la jurisprudencia del Tribunal

32 S TEDH *Bucbolz c. Alemania*, de 6 de mayo de 1981 y *Hadjikostova c. Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004.

33 STEDH *Salesi c. Italia*, de 26 de febrero de 1993.

34 S TEDH *Nibbio, Borgese, Biondi, Monaco y Lestini c. Italia*, de 26 de febrero de 1992; *Sürmeli c. Alemania*, de 8 de junio de 2006 y *Tsoukalas c. Grecia*, de 22 de octubre de 2010.

35 STEDH *Silva Pontes c. Portugal*, de 23 de marzo de 1994.

36 STEDH *Nunes Violante c. Portugal*, de 8 de septiembre de 1999.

37 Elementos que en la STEDH *Süsmann c. Alemania*, de 16 de septiembre de 1996, son determinantes para que el TEDH declare que no existió vulneración del art. 6.1 CEDH (parágrafos 57 a 60).

38 De ahí que este sea también un argumento esgrimido por los Gobiernos de los Estados para justificar los retrasos de algunos procesos constitucionales. Cfr. en este sentido, la STEDH *Süsmann c. Alemania*, de 16 de septiembre de 1996, en la que, ante la alegación del Gobierno alemán de que el Tribunal Constitucional Federal tiene como función garantizar el respeto de un derecho fundamental «objetivo» y no decidir sobre derechos y obligaciones civiles de los particulares, el TEDH afirma expresamente que «no desconoce en absoluto la función y estatuto particulares de un Tribunal Constitucional, cuya misión es vigilar el respeto a la Constitución por parte de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y que, en aquellos Estados que han previsto el derecho a un recurso individual, asegura a los ciudadanos una protección jurídica adicional en el nivel nacional de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución» (parágrafo 37). *Vid.* también la STEDH *Probstmeier c. Alemania*, de 1 de julio de 1997 (parágrafo 44).

39 La primera en el año 1989, STEDH *Unión Alimentaria Sanders, S.A. c. España*, de 7 de julio; otra en 1993, STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio; otra en 2002, STEDH *Díaz Aparicio c. España*, de 11 de enero; cuatro en 2004, S TEDH *González Doria Durán de Quiroga c. España* y *López Sole y Martín de Vargas c. España*, ambas de 28 de enero; *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero y *Quiñes González c. España*, de 27 de abril; otra en 2005, *Alberto Sánchez c. España*, de 16 de febrero; tres en 2009, S TEDH *Iribarren Pinillos c. España*, de 8 de abril y *Moreno Carmona c.*

puede comprobarse cómo el Estado español ha incumplido el derecho del art. 6.1 CEDH por los retrasos excesivos en la tramitación de causas seguidas ante órganos judiciales de todos los ordenes jurisdiccionales (salvo el militar) y en cualquiera de las fases en que se encontrara el proceso. Así, pueden citarse, por ejemplo, en el orden civil, la STEDH *Ortuño Ortuño c. España*, de 27 de septiembre de 2011, dictada en ejecución de una sentencia firme en un procedimiento de liquidación del régimen de gananciales, cuya duración supera los once años en una sola instancia.

En el orden penal, la STEDH *Menéndez García y Álvarez González c. España*, de 15 de marzo de 2016, considera que no cumple con las exigencias del «plazo razonable» la instrucción de un proceso penal cuya duración ha sido de cuatro años; o que un procedimiento se haya quedado en la fase instructora, habiendo durado trece años y medio cuando se dicta el auto de sobreseimiento definitivo por haber prescrito el delito (STEDH *Moreno Carmona c. España*, de 9 de junio de 2009); o que en un procedimiento de ejecución de una sentencia penal se haya invertido un lapso de tiempo de más de siete años y nueve meses (STEDH, *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España*, de 9 de junio de 2009⁴⁰).

En el orden contencioso-administrativo, el TEDH ha declarado que contradice también la obligación del «plazo razonable» la duración de más de cinco años y cuatro meses de un incidente sobre la competencia de un tribunal (STEDH *Alberto Sánchez c. España*, de 16 de febrero de 2005); o que el procedimiento en una única instancia jurisdiccional dure diez años (STEDH *Comunidad de Propietarios Pando n.º 20 v España*, de 20 de diciembre de 2016), o diecinueve años en cuatro instancias jurisdiccionales, con una suspensión en una de ellas de casi seis años (STEDH *Ruiz-Villar Ruiz c. España*, de 20 de diciembre de 2016).

En el orden social se ha planteado también ante el TEDH alguna demanda por la duración excesiva de un proceso laboral, aunque el Tribunal la ha inadmitido por no haberse agotado todos los recursos del Derecho interno, concretamente el previsto en el art. 292 y ss. LOPJ para reclamar ante el Ministerio de Justicia la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la presunta dilación indebida (Decisión del TEDH *Balsells i Castellort y otros c. España*, de 6 de enero de 2015).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, el TEDH ha condenado también a España por infracción del derecho a un juicio en un plazo razonable cuando, por ejemplo, el periodo de duración de dos cuestiones de inconstitucionalidad ha sido de siete años y nueve meses (STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993); o cuando el tiempo invertido en la tramitación de un recurso de amparo ha sido de tres años y dos meses (STEDH *Díaz Aparicio c. España*, de 11 de enero de 2002) o de

España y Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España, ambas de 9 de junio; otra en 2011, STEDH *Ortuño Ortuño c. España*, de 27 de septiembre; otra en 2012, STEDH *Serrano Contreras c. España*, de 20 de marzo y tres en 2016, SSTEDH *Menéndez García y Álvarez González c. España*, de 15 de marzo y *Ruiz-Villar Ruiz c. España y Comunidad de Propietarios Pando n.º 20 c. España*, ambas de 20 de diciembre.

⁴⁰ En esta sentencia, que trata de la ejecución de un fallo que impone a un particular la obligación de abonar los daños y perjuicios por la responsabilidad civil resultante de una infracción penal, el TEDH afirma claramente, en el párrafo 66, que el art. 6.1 CEDH «exige que todas las fases de los procesos judiciales que tienden a resolver las «impugnaciones sobre derechos y obligaciones de carácter civil» concluyan en un «plazo razonable», sin que puedan exceptuarse las fases posteriores a las resoluciones dictadas sobre el fondo. Por tanto, la ejecución de una sentencia de cualquier jurisdicción debe ser considerada parte integrante del «juicio» según el artículo 6 (sentencia *Hornsby c. Grecia*, 19 de marzo de 1997)».

cinco años y cinco meses (STEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004); o cuando en la admisión de un recurso de amparo se ha tardado ocho meses (STEDH *Quiles González c. España*, de 27 de abril de 2004) u once meses (SSTEDH *González Doria Durán de Quiroga c. España y López Sole y Martín de Vargas c. España*, ambas de 28 de enero de 2004).

Actualmente, es doctrina consolidada del TEDH la aplicación del derecho del art. 6.1 CEDH al ámbito de la jurisdicción constitucional⁴¹, como puede verse en una de sus últimas decisiones sobre esta materia, la STEDH *Cicmanec c. Eslovaquia*, de 28 de septiembre de 2016, en la que el Tribunal condena a Eslovaquia por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable por la duración excesiva de un proceso civil en cuyo cómputo se ha incluido también el periodo de tiempo transcurrido en la tramitación de los correspondientes recursos presentados ante la Corte Constitucional eslovaca⁴².

El TEDH aplica el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 CEDH a los países que cuentan en su organización institucional con Tribunales Constitucionales, aunque estos no formen parte del poder judicial, como sucede en España. Para determinar la vulneración del derecho del art. 6.1 CEDH, el TEDH puede comprobar la duración del proceso incluyendo en el cómputo total el tiempo transcurrido ante los Tribunales ordinarios y el invertido ante los Tribunales Constitucionales, siempre que el resultado de los procedimientos constitucionales influya sobre el desarrollado ante los tribunales ordinarios. No obstante, en algunos casos, el TEDH ha declarado la violación del derecho del art. 6.1 CEDH por los retrasos producidos única y exclusivamente en los procedimientos tramitados ante las Cortes Constitucionales⁴³. Ahora bien, como ya se ha dicho, el TEDH, para controlar la duración de los procesos constitucionales y determinar si se ha lesionado o no el derecho del art. 6.1 CEDH, además de utilizar los clásicos

⁴¹ Aunque no ha sido siempre así, según puede constatarse en la STEDH *Buchholz c. Alemania*, de 6 de mayo de 1981, en la que el TEDH se mostraba reacio a incluir a los Tribunales Constitucionales en el ámbito de aplicación del derecho del art. 6.1 CEDH (parágrafos 47 y 48). El TEDH da un giro a su jurisprudencia, en la STEDH *Deumeland c. Alemania*, de 29 de mayo de 1986, al incluir el período de tiempo tramitado ante el Tribunal Constitucional Federal dentro de la totalidad del período objeto de examen por el TEDH para determinar si ha respetado o no el «plazo razonable» del art. 6.1 CEDH, ya que, aunque al Tribunal Constitucional Federal «no le correspondía resolver sobre la cuestión de fondo, su resolución podía afectar al resultado del litigio» (parágrafo 77). Criterio que se reitera, entre otras, en las SSTEDH *Bock c. Alemania*, de 29 de marzo de 1989; *Süssmann c. Alemania*, de 16 de septiembre de 1996; *Probstmeier c. Alemania*, de 1 de julio de 1997; *Gast y Popp c. Alemania*, de 25 de febrero de 2000; *Kirsten c. Alemania*, de 9 de julio de 2007 y *Leela Förderkreis E.V. and Others c. Alemania*, de 6 de febrero de 2009. En esta última sentencia, se examina la duración de unos procedimientos tramitados directamente ante el Tribunal Constitucional Federal, el TEDH considera que el tiempo que dichos procedimientos estuvieron pendientes ante la Corte Constitucional, once años y tres meses, excedió considerablemente del «plazo razonable» (parágrafo 65).

⁴² El TEDH, citando jurisprudencia anterior, señala que la garantía del «plazo razonable» del art. 6.1 CEDH es aplicable también a los procedimientos que son competencia de las Cortes Constitucionales (parágrafo 70). De acuerdo con las circunstancias del caso y la aplicación de los criterios de la complejidad del litigio, la conducta del demandante y de las autoridades competentes, así como del interés del litigio para el demandante, el TEDH concluye que se ha vulnerado el derecho del art. 6.1 CEDH por una duración excesiva de los procesos entablados (nueve años y once meses) (parágrafos 72 a 74). Cfr. también la STEDH *Hajrudinović c. Eslovenia*, de 21 de mayo de 2015, en relación con un proceso cuya duración excesiva comprende procedimientos de carácter laboral y constitucional (parágrafos 41 y 42).

⁴³ Cfr. al respecto, las SSTEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004; *Leela Förderkreis E.V. and Others c. Alemania*, de 6 de febrero de 2009 y *Prežec c. Croacia*, de 15 de octubre de 2010.

criterios objetivos ya mencionados anteriormente, ha valorado también, por la función que tienen los Tribunales Constitucionales de guardianes de la Constitución, otros factores como la naturaleza e importancia político-social de los asuntos de que conozcan.

El TEDH ha condenado a España por retrasos indebidos en algunos procesos constitucionales —ya sea en una valoración aislada del periodo de duración del proceso constitucional o junto al de otros procesos judiciales— en las siguientes resoluciones⁴⁴.

En la STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993, *leading case* en la materia, respecto de dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas de forma sucesiva por tribunales encargados de resolver un litigio sobre el derecho de propiedad⁴⁵. El Gobierno español alegó que para pronunciarse sobre la cuestión del «plazo razonable» era necesario excluir la duración de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional, ya que estos no pueden considerarse como una fase más de la acción civil, dado que la función de esa institución cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad no es la de resolver un conflicto entre derechos de los particulares, sino la de «depurar» objetivamente el Derecho interno anulando las normas contrarias a la Constitución (parágrafos 32 y 34). Sin embargo, el TEDH, de acuerdo con una jurisprudencia ya consolidada desde la STEDH *Deumeland c. Alemania*, de 29 de mayo de 1986, afirma que para calcular el período de tiempo que debe examinarse, ha de tenerse en cuenta el transcurrido ante el Tribunal Constitucional cuando el resultado del proceso constitucional puede influir en el desenlace del litigio debatido ante los tribunales ordinarios (parágrafo 35)⁴⁶. En consecuencia, al existir en el caso concreto un estrecho vínculo entre el proceso constitucional y el civil, el TEDH declara que la duración excesiva de los procedimientos constitucionales (siete años y nueve meses para las dos cuestiones de inconstitucionalidad) constituye una vulneración del derecho a un juicio en un «plazo razonable» del art. 6.1 CEDH (parágrafos 37, 51 y 53)⁴⁷.

En la STEDH *Díaz Aparicio c. España*, de 11 de enero de 2002, el TEDH, conforme a jurisprudencia anterior, afirma que conviene examinar la duración del conjunto de las instancias jurisdiccionales encausadas, incluida la del Tribunal Constitucional, cuyo procedimiento, un recurso de amparo, ha durado tres años y dos meses que, a juicio del TEDH, es

44 Son casos excepcionales y paradójicos, ya que, precisamente, el órgano al que corresponde constitucionalmente la tutela y reparación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es el que viola el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en un proceso constitucional de amparo. *Vid.*, sobre algunas de estas decisiones, SALADO OSUNA, A. «El «plazo razonable» en la administración de justicia...», *ob. cit.*, pp. 304-305 y 323 y 324 y COBREROS MENDAZONA, E. «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, pp. 303 y ss. y

45 Un comentario a esta sentencia puede verse en CASTRO-RIAL GARRONE, F., «El derecho a un juicio equitativo (Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos contra España*)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, 1994, pp. 157 y ss. y VIDAL FUEYO, C., «Ruiz Mateos c. España (STEDH de 23 de junio de 1993): las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional», En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, R. Alcácer Guirao, M. Beladiez Rojo y J.M. Sánchez Tomás (coord.) Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 131 y ss.

46 El Gobierno aludió también a la «naturaleza política del Tribunal Constitucional», al no pertenecer al poder judicial, insistiendo en el carácter específico de su estructura, funcionamiento y competencias. Sin embargo, el TEDH entiende que el argumento no es convincente al haber tenido en cuenta, en más de una ocasión, las fases de un procedimiento desarrollado a título incidental ante instituciones políticas u organismos o servicios administrativos (parágrafos 36 y 50).

47 Los procedimientos constitucionales se sustanciaron en un lapso de tiempo excesivamente largo, teniendo en cuenta, además, que la primera cuestión de inconstitucionalidad estuvo inactiva más de veinticinco meses y la segunda casi catorce meses (parágrafo 49).

un periodo excesivo que no responde a las exigencias del «plazo razonable», infringiendo así el art. 6.1 CEDH (párrafo 22)⁴⁸.

En las SSTEDH *González Doria Durán de Quiroga c. España* y *López Sole y Martín de Vargas c. España*, ambas de 28 de enero de 2004, el TEDH considera que se ha vulnerado el derecho del art. 6.1 CEDH por la excesiva duración de las actuaciones penales que se siguen contra los demandantes ante unos juzgados de instrucción, con la singularidad de que el TEDH incluye en el cómputo total del plazo del proceso el período de tiempo destinado a la admisión del recurso de amparo, once meses (párrafos 34 y 33 respectivamente)⁴⁹.

En la STEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004, el TEDH entiende que la duración excesiva de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (cinco años y cinco meses)⁵⁰, de acuerdo con los criterios fijados por su jurisprudencia, constituye una violación del derecho del art. 6.1 CEDH, sin tener en cuenta la alegación por el Gobierno de la complejidad del procedimiento, al no aportar ningún elemento concreto que justifique dicha duración, a pesar de que el sumario estaba compuesto por 22.000 páginas y que se presentaron numerosos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (párrafos 39 y 40)⁵¹.

2. Algunas singularidades y conclusiones sobre la aplicación de los criterios fijados por el TEDH en las sentencias condenatorias a España por la vulneración del derecho del art. 6.1 CEDH

En todos los casos de condena al Estado español, el TEDH ha aplicado, a la luz de las circunstancias del caso concreto, los criterios objetivos fijados en su jurisprudencia ya

⁴⁸ Aunque, en realidad, la duración total del proceso fue de cinco años y dos meses, comprendiendo tanto el periodo de tiempo que transcurrió ante la instancia penal (la Audiencia Nacional) como el que se desarrolló ante la instancia constitucional (el Tribunal Constitucional). Sin embargo, el TEDH solo toma como referencia para declarar la violación del derecho del art. 6.1 CEDH el periodo sustanciado ante el TC. Por otra parte, el TEDH no tiene en cuenta la alegación del Gobierno español sobre la complejidad del proceso penal. Asimismo, recuerda que «corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema judicial de forma que sus órganos judiciales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable (párrafo 23).

⁴⁹ El mismo criterio de incluir en el cómputo total de la duración excesiva de los procesos (administrativo y jurisdiccional contencioso-administrativo), el período de tiempo destinado a la admisión del recurso de amparo (ocho meses), sin excluir el plazo legal para admitir a trámite la demanda (treinta días), se sigue por el TEDH en la STEDH *Quiles González c. España*, de 27 de abril de 2004 (párrafo 22).

⁵⁰ Para el cómputo del plazo el TEDH toma como inicio del proceso la fecha de presentación por el demandante del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y como fin el de la fecha en que se dictó la sentencia. El TEDH no descuenta ni tan siquiera el tiempo que razonablemente puede durar la tramitación de un recurso de amparo. Es considerada la primera STEDH que condena a España por la vulneración del derecho del art. 6.1 CEDH por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo, durante el periodo que media entre su presentación y su resolución. Se da también la circunstancia de que el Tribunal Constitucional había otorgado parcialmente el amparo al demandante en la STC 122/2000, de 16 de mayo.

⁵¹ Un comentario a esta sentencia puede verse en MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. «Dilaciones indebidas, justicia, constitucionalidad y TEDH: La sentencia del TEDH Soto Sánchez c. España de 25 de noviembre de 2003», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 2, 2003, pp. 115 y ss., que valora positivamente la no exigencia por el TEDH del recurso previsto en los arts. 292 y ss. LOPJ, a los efectos de considerar agotados los recursos del Derecho interno para admitir la demanda ante el TEDH por dilaciones en los procesos constitucionales de amparo, ya que solo una minoría de los amparos se resolvían por resolución motivada y ORTEGA CARBALLO, C.: «Soto Sánchez c. España...», ob. cit., pp. 223 y ss.

consolidada: la complejidad del asunto; el comportamiento del demandante; la conducta de las autoridades competentes y, ocasionalmente, los intereses que el demandante arriesga en el litigio. A continuación exponemos algunas consideraciones sobre cómo ha aplicado el TEDH estos criterios para deducir de dicha aplicación algunas conclusiones.

- a) En relación con el criterio de la complejidad del asunto, este se ha invocado por el Gobierno en varios asuntos como *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993, en el que el Gobierno afirma que la gran complejidad del caso no debe confundirse con la sencillez del procedimiento y que el asunto examinado era complejo no sólo por la amplitud del expediente —alrededor de tres mil páginas—, sino también por la gravedad de los novedosos problemas jurídicos que habían de resolverse. El TEDH admite igualmente que la acción civil principal no era al principio compleja, pero que posteriormente planteó cuestiones constitucionales de innegable dificultad. Sin embargo, en opinión del Tribunal, esta complejidad no justifica de ningún modo la duración excesiva de los procedimientos constitucionales, siete años y nueve meses.

En la STEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004, el Gobierno alega también la complejidad del proceso al tener por objeto un delito de tráfico de drogas con una dimensión internacional («operación *Nécora*»), en el que intervinieron cincuenta y cuatro acusados, con un expediente de instrucción compuesto de 22.000 páginas y con la presentación de numerosos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Factores que, sin embargo, el TEDH no considera suficientes para acreditar la duración excesiva del proceso constitucional, cinco años y cinco meses⁵².

En la STEDH *Menéndez García y Álvarez González c. España*, de 15 de marzo de 2016, el TEDH manifiesta que el caso era bastante complejo ya que en los procesos penales por la presunta comisión de delitos de fraude y falsedad documental intervenían tres demandantes y diez demandados. Sin embargo, el Tribunal considera que esta circunstancia, en el presente caso, no entraña problemas o dificultades excepcionales para la excesiva duración de la fase instructora, cuatro años.

En la STEDH *Serrano Contreras c. España*, de 20 de marzo de 2012, el TEDH admite también que el asunto tenía cierta complejidad, entre otras razones, por el número de documentos que debían examinarse, por la implicación de varios acusados y por la tramitación de dos comisiones rogatorias dirigidas a las autoridades italianas. Sin embargo, el TEDH reconoce que esa complejidad tampoco es suficiente para explicar una duración del proceso de once años y un mes.

52 Por el contrario, en la Decisión del TEDH *Cándido González Martín y Plasencia Santos c. España*, de 15 de marzo de 2016, el TEDH no llega a la misma conclusión, a pesar de estar ante una instrucción de un proceso penal que denotaba cierta complejidad por el asunto, el enjuiciamiento de varios delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, cohecho y blanqueo de capitales, por el número de personas afectadas, con la recusación del magistrado encargado inicialmente de la instrucción y la presencia de un aforado entre los inculcados y por un expediente de instrucción compuesto de 2.000 páginas, con dos anexos de más de 5.000 páginas. Sin embargo, el TEDH inadmite la demanda por considerar justificado el periodo de tiempo en que se mantuvo secreto el sumario, un año para unos delitos y cuatro años y tres meses para otros. En opinión del Tribunal, el mantenimiento del secreto del sumario por tan largo periodo de tiempo era necesario para evitar interferencias o actuaciones que pusieran en peligro el éxito de la investigación.

En la STEDH *Alberto Sánchez c. España*, de 16 de febrero de 2005, en que se alega que la instrucción del expediente administrativo es compleja por el número de personas que en él han intervenido, hecho que no es apreciado por el Tribunal que, además, reconoce la falta de diligencia de la Administración en el asunto al haber tardado en enviar el expediente administrativo a la Audiencia Nacional cuatro años y seis meses después de peticiones reiteradas.

En la STEDH *Ruiz-Villar Ruiz c. España*, de 20 de diciembre de 2016, en la que el Gobierno y el TEDH aprecian la complejidad del procedimiento por la naturaleza del asunto examinado, la delimitación del dominio público hidráulico, por el número elevado de partes involucradas, por la necesidad de solicitar varios dictámenes técnicos y por lo voluminoso del expediente. Sin embargo, el TEDH entiende que, a pesar de dichas circunstancias, no puede justificarse una duración del proceso de diecinueve años, al igual que no lo admitió en otros casos anteriores sobre un asunto similar, las concentraciones parcelarias (*Walder c. Austria*, de 30 de enero de 2001 y *Klug c. Austria*, de 15 de enero de 2009), cuyos procesos duraron, respectivamente, veintidós y veinte años, en los que se declaró también la vulneración del art. 6.1 CEDH.

En la STEDH *Iribarren Pinillos c. España*, de 8 de abril de 2009, en la que el TEDH admite también que el asunto revestía cierta complejidad, particularmente el procedimiento penal dirigido a la identificación de los culpables del delito de lesiones previo y necesario para acudir al procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado. Sin embargo, en opinión del TEDH, esta circunstancia no justifica una duración total del proceso de once años y diez meses, aunque, como ingenuamente aduce el Gobierno, haya intervenido en la causa el Tribunal Supremo.

- b) En lo que concierne al comportamiento del demandante, en la STEDH *Unión Alimentaria Sanders, S.A. c. España*, de 7 de julio de 1989 (párrafo 35), el TEDH, de acuerdo con la Comisión, considera que la conducta concreta de la sociedad demandante de no presentar un segundo recurso de amparo después del fracaso del primero, «fue conforme con la obligación que tiene todo recurrente de realizar con diligencia los actos que le correspondan, de abstenerse de actuaciones dilatorias y de aprovechar las posibilidades que le ofrezca el Derecho interno para abreviar el procedimiento».

En la STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993 (párrafos 42-43 y 59), el Gobierno reprocha a los demandantes una actitud dirigida a dilatar la duración del procedimiento civil, al ejercitar de forma abusiva una acción restitutoria en relación con una expropiación realizada mediante una ley. Con dicha acción se inducía a los tribunales competentes a que plantearan una cuestión de inconstitucionalidad, retrasando considerablemente el desarrollo del proceso en todas las instancias. El TEDH, sin embargo, no comparte esta tesis al considerar que los actores utilizaron el único medio —la cuestión de inconstitucionalidad— que les ofrecía la legislación española para defender sus intereses, el derecho de propiedad, dado que no podían presentar un recurso de amparo al regularse ese derecho en el art. 33 CE, fuera de los preceptos constitucionales tutelables mediante el amparo constitucional.

En la STEDH *Moreno Carmona c. España*, de 9 de junio de 2009 (parágrafos 33 a 36 y 50 a 54), se alega por el Gobierno que el demandante contribuyó a la duración excesiva del proceso al no haber solicitado al Juez de Instrucción la agilización del proceso penal incoado contra él, beneficiándose posteriormente de la prescripción del delito por la inacción de la jurisdicción penal. El TEDH considera que, aunque el demandante no ha intentado agilizar el proceso, no parece haber contribuido a su duración excesiva, ya que puede constatarse, además, que acudió —sin éxito— a la vía indemnizatoria prevista en el art. 292 y ss. LOPJ para reclamar una indemnización por los daños causados por las dilaciones. De ahí que sea excesivo exigir al demandante que entable la acción mencionada por el Gobierno, cuando ha utilizado «otra vía de recurso eficaz y suficiente que tiene prácticamente el mismo fin (Decisión *Günaydin c. Turquía*, de 25 de abril de 2002)»⁵³. En conclusión, a juicio del TEDH, no puede atribuirse al demandante responsabilidad alguna en la demora del proceso por no haber agilizado su tramitación cuando el procedimiento penal se quedó en la fase de instrucción y esta llegó a durar trece años y seis meses hasta que finalmente se dictó el auto de sobreseimiento definitivo por haber prescrito el delito.

En la STEDH *Ortuño Ortuño c. España*, de 27 de septiembre de 2011 (parágrafos 54 y 62), el Gobierno manifiesta que el retraso del proceso se explica en parte por el comportamiento de la demandante, ya que en el procedimiento de ejecución de la sentencia presentó denuncias contra algunos de sus abogados de oficio, que renunciaron a representarla por la falta de confianza en su trabajo y contra algunos jueces de primera instancia por abuso de poder y también contra tres magistrados del Tribunal Constitucional. El TEDH admite que son circunstancias que contribuyeron a la prolongación en el tiempo del proceso; sin embargo, considera que responden también a la utilización por la demandante de todas las vías procesales que le ofrece el ordenamiento para defender sus intereses, actitud que no merece reproche alguno.

En la STEDH *Ruiz-Villar Ruiz c. España*, de 20 de diciembre de 2016 (parágrafos 20 y 21), el Gobierno afirmó que la duración del procedimiento se debió, entre otros motivos, al comportamiento de algunos de los demandados que habían sobreexplotado el acuífero y entorpecido la labor de varios peritos que debían de emitir un dictamen. Sin embargo, el TEDH reconoce que la duración excesiva del proceso, diecinueve años con largos periodos de inactividad procesal, no podía atribuirse al demandante ni a ninguna de las partes, al menos no se ha podido probar de forma suficiente por el Gobierno.

- c) Por lo que se refiere a la conducta de las autoridades nacionales, en la STEDH *Unión Alimentaria Sanders, S.A. c. España*, de 7 de julio de 1989 (parágrafos 38 a 41), el TEDH, aun teniendo en cuenta las dificultades surgidas como consecuencia de la transición política y las medidas adoptadas por las autoridades nacionales, considera que estas no fueron suficientes para solucionar el problema de la sobrecarga de trabajo que afectaba a algunos tribunales de Barcelona. Estos habían incrementado considerablemente el número de litigios, no sólo por las

⁵³ Cfr. en el mismo sentido, la STEDH *Ruiz-Villar Ruiz c. España*, de 20 de diciembre de 2016 (parágrafos 13 a 15).

leyes aprobadas después de la Constitución española, sino también por el aumento de habitantes que por la emigración experimentaron algunas de las provincias catalanas. Con ocasión de los atascos que aquejaban a algunos órganos judiciales de Barcelona, el TEDH reconoce que «un atasco temporal de un tribunal no implica la responsabilidad internacional de un Estado si adopta, con la debida rapidez, las medidas adecuadas para remediarlo», como puede ser «establecer con carácter provisional un determinado orden de preferencia en el despacho de los asuntos, teniendo en cuenta su urgencia y su importancia». Ahora bien, si estas medidas son insuficientes y las situaciones de atasco temporal de los asuntos se convierten en habituales durante varios años (estructurales u organizativas), el TEDH entiende que esta situación no justifica la excesiva duración de los procedimientos, privándose a la sociedad demandante de su derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable⁵⁴.

En la STEDH *Serrano Contreras c. España*, de 20 de marzo de 2012 (parágrafos 57 y 58), frente a los argumentos formulados por el órgano judicial para justificar el retraso en dictar sentencia, concretamente la sobrecarga de trabajo, el TEDH recuerda que, según reiterada jurisprudencia, «el atasco crónico en los asuntos atribuidos a un tribunal no es una explicación válida (*Probstmeier c. Alemania*, de 1 de julio de 1997)» y no justifica una duración del procedimiento de más de once años para los tres grados o instancias jurisdiccionales. De ahí que con «la exigencia del respeto al «plazo razonable», la Convención subraye la importancia de garantizar que la justicia no se administre con demoras que comprometan su eficacia y credibilidad».

En la STEDH *Quiles González c. España*, de 27 de julio de 2004 (parágrafos 27 y 28), el TEDH condena a España por violación del art. 6.1 CEDH, por una duración excesiva de un proceso, al apreciar un periodo de inactividad de casi cuatro años en la tramitación de un recurso de apelación ante un Tribunal Superior de Justicia. El TEDH no admite como causas justificativas del retraso la complejidad del asunto ni la alegación por el Gobierno de una sobrecarga de trabajo del tribunal, al haber estado colapsado temporalmente por ingresar 2.390 recursos en un mes. El Tribunal recuerda, por el contrario, que es responsabilidad de los Estados «organizar el sistema judicial de tal manera que los órganos judiciales puedan garantizar a todas las personas el derecho a obtener una resolución definitiva sobre sus derechos y obligaciones civiles dentro de un plazo razonable».

- d) Por lo que respecta a los intereses arriesgados por el demandante en el litigio, exponemos seguidamente algunos de los que el TEDH ha valorado en las sentencias condenatorias contra España, cuando en ellas se ha mencionado expresamente este criterio para reconocer que los procesos podían haberse tramitado con mayor diligencia y celeridad. Así sucede con la privación de libertad como

⁵⁴ En esta tesis se apoya también el TEDH en la STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993 (párrafo 48), con cita expresa del caso *Unión Alimentaria Sanders, S.A. c. España*, de 7 de julio de 1989, para considerar que no es convincente el argumento alegado por el Gobierno sobre la carga de trabajo de la Audiencia Provincial de Madrid, que aumentó todavía más a partir de 1985 al haber reorganizado la L.O.P.J. el sistema judicial español. A pesar de ello, en opinión de Gobierno, las autoridades públicas corrigieron esta situación el 10 de junio de 1988 mediante la dotación de jueces en régimen de provisión temporal. Sin embargo, a juicio del TEDH, las medidas se adoptaron tardíamente para el caso examinado.

consecuencia de la imposición de determinadas penas de prisión. A él se refiere la STEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004, en la que el demandante había sido condenado a una pena de cuatro años y dos meses de prisión menor, impuesta por la Audiencia Nacional, que posteriormente fue aumentada a nueve años de prisión mayor por el Tribunal Supremo. Otro interés arriesgado por el demandante en el proceso ha sido el patrimonio empresarial ante una expropiación por un decreto-ley, STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993, en la que se indica expresamente (parágrafo 52), que lo que «se encontraba en juego en este caso era sumamente importante, no sólo para los actores, sino también para la sociedad española en general, debido a la enorme incidencia social y política del mismo: el gran número de personas implicadas —asalariados, accionistas y terceros— y el volumen de los capitales afectados». También han sido considerados como intereses arriesgados por el demandante en el proceso las funciones que legalmente corresponde ejercer a los funcionarios de un determinado cuerpo de la Administración de Justicia, STEDH *Alberto Sánchez c. España*, de 16 de febrero de 2005; o la valoración de los bienes e intereses que integran una comunidad de gananciales, por falta de acuerdo entre las partes, tras la liquidación del régimen económico matrimonial, SSTEDH *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España*, de 9 de junio de 2009 y *Ortuño Ortuño c. España*, de 27 de septiembre de 2011.

Algunas de las conclusiones que pueden deducirse de la aplicación de los criterios anteriores por el TEDH en las sentencias condenatorias contra España son las siguientes.

- 1.^a En la mayoría de las resoluciones examinadas, aunque se ha alegado por el Gobierno la complejidad del proceso como causa justificante de los retrasos judiciales indebidos, el TEDH no lo ha considerado determinante para excluir la responsabilidad del Estado. A pesar, incluso, de que el propio TEDH haya apreciado en algunos casos cierta complejidad del proceso por lo voluminoso del expediente, por la intervención de numerosas personas (demandantes, acusados y terceros) o por presentar varios recursos y acudir a diversas instancias. Sin embargo, el TEDH no ha estimado suficientes estos factores para acreditar una duración desproporcionada del proceso que, en algún caso, ha sobrepasado los diecinueve años.
- 2.^a En algunas sentencias, el Gobierno ha afirmado que la duración excesiva del proceso se ha debido, en parte, a ciertas maniobras dilatorias del demandante (denuncias a sus abogados, jueces, recusaciones...) o, incluso en algún caso, a inacciones procesales. Sin embargo, el TEDH ha reconocido que esas actuaciones son conformes con la obligación de todo recurrente de utilizar diligentemente las vías o recursos que le proporciona el Derecho interno para defender sus intereses.
- 3.^a En todas las sentencias el criterio decisivo y determinante para condenar a España por la duración irrazonable de un proceso ha sido el de la conducta de las autoridades nacionales, particularmente el de las autoridades gubernativas y, en algunos casos, el de las judiciales. Ya sea por la falta de diligencia

de los titulares de los órganos judiciales en la tramitación de los asuntos o, sobre todo, a problemas estructurales (plazas vacantes en tribunales, necesidad de crear nuevos órganos...), coincidentes, en muchos casos, con la sobrecarga de trabajo de algunos órganos judiciales aquejados de atascos crónicos. Problemas organizativos y atascos crónicos que no han sido admitidos por el TEDH como causa justificativa de los retrasos indebidos, incluso en momentos complicados para el sistema judicial español como en la época de la transición política o con ocasión de algunas decisivas reformas legislativas de carácter procesal.

- 4.^a En algunas resoluciones condenatorias se mencionan determinados intereses que el demandante arriesga en el proceso. Se trata de intereses relacionados con su libertad personal, patrimonio o actividad profesional. Aunque la tutela de estos intereses debiera acelerar la tramitación de los procesos, cuando no ha sido así y se han producido retrasos indebidos en la causa, el TEDH ha valorado este criterio pero no lo ha utilizado como *ratio decidendi* de las sentencias.

IV. SOBRE MEDIDAS Y REMEDIOS QUE EVITEN FUTURAS CONDENAS AL ESTADO ESPAÑOL POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

No existe en nuestro ordenamiento una medida que a modo de «bálsamo de Fierabrás», de poción mágica, sea capaz de curar totalmente uno de los males y dolencias que aquejan a nuestro sistema judicial, el de las dilaciones indebidas, sobre todo cuando estas tienen un origen estructural.

No obstante, sí se han establecido a lo largo de estos años, por influencia en algunos casos de la jurisprudencia del TEDH, algunas medidas preventivas destinadas a acelerar los procedimientos y a corregir los retrasos ocasionales de los tribunales como consecuencia de una acumulación de asuntos, de ausencias del titular del órgano judicial o de la existencia de vacantes por cualesquiera circunstancias. Para acometer estos inconvenientes y evitar que los retrasos coyunturales puedan convertirse en estructurales, la LOPJ prevé, a lo largo de su articulado, diferentes medidas como el nombramiento de magistrados suplentes para formar Sala en órganos colegiados (art. 199 y ss. LOPJ) y de jueces sustitutos en órganos unipersonales (art. 207 y ss. LOPJ) y, sobre todo, las medidas excepcionales de apoyo y refuerzo judicial a través de los jueces de adscripción territorial (art. 347 bis LOPJ) o de los jueces en régimen de provisión temporal (art. 428 LOPJ).

Son medidas que si se adoptan con rapidez pueden ser útiles, en un primer momento, para solucionar los atascos y retrasos temporales de los órganos judiciales. Se han aplicado, por ejemplo, en situaciones de colapso de los Juzgados de lo Mercantil cuando se han visto desbordados por el ingente número de asuntos que se habían registrado en materia de concursos durante los años críticos de la crisis económica o por el aluvión de demandas que han entrado durante el año 2017 en los Juzgados de Primera Instancia en materia de cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios («las cláusulas suelo»). Estas situaciones han dado lugar también a la adopción de otras medidas de carácter organizativo por el Consejo General del Poder Judicial como la transformación

de los Juzgados de lo Mercantil en tribunales de instancia especializados por materias: patentes, conflictos societarios y defensa de la competencia⁵⁵ o la conversión de determinados Juzgados de Primera Instancia en juzgados especializados para conocer de forma exclusiva, aunque no excluyente de las demandas sobre las «cláusulas suelo»⁵⁶. Ahora bien, cuando no es posible solventar el colapso temporal de los órganos judiciales y este pasa a ser permanente o estructural, la única solución es la creación de nuevos tribunales y la dotación de medios materiales y personales para que estos ejerzan sus funciones de modo efectivo⁵⁷.

55 Cfr. el artículo publicado por SÁNCHEZ, L., «Llegan los Tribunales de lo Mercantil en Instancia como remedio para luchar contra el colapso judicial», disponible en la página web *law&trends*: <http://www.lawandtrends.com/>, en el que se expone cómo esta medida se aplicó como plan piloto a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona hace dos años, donde ha funcionado con notables resultados y en 2016 la Comisión Permanente del CGPJ la ha aprobado para Sevilla. Así se recoge también en la página web del CGPJ, cuando establece que la Comisión Permanente del CGPJ ha aprobado el día 4 de febrero de 2016 el plan piloto de Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla, conforme al cual se organizan en dos secciones los cinco jueces que actualmente prestan servicio en los Juzgados de lo Mercantil, que debatirán de forma colegiada los asuntos de especial complejidad.

56 Mediante esta medida adoptada por el CGPJ el 1 de junio de 2017, se crearon cincuenta y cuatro juzgados uniprovinciales especializados en esta materia. Sin embargo, como pusieron de manifiesto los Jueces Decanos la medida no estaba produciendo el efecto deseado, pues a finales de octubre de 2017 los juzgados especializados en las cláusulas hipotecarias estaban colapsadas al haber recibido más de 98.600 demandas (que ascendieron a 156,852, a finales de diciembre, según la página WEB de Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Por este motivo, los Jueces Decanos propusieron al CGPJ, al no haberse dotado a los juzgados especializados de todos los medios que precisaban, que los asuntos ingresaron por esta materia a partir del 1 de enero de 2018 pasen a reparto general entre todos los Juzgados de Primera Instancia de todos los partidos judiciales. A este respecto, el Consejo General de la Abogacía Española presentó en junio de 2017, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, un recurso contra el acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ por el que se atribuye a determinados juzgados la competencia exclusiva en materia de cláusulas suelo. El Consejo General de la Abogacía Española entendía que el plan del CGPJ estaba agravando el problema que trataba de solucionar, ya que muchos de los juzgados designados carecían de capacidad para absorber las demandas presentadas, impidiendo a los ciudadanos resolver sus conflictos en un tiempo razonable. Cfr., sobre esta información, la página web de Abogacía Española disponible en: <http://www.abogacia.es/2017/10/20/los-jueces-decanos-preven-el-colapso-de-los-juzgados-de-clausulas-suelo-y-piden-su-cierre/> y la página web del CGPJ: http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=3f5f39e75c19f510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=d060f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES. La nueva situación de colapso llevó a la Comisión Permanente del CGPJ a aprobar el día 28 de diciembre de 2017, un nuevo plan de especialización de juzgados en materia de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en los contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, que entraba en vigor el 1 de enero, con una vigencia de seis meses. El plan sustituía al que se puso en marcha el pasado 1 de junio y respondía a la evolución que han seguido estos asuntos, que en caso de no atribuirse a órganos especializados supondría una carga inasumible para el resto de los juzgados. El plan obedecía también a la próxima entrada en funcionamiento de 77 juzgados creados y constituidos en 2017 y al análisis de la carga de trabajo de los órganos judiciales especializados, que hasta ahora han conocido de estos asuntos de manera exclusiva y no excluyente. El nuevo plan permitiría, manteniendo la atribución de la competencia exclusiva a determinados juzgados, establecen en un caso, también la excluyente en aquellas provincias en las que el impacto de reparto del resto de los asuntos entre los órganos judiciales del orden civil lo permitiera. Otra novedad consistía en que, en algunas provincias, la materia objeto de especialización pasaría a ser asumida por juzgados de nueva creación desde la fecha de su entrada en funcionamiento. Véase la página web del CGPJ, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb63e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=>.

57 El art. 216 bis, ap. 6.º, LOPJ dispone en este sentido que «Si la causa del retraso tuviera carácter estructural, el CGPJ, junto con la adopción de las referidas medidas provisionales, formulará las oportunas propuestas al Ministerio de Justicia o a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, en orden a la adecuación de la plantilla del juzgado o tribunal afectado o a la corrección de la demarcación o planta que proceda». El Tribunal Constitucional, cuando dicta una sentencia en la que declara la violación del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, si las dilaciones indebidas que sufre el proceso fueron provocadas por causas

Otra medida preventiva de carácter provisional y excepcional para afrontar los posibles retrasos temporales en la decisión de los procesos, aludida también por el TEDH en sus decisiones, es la fijación de un orden de tramitación preferente de los asuntos, basado en su urgencia e importancia, así como en el riesgo que para las partes pueda tener la demora en su resolución. Sin embargo, esta medida de dar prioridad a unos asuntos sobre otros, de anteponer en el tiempo la resolución de unos litigios sobre otros por su relevancia, puede servir para taponar temporalmente algunas vías de agua, pero puede dar lugar a que se abran grietas más grandes con riesgo de hundimiento para el barco. Y es que los ciudadanos que vean que la decisión de los litigios de aquellos que se han quejado del retraso ha sido adelantada respecto de los que no lo han hecho, procederán de igual modo, pudiendo llegar a colapsar nuevamente el órgano judicial⁵⁸.

Cuando se han producido dilaciones indebidas en un proceso y estas se han debido a causas estructurales, esto es, a la falta de dotación de medios materiales y personales para que los tribunales ejerzan sus funciones eficazmente o a deficiencias organizativas del sistema judicial, la única solución posible consiste en la adopción de medidas reparatorias que pueden ser de tipo organizativo o de carácter económico.

Las medidas reparatorias organizativas pueden consistir en la creación de nuevos tribunales con una dotación suficiente de medios materiales y personales para que estos ejerzan sus funciones de modo efectivo. Así lo prevé el art. 216bis, apartado 6.º LOPJ, cuando dispone que si la causa del retraso tuviera carácter estructural el Consejo General del Poder Judicial, junto con la adopción de las referidas medidas provisionales, formulará las oportunas propuestas al Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, en orden a la adecuación de la plantilla del juzgado o tribunal afectado o a la corrección de la demarcación o planta que pueda. Las medidas reparatorias organizativas, por la existencia de retrasos crónicos o estructurales, conllevan a la realización de las oportunas reformas legales de tipo procesal u organizativo. Ya sea para modificar los procedimientos jurisdiccionales existentes o para crear un nuevo orden jurisdiccional o nuevos órganos judiciales especializados en determinados asuntos con una asignación suficiente de medios materiales y personales. Así, cada cierto tiempo, el Gobierno y el Parlamento, previo informe del CGPJ, llevan a cabo modificaciones de las leyes procesales de las diferentes órdenes jurisdiccionales, o de la LOPJ, o de la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Remarcación y de Planta Judicial. En ellos se indica que una de las finalidades perseguidas con las reformas procedimentales u orgánicas es la de agilizar la justicia para evitar las dilaciones indebidas, pero sin merma de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva reconocida constitucionalmente⁵⁹. Aunque en

estructurales, puede considerar oportuno trasladar la sentencia al CGPJ y al Ministerio de Justicia, a los efectos que procedan. Cfr. las SSTC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2 y 129/2016, de 18 de julio de 2016, FJ 4.

58 Borraro Iniesta, I., «Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas...», ob. cit., pp. 142-143, cita este ejemplo en relación con los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, indicando que la medida referida puede empeorar la situación, antes que remediarla.

59 Cfr. en este sentido, respecto de algunas de las últimas reformas llevadas a cabo, las Exposiciones de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia; la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la DF 3.ª de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ de 1985; la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ de 1985.

las reformas legislativas la última palabra la tienen el Gobierno y el Parlamento, asume también un papel decisivo el Consejo General del Poder Judicial, que es la institución que recibe y canaliza la información sobre las necesidades que tienen los órganos judiciales para ejercer sus funciones de modo eficaz. De ahí que este órgano, en cumplimiento del mandato del art. 563 LOPJ, remita anualmente a las Cortes Generales una Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales, en la que se incluyen las necesidades existentes en materia de personal, instalaciones y recursos⁶⁰. Asimismo, hay que tener presente que la dotación de los medios materiales y personales a los órganos judiciales es competencia del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas que tienen asumida la competencia en esta materia (art. 216 bis, apartado 6.º, LOPJ).

Por lo que se refiere a la medida reparatoria de tipo económico consistente en las indemnizaciones concedidas a las víctimas por los daños y perjuicios causados por las dilaciones indebidas de origen estructural, según se ha examinado, se halla regulada en el art. 292 y ss. de la LOPJ para el ámbito de la jurisdicción ordinaria, con la singularidad prevista en el art. 32.8 LRJSP respecto de la jurisdicción constitucional. Es un remedio de carácter económico y subsidiario establecido para reparar los retrasos judiciales cuando estos no han podido corregirse por otros medios y se han convertido en estructurales⁶¹. Por regla general, el justiciable afectado ha estado sometido a un largo peregrinaje judicial recorriendo numerosas instancias, incluida la del Tribunal Constitucional, hasta llegar al recurso del art. 292 y ss. LOPJ ante el Ministerio de Justicia, cuya decisión es revisable además ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Finalmente y si aún le quedan fuerzas, una vez agotadas todas las vías de recurso disponibles en nuestro Derecho, el interesado puede acudir al TEDH invocando la vulneración del derecho a un proceso dentro del plazo razonable del art. 6.1 CEDH. Si el TEDH considera que se ha violado este derecho, el Estado español sería condenado al pago de una cuantía económica que normalmente oscila entre los 6.000 y 12.000 euros. Puede ser mucho más económico para el Estado abonar esta cantidad que acometer reformas mucho más costosas en la estructura u organización del sistema judicial.

60 En la Memoria del año 2016, aprobada por el Pleno de 26 de julio de 2017, puede consultarse el apartado de «panorámica de la justicia», que es un informe en el que se analiza la situación de los órganos judiciales sobre los datos facilitados por la estadística judicial, elaborados por la Sección de Estadística del CGPJ. En lo que aquí interesa, en dicho apartado se ofrecen datos por cada uno de los órdenes jurisdiccionales y órganos judiciales de los ingresos de asuntos y de las duraciones medias de los procedimientos, comprobando si han aumentado o disminuido respecto del año anterior y valorando la incidencia o impacto que han tenido las modificaciones o reformas legales que se han realizado en los últimos años (algunas de ellas citadas anteriormente). Cfr. la página web del CGPJ, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2017--correspondiente-al-ejercicio-2016->.

61 Puede considerarse también como otra medida reparatoria o compensatoria de las dilaciones indebidas padecidas exclusivamente en el proceso penal, la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, añadida con la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, en el que se establece que es circunstancia atenuante «la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa». Sobre la aplicación de esta atenuante existe una abundante jurisprudencia. La doctrina penal se ha ocupado también ampliamente de su análisis. *Vid.*, entre otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», *La Ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 80, 2011, pp. 45 y ss.; RAMÍREZ ORTIZ, J.L., «Derechos fundamentales y derecho penal: La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas», *Derecho y Proceso Penal*, n.º 27, 2012, pp. 1 y ss. y GOYENA HUERTA, J., «La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2015, pp. 37 y ss.

TITLE: The European Court of Human Rights and the Spain sentences for the violation of the right to be heard within a reasonable time of article 6.1 of the European Convention on Human Rights: the difficulties to achieve an optimal time of the judicial processes

ABSTRACT: The paper analyzes the doctrine established by the European Court of Human Rights on the violation of the right to be tried within a reasonable time of art. 6.1 of the European Convention of Human Rights and its application to the Spanish State in the condemnatory judgments that until now have been pronounced. It also examines and proposes some preventive measures aimed at streamline the process and correcting court delays, as well as other reparations.

RESUMEN: El trabajo analiza la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación al Estado Español en las sentencias condenatorias que hasta ahora se han dictado. También se examinan y se proponen algunas medidas preventivas destinadas a acelerar los procedimientos y a corregir los retrasos de los tribunales, así como otras de carácter reparatorio.

KEY WORDS: European Court of Human Rights, the right to be heard within a reasonable time, undue delay, judicial proceedings

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derecho a ser juzgado en un plazo razonable, dilaciones indebidas, procesos judiciales

FECHA DE RECEPCIÓN: 10.04.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

ESPAÑA Y EL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN BALANCE¹

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

*Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO

I. A modo de introducción. II. El artículo 3 CEDH en general: la protección de un valor absoluto e inderogable. III. El artículo 3 CEDH en particular: las condenas a España. IV. La reacción de España ante las condenas. V. A modo de conclusión.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el presente texto se ofrece un análisis sobre las condenas a España por vulnerar el artículo 3 CEDH. Para ello se hace en primer lugar una sucinta exégesis del precepto, resaltando la importancia que para el sistema del Convenio tiene ese valor —la prohibición de la tortura— así como las dos vertientes que lo integran, la sustantiva y la procesal. Después se aborda el caso concreto de nuestro país, analizando los principales motivos de condena². A continuación, se sistematiza la reacción de España frente a tales condenas, haciendo especial hincapié en la integración de los criterios de Estrasburgo por parte de nuestro Juez Constitucional, así como en ciertas reformas legislativas implementadas. Finalmente se aportan algunas reflexiones a modo de conclusión.

II. EL ARTÍCULO 3 CEDH EN GENERAL: LA PROTECCIÓN DE UN VALOR ABSOLUTO E INDEROGABLE

Es bien sabido que el artículo 3 CEDH establece que: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»³. El TEDH ha reiterado que este

1 Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993, sobre *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (2016-2020).

2 Una visión de conjunto puede verse en el trabajo de MATIA PORTILLA, F.J.; «Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España», publicado en este mismo número.

3 Vid. SALADO OSUNA, A; «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH». En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEP, Madrid,

precepto recoge uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática, goza de carácter absoluto («no permite excepciones, matizaciones, o puesta en equilibrio con otros valores»⁴), y es inderogable⁵ (ya sea en supuestos de normalidad democrática, de contextos de lucha contra el terrorismo, ya sea en cualquier tipo de estado de excepción⁶; ya sea en esos supuestos algo vaporosos conocidos con el nombre de *estados/Derecho de emergencia*)⁷.

La jurisprudencia del TEDH en la materia, muy abundante, es uno de los activos más sólidos de las democracias europeas⁸. El precepto ha sido aplicado a multitud de situaciones y lugares, manifestando una vis expansiva digna de mención. Así sucede con todo tipo de detención/traslado/custodia policial, así como a la situación del recluso en cualquier lugar (comisarías, cuarteles, cárceles, centros de internamiento psiquiátricos, centros de internamiento de extranjeros), sea por estancia provisional o decretada en firme⁹. Se aplica, huelga decirlo, a las condiciones de cumplimiento de la pena (incluso,

2014 (3.ª ed.), pp. 85-112; SANTAMARÍA ARINAS, R; y BOLAÑO PIÑEIRO, M.ª.C; «Prohibición de la tortura». En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*. Civitas, Madrid, 2015 (3.ª edición), pp. 54-95. Respecto a la relación entre España y la jurisprudencia de Estrasburgo puede verse MATIA PORTILLA, F.J; «Informe sobre España», en MATIA PORTILLA, F.J; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I (dirs.); *Informes nacionales sobre la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-70; y DÍAZ CREGO, M.ª; «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros»; En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3.ª ed.), pp. 791-831.

4 Por todas, ver STEDH *Gäfgen c. Alemania*, de 1/6/2010, §107. Sobre el particular vid. CANO PALOMARES, M.A; *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal: el caso de «Jakob Von Metzler» y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2017; ROIG TORRES, M; «Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de Octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «tortura de rescate» (*rettungsfolter*)»; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11, 2014, pp. 295-364; y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; «La dignidad quebrada»; *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 14, 2004, pp. 331-343.

5 Vid. LÓPEZ GUERRA, L; «El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias». *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 32, 2013, p. 149. Respecto a la jurisprudencia de Estrasburgo deben destacarse por pioneras la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978; y la STEDH *Tyrrer c. Reino Unido*, de 25/4/1978.

6 Vid. COSTAS TRASCASAS, M; «Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?». En CONDE PÉREZ, E; (dir); e IGLESIAS SÁNCHEZ, S; (coord): *Terrorismo y Legalidad Internacional*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 195 y ss. Son señeras la STEDH *Tomasini c. Italia* de 27/8/1992, y la STEDH *Askoy c. Turquía*, de 18/12/1996.

7 Vid. CANOSA USERA, R; *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 31 y ss.

8 Por dar algunos datos, esta norma se sitúa en cuarta posición respecto al número de condenas. El TEDH sólo ha condenado más veces por la vulneración de otros tres preceptos. Desde 1959 a 2017, lideran el tenebroso ranking de Estados condenados Rusia (con 58 condenas por torturas y 719 condenas por tratos inhumanos/degradantes); Turquía (con 31 condenas por tortura y 316 condenas por tratos inhumanos y degradantes); y Ucrania (con 15 condenas por tortura y 170 por tratos inhumanos y degradantes). El ranking de lo contrario lo encabezan Liechtenstein, San Marino, Noruega y Portugal, con cero condenas. Las referencias provienen de ECHR; *Overview 1959-2017*, marzo de 2018 (en línea: https://www.echr.coe.int/.../Overview_19592016_ENG.pdf, consultado el 15 de junio de 2018).

9 Por ejemplo, mantener a los reclusos en celdas de diecisiete metros cuadrados, sin luz ni agua, ni colchones y con insectos, es contrario al artículo 3 CEDH (STEDH *Kalachnikov c. Rusia*, de 15/7/2002; STEDH *Karalevicius c. Lituania*, de 07/04/2005; y STEDH *Kadikis II c. Lituania*, 04/05/2006). La privación sensorial absoluta, también conocida como *tortura blanca*, está prohibida (STEDH *Mesina II c. Italia*, de 28/09/2000). Someter a presos de manera periódica y rutinaria a exploraciones anales aienta contra la dignidad causando angustia y/o humillación, por lo que está prohibido (STEDH *Lorsé y otros c. Países Bajos*, de 04/02/2003). Más ejemplos: siete meses en una celda donde entraba la lluvia y el sol por un boquete de dimensiones considerables, sin que el recluso apenas saliera al patio exterior (necesitaba silla de ruedas y no se la dieron) está prohibido (STEDH *Matbeu c. Países Bajos*, de 29/09/2005).

o precisamente, si esta es de muerte)¹⁰. Se aplica cotidianamente a usos de la fuerza por parte de agentes de la autoridad¹¹. Se ha aplicado para erradicar prácticas de otro tiempo, como los castigos corporales¹². La norma *rige* extraterritorialmente¹³, lo cual exige de los Estados que recaben ciertas garantías de que la persona afectada por la decisión de extradición/expulsión no será sometida a los tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH¹⁴. El precepto ha sido interpretado de forma tan garantista que incluso cae bajo su radio de acción no sólo los actos cometidos por funcionario público sino también los imputables a sujetos privados¹⁵.

Hechas estas observaciones obligadamente concisas y sucintas, es momento de conocer las dos principales vertientes de la norma.

2.1. La vertiente sustantiva

La vertiente sustantiva prohíbe taxativamente que se ejerzan malos tratos, tratos inhumanos, degradantes, y/o torturas. Dicha obligación constituye una obligación sólidamente asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶. Tal extremo

También se ha declarado prohibido no dar el tratamiento médico necesario a un preso que lo necesita (STEDH *Kudla c. Polonia*, de 26/10/2000). Pero la detención y reclusión en una prisión de máxima seguridad no es contrario, en sí misma, al precepto (*Lorsé y otros c. Países Bajos*, de 04/02/2003), aunque sí lo es atar a un recluso toda la noche a la cama (STEDH *Henaf c. Francia*, de 27/11/2003).

10 Destacan los casos de aislamiento, donde el TEDH evalúa con mucho cuidado la gravedad de las medidas, su duración, el objetivo perseguido, y los efectos sobre la persona (STEDH *Van der Ven c. Países Bajos*, de 04/02/2003; y STEDH *Renolde c. Francia*, de 16/10/2008). De ese modo, un registro semanal donde se mantiene desnudos por tiempo prolongado a los reclusos es contrario al precepto (casos STEDH *Van der Ven c. Países Bajos*, de 04/02/2003; y STEDH *Salab c. Países Bajos*, de 06/07/2006); la operación forzosa a un recluso para obtener prueba de culpabilidad también está prohibida (STEDH *Jallob c. Alemania*, de 11/07/2006). Y el hecho de estar condenado a muerte no empece a que el preso sea tratado con dignidad. Si las medidas y condiciones que existen en el corredor de la muerte no son suficientes a ojos del precepto, el TEDH condena (STEDH *Aliev c. Ucrania*, de 29/04/2003). Si lo son, no condena (STEDH *Ocalan I c. Turquía*, de 12/05/2005). Sobre la recepción en el ámbito penitenciario vid. REVIRIEGO PICÓN, F; *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

11 Un caso relevante es el decidido en la STEDH *Cestaro c. Italia*, de 7/7/2015, donde la entrada y acción policial por la fuerza en un colegio donde se albergaban algunos manifestantes contra el G-8 en Génova llegó a tal umbral de gravedad que el TEDH lo calificó de tortura (§190).

12 Nos referimos a esa «violencia institucionalizada» que se ha prohibido desde la STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25/04/1978.

13 En la STEDH *Saadi c. Italia*, de 28/2/2008, se dice que no cabe ponderar, entre otros factores e incluso en el marco de la lucha antiterrorista, la «peligrosidad» del sujeto en cuestión. Vid. CONDE PÉREZ, E; «TEDH-Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06-artículo 3 CEDH-Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes-terrorismo v. tortura», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 32, 2009, pp. 275-290.

14 Así, por ejemplo, en la STEDH *Chabal c. Reino Unido*, de 15/11/1996; en la STEDH *Jabari c. Turquía*, de 11/7/2000; en la STEDH *N. c. Finlandia*, de 26/7/2005; en la STEDH *Saadi c. Italia*, de 28/2/2008; y en la STEDH *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21/1/2011. Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, cit, p. 230 y ss.

15 Por todos, STEDH *A. c. Reino Unido*, de 23/9/1998, y STEDH *Beganovic c. Croacia*, de 25/6/2009. Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights in a positive state*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 63; SALADO OSUNA, A; «Los tratos...», cit., pássim. Los Estados deben, pues, adoptar mecanismos legales pertinentes y suficientes, así como medidas razonables para evitar que se materialicen (STEDH *Mabmut Kaya c. Turquía*, de 28/3/2000. Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, cit, p. 218.

16 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; «La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española»; *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 26, 2013, pp. 1-42; y «El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del

es corroborado por los órganos de supervisión y control de los Tratados Internacionales en la materia, tanto de la ONU (el CDH, el CCT, y el SCT, entre otros¹⁷), como del Consejo de Europa (CPT)¹⁸.

Desde el punto de vista subjetivo, y sin perjuicio de lo dicho antes, esta obligación es especialmente exigible a todos aquellos que detentan el poder, especialmente a sujetos cualificados tales como los agentes de la autoridad, miembros de cuerpos policiales y similares.

Desde el punto de vista objetivo, el precepto prohíbe tres conductas, que a lo largo y ancho de la jurisprudencia del TEDH son tratadas como derivadas de un nexo común: el atentado contra la dignidad más elemental del ser humano. De hecho, la primera vez que el TEDH habló de dignidad lo hizo precisamente en el marco de un litigio relacionado con este precepto¹⁹.

sistema regional europeo de protección de derechos humanos», *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 27, 2013, p. 7-24. Como recuerda la doctrina, estamos ante Derecho Convencional, por lo que su origen está en los tratados y sólo se aplica a quienes los hayan firmado. Vid. Díez-PICAZO, L.M.ª; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014 (4.ª edición), p. 155.

17 La ONU tiene diversos mecanismos de garantía, como es bien sabido, aunque el que más relevancia ha tenido en los últimos tiempos es el SPT, órgano creado por el OPCAT. Ampliamente inspirado en su *bermano* del Consejo de Europa, está formado por un grupo de veinticinco expertos que realizan básicamente una labor preventiva, llevando a cabo visitas periódicas a los diferentes centros de detención de los territorios de los Estados miembro (ochenta y siete, a día de hoy). Las visitas finalizan con un Informe que se hace llegar al Estado en cuestión, con las recomendaciones y observaciones pertinentes. Es el Estado quien decide hacerlos públicos o no. Y también es el Estado el que decide si implementa o no las mismas. Para el caso español, la última visita que nos realizó fue en 2017 pero el Gobierno no ha hecho público el Informe. Por lo demás, desde el resto de órganos de protección de Naciones Unidas se nos ha dicho que eliminemos el régimen de detención incomunicada; que se grabe toda actuación en dependencias policiales (grabaciones debidamente custodiadas y a disposición de las partes implicadas); y que se elimine o suavice el régimen de aislamiento en nuestras cárceles así como evitar ciertas prácticas que socavan la credibilidad de estas medidas (por ejemplo: indultar a agentes condenados mediante sentencia judicial por delito de tortura). Desde el CCT puede verse el *Informe CAT/C/ESP/CO/6/2015*. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=ESP&Lang=SP (en línea: 2 de junio de 2018); desde la *Relatoría Especial de sobre la cuestión de la tortura* puede verse el *Informe Van Boven*, (E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004); y desde la *Relatoría Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, el llamado *Informe Juan Méndez* (A/HRC/19/61/Add.3 de 1 d marzo de 2012). Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J; «Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010, pp. 263-281.

18 El CPT es el órgano de protección creado por el CEPT, tratado internacional para proteger específicamente el artículo 3 CEDH. Está formado por cuarenta y siete expertos, uno por cada Estado parte y nombrado por este, cuyas funciones se rigen por los principios de cooperación y confidencialidad, implementando un sistema de visitas (periódicas y/o *ad hoc*) a los diferentes centros de detención de los Estados miembro. Finaliza la misma con un Informe, que sólo el es público si el Estado así lo decide, donde se realiza balance de las luces y sombras de su visita. La iniciativa, en su momento calificada de «revolucionaria», ha tenido las bendiciones doctrinales por su seriedad y rigor. Vid. CASSESE, A; «The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)». En CASSESE, A; (ed.); *The International Fight Against Torture*, Nomos, Baden-Baden, 1991, *págsim*; SALADO OSUNA, A; «Las funciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura», *Revista de Instituciones Europeas*, 21/2, 1994, p 577; y ss; MORGAN, R; y EVANS, D; (eds.), *Protecting Prisoners. The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Oxford, New York, 1999; y CRUZ, J; *El Comité para la Prevención de la Tortura*, ENE Ediciones, Valencia, 2001.

19 Vid. ELVIRA PERALES, A; «La dignidad humana en el TEDH». En CHUECA, R; (dir.); *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEP, Madrid, 2015, pp. 197-234; también puede verse CANOSA USERA, R; *El derecho...*, cit, p. 179 y ss; OEHLING DE LOS REYES, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010; GONZÁLEZ PÉREZ, J; *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 (2.ª edición); y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; «La dignidad...», cit, p. 333 y ss. La importancia de este valor en la esfera internacional ya fue anotada en su

Es importante resaltar que la diferencia entre las tres no es una cuestión de principio sino de grado²⁰. Así, el TEDH reserva la tortura para los actos de mayor gravedad, basándose en la principal referencia en la materia: el artículo 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas (y específicamente en el hecho de causar graves y severos daños o sufrimientos de toda índole, no tanto en el fin y objetivos perseguidos)²¹. Los tratos inhumanos están en el siguiente escalón, siendo definidos por el TEDH como «aquellos sufrimientos físicos/psíquicos provocados deliberadamente con una intensidad particular»²², lo cual incluye indudablemente el maltrato psíquico²³. Incluso cabe que el TEDH aprecie un mismo acto como trato inhumano y degradante, lo que lo situaría en un estado intermedio²⁴. Por último, los tratos degradantes son los de menor intensidad, siendo aquellos «susceptibles de originar temor, angustia, e inferioridad capaz de humillar a una persona»²⁵.

Para sentenciar una vulneración material del artículo 3 CEDH, el Tribunal ha ido estableciendo una serie de criterios mínimos que examina a conciencia, bajo la premisa de que superen ese «umbral mínimo de gravedad»²⁶, y atendiendo detenidamente a las circunstancias del caso. Así, la casuística que ha llegado a producir este precepto es casi inabarcable y goza de un patrón común: una interpretación evolutiva, expansiva y garantista²⁷. Con el paso del tiempo el TEDH ha ido estableciendo diversos factores de valoración, tales como la intencionalidad del autor; la duración e intensidad del trato; los

momento por ALZAGA VILLAAMIL, Ó; *Comentario Sistemático a la Constitución Española*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (2.ª edición), p. 119 y ss.

20 El punto de partida de la delimitación conceptual es la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978.

21 Vid. SALADO OSUNA, A; «Los tratos...», *cit.* p. 90 y ss. Artículo 1 de la CT: «1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance». Sobre esto decir que desde la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978, el Tribunal suele delimitar lo que son y no son torturas atendiendo a que se produzca un daño o sufrimiento psíquico y/o físico severo (y no tanto al fin o al propósito perseguido). Vid. NOWAK, M; y MCARTHUR, E; *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 67.

22 Así lo dijo en las STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978; *Soering c. Reino Unido*, de 7/7/1989; *Kudla c. Polonia*, de 26/10/2000; y *Van der Ven c. Países Bajos*, de 4/2/2003.

23 Por todas, STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12/10/2006.

24 Así, por ejemplo, en la STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28/7/1999; en la STEDH *Rivas c. Francia*, de 1/4/2004; y en la STEDH *Jallob c. Alemania*, de 11/7/2006.

25 Por poner un ejemplo, en la STEDH *Yankov y otros c. Bulgaria*, de 11/12/2004, se dijo que reparar a un recluso la cabeza era un trato degradante prohibido por el artículo 3 CEDH. Queda claro que «la persona que está privada de libertad lo está de libertad, no de dignidad». Vid. GIMENO SENDRA, V; (et al); *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, Madrid, 2017, p. 147.

26 También merece destacarse que el TEDH sólo condena en este tipo de asuntos si los hechos probados demuestran que los malos tratos han tenido lugar «más allá de toda duda razonable». Un caso límite fue STEDH *Labita v. Italia*, de 6/4/2000, donde entendió que no se cumplía el criterio, (decidido por nueve votos contra ocho, y estos ocho Jueces expresaron opinión parcialmente disidente).

27 Vid. SALADO OSUNA, A; «Los tratos...», *cit.* p. 100 y ss. Los últimos casos de los que se ha tenido noticia no hacen sino certificar esta afirmación; así STEDH *Khani c. Chipre*, de 5/6/2018; STEDH *Amerkbnov c. Turquía*, de 5/6/2018; STEDH *Artur Ivanov c. Rusia*, de 5/6/2018; y STEDH *Abu Zubaydah c. Lituania*, de 31/5/2018.

efectos físicos y psíquicos en el presunto maltratado; su vulnerabilidad; y/o su sexo y edad, entre otros muchos²⁸.

Una cuestión que se antoja fundamental es la carga de la prueba. Es sabido que corresponde con carácter general a la víctima, pero, ante la imposibilidad material de que este tipo de malos tratos se lleguen a probar en Estrasburgo, el TEDH ha invertido la misma, creando una *presunción de imputabilidad*: el Estado debe aportar explicaciones convincentes y suficientes sobre los hechos acaecidos, dado que es responsable de las personas bajo su tutela. Por ello, si las lesiones que ha sufrido una persona no existían antes de pasar por dependencias policiales, entendidas estas en sentido amplio, existe una fuerte presunción de hecho a favor del denunciante (y en contra de los demandados; es decir, corresponde al Estado enervarla)²⁹.

2.2. La vertiente procesal

La vertiente procesal del artículo 3 CEDH también constituye una obligación consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁰. En el marco de la interpretación realizada por el TEDH su origen se cifra en la última década del siglo XX, desarrollándose ampliamente hasta fechas actuales³¹.

Esta vertiente tiene varias implicaciones, todas ellas de suma importancia³². En primer lugar, deriva de la misma para el Estado una obligación positiva, basada en que las autoridades lleven a cabo una investigación cuando se denuncien torturas y/o malos tratos; esa investigación debe ser realizada por los órganos competentes, especialmente por quienes gocen de independencia e imparcialidad (esto es, el poder judicial)³³. A mayor

28 Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, cit, p. 217.

29 Así, por todas, STEDH *Bouyid c. Bélgica*, de 28/9/2015; STEDH *Rabmi Sabin c. Turquía*, de 5/7/2016; y STEDH *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017. El TEDH ha desarrollado ampliamente esa obligación positiva de tutelar correctamente a quienes están bajo su custodia, sea en una prisión, sea en comisarías. Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights...*, cit, p. 105 y ss.

30 Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; «La obligación...», cit, p. 30 y ss.

31 El primer caso donde se reconoce es en la STEDH *Asenov c. Bulgaria* de 28/10/1998; obtiene impulso en la STEDH *Labita c. Italia*, de 6/4/2000 y en las SSTEDH *Khachiev y Akasieva c. Rusia*, de 24/2/2005, y *Menesbeva c. Rusia*, de 9/3/2006; y llega hasta nuestros días, con las SSTEDH *Ostrovenec c. Letonia*, de 5/10/2017; *Shevtsova c. Rusia*, de 3/10/2017; *Kuparadzze c. Georgia*, de 21/9/2017; *Zolotorev c. Rusia*, de 19/9/2017; y *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017; los últimos asuntos hasta la fecha donde el Tribunal decreta su vulneración son la STEDH *Al Nasbiri c. Rumania*, de 31/5/2018; y la STEDH *Khani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018.

32 Vid. GARLICKI, L; «Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)». En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 66 y ss.

33 Voz muy autorizada ya no hizo ver que la auténtica protección contra estos abusos sólo podía provenir del poder judicial. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F; «La tortura en España», *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997, p. 883 y ss; también es muy recomendable su escrito «Sobre la tortura y otros males menores», recogido en TOMÁS Y VALIENTE, F; *A Orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 74-78. Sobre estas cuestiones no puede eludirse la referencia al Tribunal Supremo de Israel, en concreto a su Sentencia de 6 de septiembre de 1999 (HJC 5100/94 *Public Committee against Torture in Israel and Others v. The State of Israel* 53(4) PD 817, § 38 [1999]). La traducción oficial en inglés puede verse aquí: http://elyon1.court.gov.il/fileseng/94/000/051/a09/9405_1000.a09.htm). En esta resolución proscribía la tortura y cualesquiera otros malos tratos como métodos legítimos de investigación/interrogación. Vid. GUR-AYE, M; Y JESSBEGER F; «The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences», *Israel Law Review*, vol. 44-n.º 1-2 (2011), pp. 292-262.

abundamiento, si el denunciado es un agente de policía, el artículo 3 CEDH no sólo permite sino que exige dicha investigación. ¿Cómo debe ser la misma? Debe ser oficial, eficaz, independiente, dotada de preferencia frente a otros asuntos y razonablemente conducida, tanto en tiempo —plazos razonables— como en forma —participación de la víctima y/o familiares³⁴.

En segundo lugar, la investigación debe estar en condiciones de desentrañar las causas de lo sucedido y de poder identificar y castigar, en su caso, a los responsables. De lo contrario, la prohibición de tortura o de tratos inhumanos/degradantes quedaría vaciada en la práctica. Además, si se ha llegado a juzgar a los responsables en sede interna, el TEDH también ha dejado dicho que ni el proceso penal ni la sentencia deberían beneficiarse de la prescripción, como tampoco de amnistía o indulto posterior en caso de condena³⁵.

Lo realmente importante es no sólo abrir diligencias y realizar la investigación, sino conducirla de forma transparente, eficaz, y exhaustiva por sujetos que actúen de forma escrupulosamente independiente; de lo contrario la investigación no cumplirá los cánones convencionales³⁶.

III. EL ARTÍCULO 3 CEDH EN PARTICULAR: EL CASO DE ESPAÑA

En el presente apartado se va a prestar atención a las condenas del TEDH a España por vulnerar la norma, desde un punto de vista doble. Primero se trazarán sus rasgos básicos y después se analizarán los motivos de fondo que condujeron a las mismas.

3.1. Fisonomía de las condenas

Hasta la fecha, España ha sido condenada en once ocasiones por vulnerar el artículo 3 CEDH, aunque ha sido demandada algunas más³⁷. La primera condena recayó en 2004 en el asunto *Martínez Sala*³⁸, y a partir de ahí se han sucedido en una secuencia de casi una

³⁴ Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights...*, cit., p. 62.

³⁵ En la STEDH *Okkali c. Turquía*, de 12/2/2007, se dijo que si existe condena firme sentenciada por un tribunal esta debe «ejecutarse con ejemplaridad», para que tenga «eficacia preventiva y disuasoria» (§65 y §78); en sentido muy parecido, STEDH *Tabirova c. Azerbaián*, de 3/10/2013; STEDH *Tarasov c. Ucrania*, de 31/10/2013; STEDH *Mocanu y otros c. Rumania*, de 17/9/2014; y STEDH *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017. En España se ha indultado a miembros de diferentes cuerpos policiales condenados por sentencia judicial firme por la comisión de un delito de torturas y/o contra la integridad física y/o moral. Desde 1996 hasta la fecha son cuarenta y siete indultos, en clara contradicción con las exigencias de Estrasburgo. Vid. <https://civio.es/el-indultometro/busador-de-indultos/>. Consultado el 7 de junio de 2018. Muy crítico se muestra con esta práctica MATIA PORTILLA, F.J; «Examen de las...», cit., en prensa.

³⁶ Por todas, STEDH *Khani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018.

³⁷ No se observó vulneración del artículo 3 CEDH en las SSTEDH *Díaz Ruano c. España*, de 26/4/1994; *López Ostra c. España*, de 9/12/1994; *H.E.F. c. España*, de 1/10/2011; *A.M.B. y otros c. España*, de 28/1/2014; *Mohamed Raji y otros c. España*, de 16/12/2014; ni en *López Elorza c. España*, de 12/12/2017. Vid. DÍAZ CREGO, M.ª; «La jurisprudencia...», cit., p. 794.

³⁸ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A; «Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): la vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes». En ALCÁZER GUIRAO, R; BELADÍEZ ROJO, M; y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (coords). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* 2013, Civitas, Madrid, 2013, pp. 37-62.

por año, hasta llegar a la última y quizá más polémica, la dictada en 2018 en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*³⁹.

En todos los casos menos en uno (*B.S.*), estamos ante hechos relacionados con ilícitos de terrorismo, de pertenencia a banda armada, o análogos (*kafe borroka*)⁴⁰. La segunda similitud es que los demandantes se encontraban o bien en dependencias policiales, o estaban siendo trasladados en furgones policiales, o bien en régimen de detención incommunicada⁴¹.

Además, en todos los casos el fallo de la condena se concreta por el TEDH aplicando la satisfacción equitativa, mecanismo previsto en el artículo 41 CEDH. *Martínez Sala* vuelve a ser, de nuevo, el *leading-case*⁴². Hay tres casos que merecen consideración aparte. El primero de ellos es *Iribarren Pinillos*, donde las cantidades decididas fueron inusualmente altas. Se otorgó al demandante 100.000 euros por daños materiales; 30.000 euros por gastos y costas; y 40.000 euros por daño moral⁴³. El segundo es el de *B.S.*, donde lo que pide adicionalmente la demandante es la creación de un Protocolo de actuación para futuros casos similares⁴⁴. El tercer caso es *Arratibel*, donde no se otorga cantidad alguna porque el demandante no la solicita.

39 Los casos son los siguientes: STEDH *Martínez Sala y otros c. España*, de 2/11/2004; STEDH *Iribarren Pinillos c. España*, de 8/1/2009; STEDH *San Argimiro Isasa c. España*, de 28/9/2010; STEDH *Beristain Ukar c. España*, de 8/3/2011; STEDH *Otamendi Egiguren c. España*, de 12/12/2012; STEDH *B.S c. España*, de 24/7/2012; STEDH *Ataun Rojo c. España*, de 7/10/2014; STEDH *Etxebarria Caballero c. España*, de 7/10/2014; STEDH *Arratibel Garnandía c. España*, de 5/5/2015; STEDH *Beortegui c. España*, de 31/5/2016; y la última hasta la fecha, STEDH *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, de 13/2/2018.

40 En la STEDH *B.S c. España*, de 24/7/2012, la condena proviene de no haber investigado de forma efectiva y diligente la denuncia de una prostituta nigeriana en Palma de Mallorca en la que alegó haber sido golpeada reiteradamente por agentes del orden durante el arresto y los interrogatorios. Vid. CARMONA CUENCA, E; ARENAS RAMIRO, M; FERNÁNDEZ VIVAS, Y; y PIOVESAN, F; «Los derechos humanos con perspectiva de género». En CARMONA CUENCA, E; y GARCÍA ROCA, J (eds), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 331 y ss.

41 Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J; *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005; «El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España». En FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; (coord.); *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 419-480; y «Analogías...», *cit.*

42 Así, solicitada por los demandantes una satisfacción equitativa que repare los daños causados, el TEDH rebaja ostensiblemente la solicitada por daños morales (de 181.305 euros a 8.000 euros), mientras que condena en gastos y costas íntegramente (12.009 euros).

43 Esta última cantidad fue decidida por cuatro votos contra tres, con opinión disidente de estos. Algunos sectores doctrinales consideran que la primera condena a España por vulnerar materialmente el artículo 3 CEDH es esta (así: NIEVA-FENOLL, J; «Primera condena a España por infligir tratos degradantes», *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018); en realidad el TEDH no condena en dicho caso por tal motivo sino porque no se investigó lo suficiente en sede interna qué policía había lanzando el bote de humo que produjo las lesiones. (ver STEDH *Iribarren Pinillos*, §51). Vid. DÍAZ CREGO, M.ª; «La jurisprudencia...», *cit.*, p. 797.

44 El TEDH, recordando «en lo esencial» que sus sentencias son declarativas, considera que son los Estados los que deben decidir los remedios a adoptar, declarando expresamente que no estamos ante una falla estructural del sistema español (dicho con otras palabras: no estamos ante un *Caso Piloto*). Vid. GARLECKI, L; «Judgments...», *cit.*, p. 57 y ss; y ECHR; *Factsheet about Pilot Judgments*, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets> (consultado el 15 de junio de 2018). En el ámbito que nos ocupa el TEDH ha empleado recientemente dicha herramienta en la STEDH *W.D. c. Bélgica*, de 6/9/2016, donde condena a Bélgica por vulnerar el artículo 3 CEDH. La situación, como corrobora el CPT en diversos informes, estaba al borde del colapso, con huelgas casi permanentes de funcionarios de prisiones, ausencia de unas condiciones mínimas de atención y salubridad, así como de tratamientos médicos para los necesitados, entre otras. En 2017 recurrió a la Declaración Pública, mecanismo legítimo aunque de uso muy

Otra similitud tiene que ver con el acatamiento de las resoluciones. Tal y como acredita el órgano encargado de supervisar tal extremo —el Comité de Ministros del Consejo de Europa— España sigue la tendencia general que muestra con el resto del CEDH: un cumplimiento puntual y sin reservas de las sentencias en cuestión, abonando todas y cada una de las cantidades estipuladas⁴⁵.

Finalmente, debemos dedicar algún espacio al asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*. En lo que hace a este epígrafe lo cierto y verdad es que las diferencias que plantea son dos. Por un lado, el TEDH entiende que España ha vulnerado tanto la vertiente procesal como la vertiente material de la norma. Por otro, la vulneración procesal se observa no tanto por incumplir la obligación de investigar (hubo dos juicios internos, ante el Audiencia Provincial de Guipúzcoa y ante el Tribunal Supremo) sino porque se realizó quebrantando algunas garantías mínimas en la segunda instancia, incardinadas usualmente en el artículo 6.1 CEDH⁴⁶. Al ser ambas razones de fondo, las dejamos para líneas posteriores.

3.2. Fisiología de las condenas

Dejando de lado, pues, tales salvedades, en el resto de asuntos las condenas presentan unos supuestos de hecho y una fundamentación jurídica casi idéntica⁴⁷, acreditando que los órganos judiciales internos no investigaron lo suficiente las denuncias de torturas/malos tratos realizadas en su día⁴⁸. Dicho con otras palabras, el principal argumento que conforma la *ratio decidendi* es que la vulneración se produce al no haberse investigado ni

extraordinario, haciendo ver que la situación podía desembocar en tragedia. Vid. SANTAMARÍA ARINAS, R; Y BOLAÑO PIÑEIRO, M.^oC.; «Prohibición...», *cit.*, p. 56.

⁴⁵ Según la *Resolution CM/ResDH(2017)281*, el Comité ha informado positivamente de los asuntos *San Argimiro Isasa y Etxebarria Caballero*. Lo mismo puede decirse de la *Resolution CM/ResDH(2011)266*, que hace lo propio con el asunto *Iribarren Pinillos*, y de la *Resolution CM/ResDH(2011)159*, que observa satisfecha la reparación en el asunto *Martínez Sala*. Los datos se han consultado aquí: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, el 10 de junio de 2018. Los problemas que plantea en otros ordenes la ejecución de las sentencias del TEDH se estudian, entre otros, por RIPOL CARULLA, S; *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 73 y ss; ARANGÜENA FANEGO, C; Y LANDA ARROYO, C; «Mecanismos procesales internos para la ejecución de sentencias». En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 169-209; y SAAVEDRA ALESSANDRI, P; CANO PALOMARES, G; Y HERNÁNDEZ RAMOS, M; «Reparación y supervisión de sentencias», pp. 211-268. En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

⁴⁶ Vid. ESPARZA LEIBAR, I; Y ETXEBARRÍA GURIDI, J.F; «Derecho a un proceso equitativo». En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2015 (3.^a edición), pp. 264 y ss; VIDAL ZAPATERO, J.M; «El derecho a un proceso público». En GARCÍA ROCA, J; Y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3.^a edición) p. 265 y ss; ALCÁCER GUIRAO, R; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013; LÓPEZ GUERRA, L; «El diálogo...», *cit.* p. 144 y ss; y MATIA PORTILLA, F.J.; «Examen de las...», *cit.*, en prensa.

⁴⁷ Estudian los casos en profundidad RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 Argumentos que convencer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 25 y ss; y VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V; «Confluencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 15-n.º 1, 2012, pp. 29-86.

⁴⁸ Para estudiar las particularidades del derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema del CEDH puede verse MILONE, C; *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*,

suficiente ni eficazmente las mismas, lo cual trae causa de que los tribunales internos sobreseyeron las causas sin practicar ulteriores pruebas que contribuyeran a esclarecer los hechos.

Hay un aspecto dentro de la fundamentación jurídica que merece glosa aparte. Y es que el TEDH utiliza expresamente las recomendaciones que el CPT ha dictado para el caso de España⁴⁹. Esta práctica viene siendo empleada al menos desde los asuntos *Ocalan I* y *Ocalan II*⁵⁰, y se ha mantenido constante a lo largo y ancho de su jurisprudencia hasta la actualidad⁵¹. Para los casos que nos ocupan, dicha técnica ha sido implementada en todos los asuntos menos en *Martínez Sala*, (quizá precisamente por eso, por ser un caso anterior a la *saga Ocalan*). Las recomendaciones que nos viene realizando el CPT no son sino producto del sistema de visitas a diversos centros de detención nacionales desde el año 1990, y cuya principal crítica es, entre otras y en lo que interesa al objeto del presente trabajo, las condiciones que rodean a las detenciones incomunicadas (y en general, su mera existencia)⁵². De esa manera ha dotado de eficacia jurídica a unos informes que, en su idea original, eran fundamentalmente recomendaciones y observaciones que se le formulan al Estado interesado respecto a su sistema preventivo contra la tortura y demás malos tratos.

Como se decía antes, en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal* subsisten dos grandes diferencias que hacen necesario comentario aparte.

Por un lado, la consabida primera vez que se condena a España por vulnerar la vertiente material del artículo 3 CEDH. Así, aplicando la jurisprudencia convencional en la materia, el TEDH se decanta por la lectura que hace del caso de autos la Audiencia Provincial y no por la del Tribunal Supremo. Con sus propias palabras, «no acaba de comprender esa nueva lectura que hace el Tribunal Supremo de los peritos, donde considera

Valencia, Tirant lo blanch, 2015. Sobre el deber de investigar desde el Derecho Internacional puede verse los trabajos de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; «La obligación ...», *cit.* y «El derecho ...», *cit.*

49 Por todos, GARCÍA ROCA, J; y NOGUEIRA ALCALÁ, H; «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante». En CARMONA CUENCA, E; y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 75 y 76.

50 En *Ocalan I* (STEDH *Ocalan c. Turquía*, de 12/5/2005), el Tribunal estima que las condiciones de cumplimiento de la pena no superan ese «umbral mínimo de gravedad» necesario para violar el artículo 3 CEDH (§196). Por el contrario, en *Ocalan II* (STEDH *Ocalan c. Turquía*, de 18/3/2014) realiza un exhaustivo desbroce de aquéllas, concluyendo que se vulnera este desde 2005 hasta 2009 (§146 y ss), pero no de 2009 en adelante (§ 148 y ss). Esta última fue objeto de tres opiniones disidentes. Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J; «Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoğlu, Balçık y otros, contra Turquía», n.º 33, 2009, pp. 591-615; y ALLUÉ BUIZA, A; «Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 471-485. La deriva del país es sumamente inquietante, tal y como lo explica KABOGLU, I; «Turquía: supresión del régimen parlamentario bajo el estado de emergencia (Observaciones preliminares sobre la modificación constitucional aprobada por el referéndum de 16 de abril de 2017)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40, 2017, pp. 487-505.

51 Por todos, ver STEDH *Kbani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018, § 156. La primera vez que la Comisión toma en consideración tales informes fue en la DCEDH *S.M & T c. Austria*, de 10/07/1991; y dos años más tarde volvió a hacerlo en la DCEDH *L.J. c. Finlandia*, de 28/5/1995. Por su parte, la primera vez que el TEDH lo hace es en la STEDH *Amuur c. Francia*, de 18/10/1993, lo que repite en la STEDH *Aerts c. Bélgica*, de 30/07/1998. Vid. CRUZ, J; *El Comité...*, *cit.*, p. 95 y ss.

52 Vid. MORTE GÓMEZ, C; «El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En LÓPEZ GUERRA, L (coord; et. al.); *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 311 y ss.

que las lesiones se produjeron como resultado de factores *posteriores sobrevenidos e indeterminados*. Eso cuando la Audiencia había considerado probado que «todos los peritos estaban de acuerdo en que las fracturas de las costillas se produjeron de forma progresiva a lo largo del día de la detención y que probablemente estuvieron causadas por el movimiento del vehículo y por la postura sentada del detenido durante su traslado a Intxaurrondo» (§80). Y sigue: «el Tribunal no puede sino constatar que el Tribunal Supremo se limitó a rechazar la versión de los demandantes sin determinar el origen de las lesiones establecidas por los informes médicos, en relación con la detención y custodia por los miembros de la guardia civil, o la posible parte de responsabilidad de estos agentes. Incluso suponiendo que pudiera aceptarse la versión del Tribunal Supremo sobre el origen de las lesiones en el momento de la detención, este tribunal no examinó la cuestión de si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes de la guardia civil durante esta operación fue estrictamente necesario y proporcional (...) o si las lesiones más graves sufridas por el primer demandante, después de su detención, según el Tribunal Supremo, fueron responsabilidad de los agentes responsables de su vigilancia y detención, cuando éste estuvo siempre en detención provisional incomunicada, y por tanto, bajo el control de la guardia civil» (§81). Lo cual se añade a que «el Gobierno no ha demostrado las circunstancias exactas de la detención de los demandantes ni establecido que la fuerza utilizada por los oficiales involucrados en esta operación haya sido proporcionada» (§82). En consecuencia, «el Tribunal juzga que está suficientemente establecido que las lesiones descritas en los dictámenes presentados por los demandantes, cuya existencia no niegan ni el Tribunal Supremo ni el Gobierno se produjeron cuando estaban en manos de la guardia civil. Considera que ni las autoridades internas ni el Gobierno han proporcionado argumentos convincentes o creíbles que puedan explicar o justificar en las circunstancias del presente asunto, las lesiones sufridas por los demandantes. Por tanto, el Tribunal estima que la responsabilidad de las lesiones descritas es imputable al Estado acusado» (§83). Quizá lo más sorprendente llega a continuación: cuando todo parecía abocar a una condena por torturas, el TEDH estima, en un escueto párrafo, que «en la medida en que los demandantes no alegaron que las lesiones en cuestión tuvieran efectos secundarios a largo plazo sobre ellos (...) y en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratamientos infligidos (...), el Tribunal estima que los malos tratos infligidos a los demandantes no pueden ser calificados como torturas. Siendo así, fueron lo suficientemente graves para ser considerados tratos inhumanos o degradantes» (§84)⁵³.

La segunda diferencia es que, aunque también se condena por vulnerar la vertiente procesal, se hace por motivo parcialmente diferente al resto (que no diferente al sistema del CEDH). Aplicando firmes criterios jurisprudenciales precedentes, el TEDH observa que «el Tribunal Supremo no se limitó a efectuar una interpretación diferente de las pruebas documentales, asimismo reevaluó la credibilidad de los testimonios de ambos demandantes, querellantes en el procedimiento interno, así como la de otros testigos (...). Esta nueva valoración de las pruebas de carácter personal, sin una valoración directa por el Tribunal Supremo y en contradicción con las conclusiones del tribunal de instancia, que tuvo la oportunidad de escuchar el testimonio de los demandantes, los acusados

53 La resolución se acompaña de voto particular parcialmente disidente y parcialmente concordante de tres Jueces, quienes consideran que los malos tratos probados son torturas y no tratos inhumanos/degradantes. Sobre la diferenciación entre ambos conceptos, vid. *supra*. epígrafe 2.1.

y de todos los testigos en una audiencia pública, fue determinante para concluir la absolución de los guardias civiles acusados» (§83). Lo cual, también es sabido, conecta con otro de los grandes «vectores de condena» a España en Estrasburgo, toda vez que se incumple con las garantías procesales que establece el artículo 6.1 CEDH⁵⁴. Con las propias palabras del TEDH: «(...) cuando los tribunales de apelación o de recurso revisan las pruebas de carácter personal como los testimonios de los testigos o de los acusados y llegan a conclusiones opuestas a las establecidas por la jurisdicción a quo, las exigencias de un proceso equitativo hacen indispensable la celebración de una audiencia pública ante el tribunal de apelación o de recurso, para que éste pueda tener un conocimiento directo e inmediato de dichos elementos de prueba (...)» (§93). Acto seguido, conecta tal extremo con la vertiente procesal más clásica, la anclada en el artículo 3 CEDH, toda vez que «Dichas omisiones impidieron que la jurisdicción nacional estableciera los hechos y el conjunto de las circunstancias de una forma tan completa a como podría haberlo hecho, si conforme a la obligación que demanda el artículo 3 del Convenio hubiera sometido el caso ante él a un examen escrupuloso» (§94).

IV. LA REACCIÓN DE ESPAÑA ANTE LAS CONDENAS

La reacción de España ante el acervo de jurisprudencia convencional reseñado es notable. Por un lado, se debe aludir a la integración de los criterios de Estrasburgo realizada por el Tribunal Constitucional⁵⁵. Por otro lado, no pueden obviarse algunas reformas legales tendentes tanto a eliminar ciertos resquicios que estaban bajo sospecha como a seguir implementando mecanismos preventivos de cualesquiera malos tratos.

4.1. La reacción del Juez de la Constitución

Que la jurisprudencia constitucional es, quizá, el instrumento decisivo a la hora de recepcionar los criterios que provienen de Estrasburgo es cosa poco discutida⁵⁶. Tampoco es objeto de litigio que nuestro Juez Constitucional viene aplicando los criterios del TEDH⁵⁷, aun con los problemas que esas «interconexiones entre jurisprudencias» suelen

54 España ha sido condenada en once ocasiones por no cumplir con los requisitos del artículo 6.1 CEDH en lo que hace a las garantías que deben rodear a la segunda instancia penal. Y ha sido «absuelta», en asuntos de igual índole, en cuatro ocasiones (entre las cuales está la última dictada hasta la fecha, STEDH *Vilches Coronado y otros c. España*, de 13/3/2018). Sobre el particular véase ESPARZA LEIBAR, I; y ETXEBARRÍA GURIDI, J.F; «Derecho...», *cit.* pp. 264 y ss; VIDAL ZAPATERO, J.M; «El derecho...», *cit.* p. 265 y ss; ALCÁZER GUIRAO, R; *El derecho...*, *cit.* p. 31 y ss; y LÓPEZ GUERRA, L; «El diálogo...», *cit.* p. 144 y ss.

55 Vid. MATIA PORTILLA, F.J; «Examen de las...», *cit.*, en prensa.

56 Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X; *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, p. 177 y ss; GARCÍA ROCA, J; «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo»; *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, p. 217 y ss; y SALVADOR MARTÍNEZ, M.; «Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales de Europa». En PRESNO LINERA, M.A; y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I (coords); *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, p. 30 y ss.

57 Nuestra doctrina suele criticar tanto la timidez del legislador a la hora de articular mecanismos generales para ejecutar las resoluciones de Estrasburgo, como el lento ritmo de acogida de estas por la jurisprudencia

plantear⁵⁸. No cabe duda que el artículo 10.2 CE ha prestado y sigue prestando servicios muy importantes a la hora de interpretar nuestro catálogo de derechos fundamentales⁵⁹.

En lo que hace al objeto específico aquí estudiado debemos distinguir dos momentos bien definidos. El primero lo conforman un grupo de resoluciones dictadas antes del asunto *Martínez Sala*, donde se maneja un primigenio *canon de investigación suficiente*⁶⁰. El segundo lo conforman todas aquellas resoluciones *post Martínez Sala*, donde el TC va integrando en diferentes amparos los criterios de Estrasburgo⁶¹.

Dentro de este segundo grupo se debe reseñar, a su vez, una doble divisoria. Primero, la recepción que otorga el amparo y, en segundo lugar, la recepción que deniega el amparo⁶².

El primer caso donde el Tribunal Constitucional recepciona los criterios de Estrasburgo es en la STC 224/2007, que abre la saga de otorgamientos de amparo por entender lesionado el artículo 24 CE en relación con el artículo 15 CE⁶³. En su FJ 3 acoge expresamente los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y llega a la conclusión de que si el juez nacional deniega «inmotivadamente o irrazonablemente» la demanda, se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE. Es lo que sucede precisamente en este caso, a juicio del TC, por lo que anula la decisión del juez ordinario y ordena la retroacción de las actuaciones al momento de dictar el Auto.

En la siguiente oportunidad que tuvo desarrolló en profundidad las exigencias supranacionales. Así sucede en la STC 34/2008, auténtico *leading-case* donde se establecen los criterios para determinar si existe o no una investigación oficial eficaz, realizando un minucioso

constitucional. Vid. LÓPEZ GUERRA, L; «El Derecho Constitucional en España hoy», en PÉREZ TREMP, P (comp.); *El Derecho Constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2017, p. 197 y ss. Un estudio en profundidad sobre la interrelación de ambos puede verse en QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

58 Vid. STONE SWEET, A; Y KELLER, H; «The reception of the ECHR in National Legal Orders», en KELLER, H; Y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford, 2008, p. 3 y ss; para el caso español, GAY MONTALVO, E; «El diálogo entre el Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales». En MAC-GREGOR FERRER; Y HERRERA GARCÍA, A (coords); *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 250 y ss; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L; «La recepción por el Tribunal Constitucional de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 1998, p. 251 y ss; y TENORIO SÁNCHEZ, P; «Influence of the European Convention of Human Rights on the interpretation of the spanish Constitution. A European Perspective». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010, p. 1 y ss.

59 Vid. SAIZ ARNÁIZ, A; *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999 y CANDELA SORIANO, M., «The reception process in Spain and Italy», en KELLER, H; Y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, New York, 2008, pp. 404 y ss. Asimismo ARZOZ SANTISTEBAN, X; *La concretización...*, cit, pp. 177 y ss; DÍEZ-PICAZO, L.M.ª; *Sistema...*, cit, p. 157; y CANOSA ÚSERA, R; *El derecho...*, cit, p. 184 y ss;

60 Nos referimos a la STC 65/1986, a la STC 2/1987, al ATC 333/1997, a la STC 32/2003, a la STC 7/2004, y en la STC 148/2004. Vid SAIZ ARNÁIZ, A; *La apertura...*, cit, pp. 261 y 262.

61 Vid. DÍAZ CREGO, M.ª; «La jurisprudencia...», cit, p. 797 y ss.

62 Vid. RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 argumentos...*cit, p. 28; y VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V; «La confluencia...», cit., p. 83.

63 Regla que lleva a todos los amparos, y que implica un canon reforzado de protección que obliga a apurar los medios para esclarecer los hechos denunciados. Vid. GONZÁLEZ ALONSO, A; *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, Tesis Doctoral, UAM, Madrid, 2012, p. 162 y ss (consultada aquí: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/9207>, el 10 de junio de 2018).

desbroce de las circunstancias particulares que debe tener en cuenta el juez instructor cuando se encuentre investigando la denuncia de torturas y/o de tratos inhumanos o degradantes. Para saber si estamos ante una investigación oficial eficaz (FJ 7), establece un prerrequisito —que exista sospecha razonable de haber sufrido ese maltrato y que la misma resulte disipable, y un triple criterio. El primero es la apariencia de verosimilitud de las sevicias denunciadas. El segundo es que, si existen lesiones después de entrar en comisaría y no antes, se presume que las mismas son atribuibles a los encargados de la custodia de la persona lesionada. El tercero es que se considera «particularmente idóneo» el testimonio judicial del denunciante, así como toda declaración previa de médicos, y/o policías.

A partir de ahí, el Tribunal Constitucional aplica tales exigencias a los amparos que se le presentan. En la STC 52/2008 otorga el amparo, aunque no sin cierta discrepancia⁶⁴. La STC 69/2008 otorga el amparo a un etarra: las sospechas eran razonables, debió seguir investigándose, no se hizo, ergo se vulneró el art. 24 CE en relación con el artículo 15 CE. Igualmente sucede en la STC 107/2008, donde «existieron medios de investigación disponibles» que no se implementaron. En la STC 63/2010 vuelve a aplicar la doctrina sentada en la STC 34/2008, otorgando el amparo porque el juez no investigó lo suficiente. Además, el TC dejó dicho en esta que ni el efectuar la denuncia dos meses después de producirse las presuntas torturas, ni el hecho de no mencionar las mismas cuando prestó declaración dotan de menor credibilidad a la misma [FJ 3 a)]⁶⁵. En la STC 131/2012 otorga el amparo, en este caso con un argumento adicional de cierta novedad. Y es que el canon de investigación suficiente se refiere «tanto a la inexistencia de sospechas razonables como a la utilidad de continuar con la instrucción» (FJ 2). En la jurisprudencia más reciente no parece que haya habido grandes cambios, tal y como amerita el otorgamiento del amparo en las SSTC 153/2013, 130/2016, 144/2016 y 39/2017⁶⁶.

Dentro de la recepción que deniega amparo destaca la STC 63/2008, por ser la primera en la que no se concede. Entiende el Tribunal Constitucional suficiente la investigación realizada y, por ende, no observa vulneración del derecho a la tutela judicial

64 El Magistrado Rodríguez-Zapata disiente de la mayoría, en tanto considera que el canon de Estrasburgo se cumplió por parte de la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, no procedía la concesión del amparo. Con sus propias palabras: «(...) Si el detenido se niega a colaborar en la investigación del hecho que denuncia, si en el informe hospitalario no se reflejan indicios de maltrato, si mientras estaba detenido en dependencias policiales fue visitado en cuatro ocasiones por un Médico forense y no adujo maltrato alguno —ni el forense lo apreció por sí— si el Abogado de oficio que le asistía tampoco advirtió ninguna irregularidad al respecto no creo que pueda afirmarse, como hace la Sentencia, que concurren sospechas razonables acerca de la posible comisión de los hechos denunciados. Para llegar a tal conclusión la Sentencia valora el material probatorio, pese a calificarlo como insuficiente, con una desenvoltura más propia de un órgano de la jurisdicción penal que de un Tribunal Constitucional (...). Apartado 3 del Voto Particular.

65 A juicio de la doctrina, esta resolución es uno de los ejemplos más acabados de diálogo judicial. Por todos, GARCÍA ROCA, J; «El diálogo...», *cit.*, p. 217.

66 Resulta interesante la aclaración que realiza el Tribunal Constitucional, al entender que «(...) de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se infiere la necesidad de llevar a cabo un elenco cerrado y taxativo de diligencias de investigación en los casos de denuncia de torturas o malos tratos de personas bajo custodia policial, pero sí se desprende que, incluso en aquellos casos en que los informes médicos no revelan indicios claros de la comisión de un delito de tortura, han de practicarse otros medios de prueba adicionales, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos denunciados. El art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tiene una doble vertiente sustantiva y procesal y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar, más allá de toda duda razonable, que el denunciante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación oficial exhaustiva y efectiva tras la denuncia presentada (...)» (FJ 2, con cita expresa de la STC 130/2016).

efectiva. La denuncia se sobreescribió por falta de credibilidad del denunciante, materializada en diversas razones (FJ 4). Primero, formular la demanda casi diez meses de los supuestos hechos que la provocaron; segundo, durante el examen médico negó haber sufrido agresión alguna; tercero, no concretó ni especificó nada respecto a las amenazas verbales; y cuarto, las pruebas del examen forense no se compaginaban con los episodios de violencia que alegó originariamente.

Lo mismo sucede en la STC 123/2008, donde se deniega amparo porque no basta con formular «una mera denuncia vacía de argumentación». Constata el Juez de la Constitución que se practicaron todas las diligencias que despejaron las dudas del juez ordinario (las cuales incluían, entre otras, informes médicos previos que acreditaron la inexistencia de torturas). Con sus propias palabras: «Por el contrario, si —como sucede en el presente caso— no concurre el presupuesto del deber de profundizar en la investigación, esto es, la existencia de sospechas razonables susceptibles de ser despejadas, no resulta constitucionalmente exigible el desarrollo de mayor actividad instructora y el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 15 CE, no resulta vulnerado por la decisión de clausurar la investigación» [FJ 3d)]. Uno de los casos más señalados es el de la STC 128/2012. Se deniega el amparo de un etarra porque la investigación fue suficiente. El TC llega a dicha conclusión empleando los cánones de constitucionalidad y convencionalidad. En el FJ 2 insiste en que las sospechas «deben ser razonables y los medios de investigación razonables y eficaces». Y en el FJ 4 añade que la investigación suficiente no exige realizar todas y cada una de las diligencias propuestas, «lo cual, además, podría prorrogar indebidamente la misma (...)». En la STC 12/2013 se deniega el amparo a un etarra porque, a juicio del Tribunal Constitucional, ni hubo sospechas razonables, ni de los informes médicos y de las declaraciones del recurrente se desprendieron indicios de maltrato físico/psíquico, ni se aportó indicio alguno que acredite la veracidad de esos tratos⁶⁷.

4.2. La reacción del legislador

La reacción del legislador podría decirse doble. Por un lado, debe reseñarse la implementación del *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*⁶⁸. Al firmar España el OPCAT una de las obligaciones que rubricó fue crear un herramienta nacional que garantizase, a través de un sistema de visitas a centros de detención y/o penitenciarios, la prevención de la tortura y de cualesquiera malos tratos⁶⁹. De esa manera, y mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se ejecuta el mandato, atribuyendo dicha función al Defensor del Pueblo⁷⁰. La misma norma creó el Consejo Asesor, órgano de cooperación

67 La sentencia fue debatida y la discrepancia de dos Magistrados se llevó al correspondiente voto particular. Un análisis crítico de la misma puede leerse en SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.; «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura: comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero», *La Ley Penal*, n.º 102, 2013, pp. 7 y ss.

68 Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.; Y CEBADA ROMERO, A. (Dirs.): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.

69 El sistema ONU se encuentra ampliamente inspirado en el sistema Consejo de Europa, aunque gozan de algunas diferencias que aquí sólo podemos apuntar. Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J.; «Analogías...», *cit.*, p. 265 y ss.

70 Un estudio de esa defensa *procesal* puede verse en TORRES MUÑOZ, I.; «Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: una revisión», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 26, 2010, pp. 95-126.

técnica y jurídica del MNPT y presidido por el Adjunto en quien el Defensor delegue⁷¹. La decisión de no dotarlo de estructura independiente y formalmente separada de nuestro Ombudsman ha suscitado algunas críticas, aunque no parece que haya sido un obstáculo real para que el MNPT lleve a cabo sus tareas con toda garantía y libertad, tal y como lo acredita la doctrina y la propia Institución⁷².

Por otro lado, se han reformado algunas leyes para intentar dar acomodo a los criterios de Estrasburgo (en general, del Consejo de Europa y de diversos organismos internacionales de protección) destacando especialmente los cambios operados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015⁷³.

Una de las novedades reseñables de la misma es que el detenido tiene derecho a entrevistarse personal, privada y previamente con su letrado antes del interrogatorio policial, lo cual no sólo acrece a una mejor defensa procesal sino también a crear un cierto cordón de seguridad *material*⁷⁴.

Otro cambio destacable es el nuevo régimen de la detención incomunicada. Por un lado, porque las causas para dictaminarla se limitan a dos, y deben observarse siempre velando por la salvaguarda del principio de proporcionalidad. Además, el plazo máximo que puede pasar una persona en régimen incomunicado es de cinco días, prorrogables por otros cinco si se trata de delitos de terrorismo o cometidos por organización criminal. Se elimina, pues, la segunda incomunicación por tres días⁷⁵. Mientras dure el régimen, el juez «controlará efectivamente» las condiciones de desarrollo. Y en todo caso debe

71 Vid. RUIZ LEGAZPI, A; «La prevención de la tortura: ¿una novedad en el frente del Defensor del Pueblo?». En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1105-1111.

72 Existen varios ejemplos comparados de lo mismo. Por ejemplo, México, Costa Rica, República Checa, Dinamarca y Polonia. En el otro extremo está Francia, que decidió crear una institución nueva. Vid. SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M; «Introducción. La organización y competencias de las Defensorías del Pueblo: panorama general». En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 961-980. Por su parte, el informe Anual 2016 del MNPT puede verse aquí: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2016/>. Consultado el 30 de mayo de 2018.

73 Recogiendo el guante que la doctrina había lanzado hace tiempo. Vid. DÍAZ CREGO, M.^a; «La jurisprudencia...», cit. p. 796 y ss. Un estudio sistemático de la reforma puede verse en MARCHENA GÓMEZ, M; Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015. Una de las medidas de salvaguarda apoyada por la doctrina y que podría implementarse en futuras reformas, es la instalación de videocámaras en comisarías y centros de detención, «incluso el anuncio de la mera posibilidad de que hayan sido instaladas»

74 Artículo 520.6. d) LeCrim; «La asistencia del abogado consistirá en (...): Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (...)». La crítica desde instancias internacionales sobre este aspecto era reiterada. Por todos, vid. NOWAK, M; Y MCARTHUR, E; *The United Nations...*, cit., p. 58.

75 Artículo 509 LeCrim: «1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. 2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendientes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. 3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida. 4. En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años».

motivar cada una de las limitaciones de derechos, si observa que proceden, a lo largo de la incomunicación. Por último, aunque no menos importante, el detenido incomunicado deberá ser sometido, al menos, a dos reconocimientos médicos cada 24 horas, según criterio facultativo⁷⁶.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

De las líneas anteriores se deduce que España ha sido once veces condenada por vulnerar la vertiente procesal y una por vulnerar la vertiente sustantiva del artículo 3 CEDH. Mientras que las primeras se han dictado dado que España ha incumplido la obligación positiva de investigar oficial y eficazmente las denuncias de tortura y/o tratos inhumanos y degradantes, la segunda se ha dictado porque el TEDH considera probado, en un caso, que ciertas acciones de determinados agentes de la ley constituyeron tratos inhumanos/degradantes. De esas mismas líneas se infiere, además, la importancia de los esfuerzos conjuntos del TEDH y del CPT, ambos órganos de protección de los valores recogidos en el artículo 3 CEDH. La secuencia se observa de forma idéntica en casi todos los casos: si el TEDH observa que el CPT ha reiterado aspectos negativos en sus Informes y el Estado no ha adoptado cambios, asume sus criterios en la *ratio decidendi* y condena (no sólo por eso, claro está, pero sí opera como argumento-fuerza).

Con todo, el balance que puede hacerse es positivo, en líneas generales, dado que España cumple con las exigencias de Estrasburgo. No sólo lo hace con lo que exige la condena en cada caso particular, sino que se están dando pasos institucionales para ir algo más allá. En ese sentido, hay que destacar la labor del Tribunal Constitucional, con una reacción integradora y sostenida en el tiempo, donde acoge los criterios de Estrasburgo en los casos que se le han ido presentando en amparo con un resultado claramente favorable (once otorgamientos de amparo y cuatro denegaciones). Además, destaca la reacción del legislador, donde se han adoptado tanto mecanismos internos para prevenir las conductas que atentan contra la norma (MNPT), como modificaciones puntuales de la legislación procesal penal en aspectos especialmente sensibles a estos efectos (con mención especial para el recorte en el tiempo máximo que se puede detener incomunicadamente a una persona).

En suma, habrá que estar al desarrollo de estas reformas, y de las que puedan venir, para conocer cómo van encajando las piezas. La materia es lo suficientemente sensible como para huir de prisas y frivolidades; pero también es lo suficientemente importante como para no eludir la realidad que muestra.

76 Artículo 527 LeCrim: «1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. 2. La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509».

TITLE: Spain and article 3 of the European Convention on Human Rights: An Evaluation

Abstract: In the text we study article 3 of the European Convention on Human Rights within the Spanish constitutional framework. Firstly, we set the main core of the right, both the substantive and procedural aspects. Secondly, we take a look to the implementation in Spain, in order to find how, why, and when the interpretation given by the Strasbourg Case-Law has been implemented by national authorities. Thirdly, to that extent, we study the national answers, paying attention to the Constitutional Case-Law and to some legal reforms. Lastly, we give a bunch of provisional conclusions.

RESUMEN: En el texto se realiza un balance de la aplicación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al Reino de España. A tal fin se estudia, en primer lugar, las principales vertientes del mismo, tanto material como procesal. En segundo lugar, se analizan las condenas impuestas en Estrasburgo a nuestro país por vulnerar el precepto. En tercer lugar, se aporta una examen de la reacción española ante las condenas, que pasa tanto por la recepción de los criterios de Estrasburgo por nuestro Tribunal Constitucional, como por la implementación de algunas reformas legislativas recientes. Se finaliza con unas conclusiones, en todo caso provisionales.

KEY WORDS: torture, ill-treatment, Spain, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights

PALABRAS CLAVE: tortura, malos tratos, España, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

POTENCIALIDADES DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES EN LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL DEL JUEZ DE ESTRASBURGO: ENTRE LA HETERARQUÍA VÍNCULO SOCIAL-VÍNCULO ECONÓMICO Y LA DISFUNCIONALIDAD

AINHOA LASA LÓPEZ¹

*Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante*

«En nuestras tierras, los numeritos tienen mejor suerte que las personas. ¿A cuántos le va bien cuando a la economía le va bien? ¿A cuántos desarrolla el desarrollo?».

Los numeritos y la gente. El Libro de los abrazos. Eduardo Galeano (1989).

SUMARIO

I. Introducción. II. Derechos sociales y forma de Estado Social. III. Constitucionalismo de mercado europeo e integración positiva. IV. La dimensión objetiva de los derechos civiles y políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de la (in)divisibilidad a la accesoriadad. V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo, Suecia², el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaban, solemnemente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales

1 El presente trabajo se inscribe en las actuaciones del proyecto de investigación: «Estado Económico, Capitalismo Financiarizado, Constitución, Gobernanza» (DER2017-84562-P), Investigador principal: Miguel Ángel García Herrera.

2 Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento: reforzar la dimensión social de la UE. Comisión Europea-Comunicado de prensa. Bruselas, 16 de noviembre de 2017. IP-17-4643-ES-4.pdf. Informe de conclusiones de la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento. Disponible en: <http://www.government.se/4933fd/contentassets/70800fb59e6c43829c115ca73fb94b6e/concluding-report-gothenburg-summit.pdf> (última consulta 13.05.2018).

(PEDDSS)³. Este documento representa el último ensayo a escala europea para tratar de revertir el desafecto de la ciudadanía de la Unión al proyecto de integración, a través de la presunta equiordenación del vínculo social al paradigma del mercado interior. La crisis del capitalismo financiero y sus efectos sistémicos han conducido a recuperar en el espacio institucional, al menos teóricamente, el discurso de la necesaria galvanización de la integración positiva⁴. Ciertamente, la apelación del poder supranacional europeo a la «sofistería» de la cohesión, la igualdad entre mujeres y hombres, la lucha contra el desempleo, la discriminación, la pobreza y exclusión social, está trufada de un tacticismo político que busca paliar el avance imparable de los partidos de extrema derecha en el viejo continente. Los resultados de las elecciones del 25 de septiembre de 2017 al *Bundestag*, donde Alternativa por Alemania se ha convertido en la tercera formación más votada, reproducen, una vez más, el inquietante escenario político de otros países miembros (Partido de los Daneses en Dinamarca; Fidesz en Hungría; Frente Nacional en Francia; o Amanecer Dorado en Grecia, por citar alguno de ellos).

El *impass* de la Gobernanza Económica Europea (GEE) y su gestión, apostando por medidas de refuerzo y fortalecimiento de la jerarquía del mercado y sus coordenadas, frente a la expulsión de lo social del relato, ha servido como catalizador para impulsar el acceso de estas formaciones a los parlamentos nacionales reviviendo los fantasmas de periodo de entreguerras. Este descuido intencional de las vindicaciones del derecho a la alteridad del proyecto que encuentra apoyatura en el dogma del mercado y su producción espontánea de bienestar, como una suerte de *locus naturalis* que alcanza el estatus de racionalidad marginalizando los condicionantes sociales, se ha materializado en la opción, cada vez más ascendente, de la renacionalización de la integración positiva como contrapeso a la supremacía incontestable del vínculo económico, como si el capitalismo financiero se deconstruyese con el simple retorno a la prerrogativa social nacional. En contrapartida, el poder político dominante a escala europea, consciente de la fuerza de la alocución de los derechos sociales, la solidaridad y la justicia social, ha presentado en sociedad el experimento del binomio regulación indirecta —garantías sociales en torno al que se articula el citado PEDDSS.

Este activismo social del *establishment* europeo emerge paralelo a las dinámicas proactivas del Tribunal de Estrasburgo que, en la última década, han favorecido la lectura objetiva de los derechos civiles y políticos que nutren el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La vinculación accesoria de ciertos derechos sociales de prestación a los derechos humanos del Convenio ha permitido articular una argumentación que rehúye de la retórica del diferencial de la estructura normativa de los derechos o de la jerarquía del sustrato ideológico, para fundamentar las evidentes conexiones de los determinantes sociales con el efectivo disfrute de los denominados derechos de primera

3 Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf (última consulta 13.05.2018).

4 En esta óptica se sitúa el Documento de Reflexión sobre la dimensión social de Europa. Comisión Europea COM (2017) 206 de 26 de abril de 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-social-dimension-europe_es.pdf (última consulta 13.05.2018). En él se articulan tres propuestas para el futuro de la integración positiva europea: limitar la dimensión social a la libre circulación o la apuesta por una integración social minimalista (pp. 26-27 del documento); los que desean hacer más en el ámbito social hacen más, esto es, la opción por una Europa social flexible (pp. 28-29 del documento); y, la profundización conjunta de la EU-27 en la dimensión social o la europeización factible de la dimensión social (pp. 30-31 del documento).

generación. Su consideración de infraestructura necesaria para la garantía efectiva de la estructura primigenia del ser humano, si bien reduce a los derechos sociales a la condición de accesorios permite, por lo menos, soslayar su caracterización como condicionados, propia de los pronunciamientos del juez de Luxemburgo.

La disyuntiva derechos condicionados-derechos accesorios no es baladí. Aunque ambas praxis hermenéuticas despojen a los derechos sociales de sustantividad propia, el razonamiento seguido por uno y otro juez arroja diferencias sustanciales. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo relevante es el mayor o menor grado de afectación a los derechos contemplados por el Convenio que puede suponer la vulneración de un concreto derecho prestacional, que deviene así secundario frente al derecho principal del Convenio⁵. Este razonamiento implicaría, a priori, una desconexión con el dogma del vínculo económico que conecta, a su vez, con la tesis de asistencialización de los derechos sociales con importantes efectos estructurales, como veremos más adelante. Por el contrario, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo relevante es el planteamiento económico, único determinante en la caracterización pretoriana de los derechos fundamentales; siguiendo una añeja línea jurisprudencial donde ni siquiera es rastreable la función interpretativa que desempeñaban los derechos sociales. Su funcionalidad al imperativo de la integración económica atenúa, incluso, la eficacia indirecta que pudieran tener los objetivos sociales⁶. Estas divergencias conducen a una contraposición entre las dinámicas sociales pergeñadas por sendos órganos jurisdiccionales que la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) no consigue soslayar. El Capítulo IV de la Carta imbuido de una solidaridad remercantilizada, diluye cualquier atisbo de reencuentro con las bases materiales del constitucionalismo social o con la dimensión positiva de la libertad. A esta panoplia habría que añadir la nueva propuesta del Pilar Europeo que se incardina en la estrategia de la futura dimensión social del euro sistema.

Con la finalidad de valorar su contribución a esta dualidad hermenéutica que acompaña a los derechos sociales en uno y otro espacio normativo en las páginas que siguen se abordarán las siguientes cuestiones: en primer lugar, la dependencia de los derechos sociales de la constitución material del Estado social, premisa marginal en la doctrina constitucional mayoritaria que contribuye, sin embargo, a clarificar la significación constitucional de los derechos sociales. En segundo lugar, se hará referencia a los derechos sociales teorizados desde los postulados del constitucionalismo de mercado europeo que terminan por operar su propia desocialización, haciendo especial referencia al PEDDSS. En tercer lugar, se reflexionará sobre los mecanismos articulados por el TEDH para garantizar la dimensión (inautónoma) objetiva de los derechos humanos. A continuación, se pondrán de relieve los puntos de encuentro y desencuentro en las líneas pretorianas sobre derechos sociales articuladas por ambos tribunales europeos para, finalmente, fundamentar la tesis de la inoperancia del Pilar como instrumento de referencia orientativa en la labor de promoción por el TEDH de la cuestión social en los derechos de defensa.

5 LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y Derechos Humanos. Una nota de jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 399-414.

6 MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2002): «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 7, p. 143.

II. DERECHOS SOCIALES Y FORMA DE ESTADO SOCIAL

1. El concepto de derechos fundamentales: una aproximación desde la constitución material del constitucionalismo social

Los derechos sociales pueden definirse como una categoría normativa consustancial al modelo jurídico político del Estado social, y, como tal, en ellos están presentes las bases materiales del nuevo orden social que esta forma de Estado interioriza⁷. La publicación del conflicto distributivo determina la nueva relación que convierte al Estado en el nuevo receptor de las demandas del capital y del trabajo que dejan de estar radicadas en la esfera de la Sociedad. Empero, el pacto entre las fuerzas dominantes posee una naturaleza lábil y compleja que se reflejará en la naturaleza dual de los derechos sociales, materializando el momento funcional y el del conflicto. Este significado jurídico político de los derechos sociales representa el compromiso del constitucionalismo social con cada uno de los elementos de la relación dialéctica acumulación-legitimación, de ahí su carácter bifronte en el marco de la estrategia de la acumulación del capital. Por una parte, en términos de productividad y crecimiento económico. El carácter prestacional y el contenido económico de los derechos sociales representa el momento funcional a la dinámica económica con la consiguiente participación en la lógica del sistema capitalista. Los derechos sociales no son un coste para el sistema económico, sino que contribuyen a su crecimiento y expansión. En el proceso redistributivo del Estado social se produce una coordinación entre las dinámicas de la demanda y la producción; con la socialización de la inversión se persigue promocionar la reproducción social de la fuerza de trabajo. Al mismo tiempo, con el vínculo relación salarial —régimen de la acumulación se genera un círculo virtuoso entre las capacidades de producción y la progresión de consumo de las clases trabajadoras que favorece la creación de riqueza y su redistribución⁸. Por otra parte, los derechos sociales actúan con carácter funcional a la legitimación del sistema en términos de estabilidad política y adhesión social, en tanto en cuanto desarrollan los contenidos del pacto vertebrados en la generalización de situaciones de bienestar y el reforzamiento de la legitimidad del Estado, manteniendo la cohesión interna de las fuerzas del proletariado que refuerzan su capacidad de movilización para la conquista del derecho al trabajo y, por ende, de la lucha estratégica contra las fuerzas del capitalismo⁹.

De acuerdo con estas coordenadas, los derechos sociales acusarían en su estructura una cierta dependencia de condicionantes económicos y político-sociales determinantes del carácter dinámico de sus contenidos y que reflejan el momento conflictual de los derechos¹⁰. Esta peculiar fisonomía de los derechos sociales que define la complejidad, el carácter contradictorio y la posición de esta categoría jurídica, ha generado un intenso

7 GAMBINO, Silvio; FALBO, Alessandro (2017): «Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 28. LUCIANI, Massimo (1995): «Sui diritti sociali», *Studi in onore di Manlio Mazzioni di Celso*. Vol. II. Roma: Cedam, p. 114.

8 GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (2004): «I diritti sociali nella vecchia Europa», *Quaderni di Rassegna Sindacale*, núm. 1, p. 101.

9 DE CABO MARTÍN, Carlos (1986): *La crisis del Estado Social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, pp. 34-36.

10 CASCAJO CASTRO, José Luis (1988): *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 30.

debate a propósito del estatus jurídico de este tipo de derechos, en concreto, si participan del calificativo de fundamentales. Al respecto, las consideraciones para cuestionar la fundamentalidad de los derechos responden a: la defensa de la normatividad en clave jurídico-positiva, el imperativo del cálculo económico, la ruptura de la distribución de competencias poder legislativo – Tribunal Constitucional, y la razón de la impronta ideológica. En todo caso, en estas cuatro causas está presente una lectura de los derechos sociales desconectada de las transformaciones introducidas por la forma de Estado, lo que propicia reflexiones en clave descriptiva que reducen al enunciado constitucional del artículo 1.1 de la Constitución a un mero apunte anecdótico de la sistemática normativa constitucional incapaz de trascender la ortodoxia efectista del método positivista, traducido en el predominio de elementos privatistas y no tanto en la apatía doctrinal a las corrientes comparadas más proclives a la conexión entre generaciones de derechos. Como señala con acierto Juli Ponce, la clave está en tomar en serio la prescriptividad de la forma de Estado social, su autonomía o sustantividad constitucional¹¹, frente a la desnaturalización del clausulado social presente en las formulaciones de aquel sector doctrinal que niega a los derechos sociales su carácter de fundamentales o lo condiciona a un previo desarrollo legislativo que termina por aprehender el significado de fundamental. Ello evitaría la deriva de nuestra Carta Magna hacia un texto atemporal apto para la connivencia de todo tipo de modelos jurídico-políticos (sea el constitucionalismo social, sea el constitucionalismo de mercado) con sus consiguientes principios estructurales ordenadores de la convivencia social.

Sin embargo, esta neutralización del constitucionalismo social no significa la negación de un orden socio-político determinado. Al contrario, la directa apelación a la «selección de expectativas individuales y sociales hecha por el constituyente»¹² implica que la noción de derechos fundamentales responde a un poder constituyente dominante que la patrimonializa, en tanto en cuanto es capaz de hacer valer las «expectativas individuales y sociales» de las que es portador». Y, en lo que atañe al caso español «el proceso constituyente (...) coincide con el despliegue de la crisis económica mundial y con la eclosión de la polémica en torno al *Welfare State*. De ahí que (...) los debates sobre la revisión del Estado de Bienestar y la tensión entre los principios intervencionistas y neoliberales encontraron, en el marco de las distintas opciones político —constitucionales, un eco especial y dejaron su huella difusa— y, a veces contradictoria —en el texto constitucional»¹³.

En este sentido, la negación no deviene de la manida diferente estructura normativa de los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, superando así el iusnaturalismo

11 PONCE SOLÈ, Juli (2017): «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, pp. 72-75.

12 BASTIDA, Francisco J. (2008): «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos». *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Vol. II. Madrid: Congreso de los Diputados, pp. 1089-1091.

13 SASTRE IBARRECHE, Rafael (1996): *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, p. 97. En esta misma óptica de consideración de la Constitución española de 1978 como constitución de la crisis que expresa la idea de la interiorización por el dictado constitucional de una serie de elementos que reflejan la revisión de los contenidos característicos del Estado social en clave privatista vid: MORISI, Massimo (1984): «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis», en PREDIERI, A; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.): *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, pp. 377-421. PONCE SOLÈ, Juli (2017): «Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español», cit., p. 73.

racionalista para el que los derechos de libertad tenían como fundamento la limitación del poder que frenaba toda injerencia pública en la esfera privada que gozaba de plena autonomía. Y, por ello, tales derechos se configuraban al margen de cualquier organización política. En contrapartida, los derechos sociales lejos de participar de esta estructura requerían para su efectiva satisfacción contar con un aparato de servicios y prestaciones públicas de gran complejidad. Partiendo de estas divergencias los derechos de libertad se concebían como fundamentales, mientras que los derechos sociales eran confinados al ámbito infraconstitucional como derechos extraños y ajenos al auténtico código de los derechos del hombre y del ciudadano, tanto desde el punto de vista de su titularidad, en la medida en que no son universales, como desde la perspectiva de la dinámica formal¹⁴.

La ruptura de estos presupuestos que servían de base a los tradicionales derechos fundamentales, configurados como derechos subjetivos, como consecuencia del nuevo papel de la Constitución como norma jurídica, generaron una depuración conceptual y garantista. La fundamentalidad jurídica distinta de la positivación restringida de las libertades negativas del constitucionalismo liberal encuentra su deber ser en la caracterización de la Constitución como normativa. La ruptura con la concepción taumatúrgica de los derechos fundamentales desprovistos, aparentemente, de todo vínculo político con el poder público permite derivar la apostilla de fundamental de la posición suprema del texto fundamental. Ahora bien, argumentada la transición de la metajuridicidad a la juridicidad de los derechos se arguye que esta última no es consecuencia de su consideración como derechos constitucionales (nominalismo simplista), sino de la exclusión de la denominada *interpositio legislatoris*, y, cumulativamente, de la disponibilidad inmediata del derecho por el/la titular¹⁵.

No obstante, esta tesis de la fundamentalidad de los derechos adopta como punto de partida una noción de la normatividad limitada en su sentido jurídico-positivo, que resulta contradictoria con el argumento ya expuesto de la «selección de expectativas individuales y sociales hechas por el constituyente», como fundamento legitimador de la fundamentalidad de los derechos¹⁶. Principalmente, porque la «selección y preferencia por el constituyente» entronca con una concepción de la normatividad en clave jurídico-material, de la dominación política como objeto específico del derecho constitucional. La Constitución como producto de las fuerzas políticas dominantes con capacidad de imponer los intereses/demandas sociales en conflicto a través de su interiorización/positivación que teoriza el momento de la flexibilidad característica del constitucionalismo social y los derechos adscritos a este modelo. La Constitución como fuente de integración, legitimación y garantía del Derecho Constitucional del Estado social¹⁷.

Cuestión distinta es que la determinación de su configuración constitucional conecte con un constitucionalismo social de la crisis. En todo caso, esta aproximación en clave

14 DICIOTTI, Enrico (2004): «Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica», *Quaderni Costituzionali*, núm. 4, pp. 752 y ss.

15 «Los derechos fundamentales son los recogidos en los Capítulos I y II en cuanto participan de las dos notas básicas del carácter fundamental de los derechos ya mencionadas, la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador». BASTIDA, Francisco J. (2008): «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», cit., p. 1097.

16 *Ibidem*, pp. 1089-1090.

17 DOGLIANI, Mario; MASSA PINTO, Ilenia (2017): *Elementi di Diritto Costituzionale*. Torino: Giappichelli, pp. 11-18.

normativista a la cláusula constitucional de Estado social supone una minusvaloración de esta forma de Estado, porque desde estas valoraciones el Estado social se configura como un principio jurídico que impide derivar efectos relevantes del dictado constitucional. Esta explicación funcionalista de la fundamentalidad de los derechos tiene como resultado una devaluación/neutralización del texto constitucional, al reconducirse la Ciencia Constitucional a un mero tecnicismo funcional.

Por el contrario, nosotros coleamos el carácter de fundamentales de los derechos sociales en base a la defensa del alcance prescriptivo del Estado social alejándonos de las formulaciones constitucionales neutras. El constitucionalismo social transforma la propia caracterización de los derechos como fundamentales, es la forma de Estado el elemento determinante de la fundamentalidad. Concretamente, los derechos sociales emancipados de la condición de minoría jurídica y diversidad institucional a la que habían sido confinados por la dogmática liberal, conforman junto con los derechos de libertad y aquellos políticos el modo de ser de una comunidad a la que la Constitución es inherente, y redefinen el significado de los primeros como derechos de una determinada forma de organización social¹⁸.

2. El significado constitucional de los derechos sociales

Siguiendo las consideraciones desarrolladas en el apartado anterior, la normatividad constitucional de los derechos sociales conecta directamente con la naturaleza pacticia/transaccional de la Constitución como marco jurídico de integración del conflicto que opera en el Estado Social. Esta define el momento garantista de los derechos sociales, su garantía y protección es la propia de los derechos constitucionales y, como tales, tienen carácter de normas jurídicas vinculantes para la totalidad de los poderes públicos. Por lo tanto, existen como tales derechos independientemente de su desarrollo en una ley, por lo que no estamos en presencia de enunciados programáticos o conceptos en blanco carentes de todo contenido normativo¹⁹. Antes bien, los derechos sociales expresan el vínculo social que define el aspecto de garantía vinculado a la forma de Estado social que impide su subordinación al mercado. Es decir, a pesar de su dependencia de los recursos disponibles, es su carácter constitucional lo que impide el desconocimiento del derecho. Esta característica es predicable de todas y cada una de las tipologías que integran la categoría de los derechos sociales (derechos de prestación, derechos de participación, derechos a percibir parte de un bien social)²⁰.

Frente a esta posición estarían las argumentaciones que defienden que las prestaciones que constituyen el contenido de estos derechos estarían diversificadas con relación a la situación fiscal del Estado, respondiendo a elecciones particulares y selectivas. De modo que los derechos sociales acusarían en su estructura los condicionantes de una

18 LOMBARDI, Giorgio (1999): «Diritti di libertà e diritti sociali», *Politica del Diritto*, núm. 1, pp. 7-8. CANTARO, Antonio (2006): *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*. Roma: Ediesse, p. 84.

19 LUCIANI, Massimo (1995): «Sui diritti sociali», cit., pp. 120-121. DOGLIANI, Mario (1994): *Introduzione al Diritto Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, p. 135.

20 BALDASSARRE, Antonio (1997): *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: Giappichelli, pp. 131-132 y 210-213.

economía de mercado en evolución y de infraestructuras de tipo administrativo y fiscal²¹. El principal baluarte de estas reflexiones es la expulsión del enunciado social del texto fundamental propiciando una sugestiva adecuación de la Constitución política a la evolución de la estrategia de acumulación del capital.

En este caso, la solución aportada es la de la técnica de la comprensión, que no de la supresión del derecho²². O lo que es lo mismo, el hecho de que los límites de la economía no se hayan acompañado de un reconocimiento constitucional de la eficacia jurídica de los derechos ha generado un desequilibrio que propicia un amplio margen de actuación para el derecho viviente que permite que el proceso de ajuste entre derechos sociales y la nueva realidad material constitucional del vínculo económico europeo se realice a través de la interpretación jurídica y la legislación ordinaria. Circunstancia que, paradójicamente, es uno de los principales motivos aducidos por los detractores de la fundamentación de los derechos sociales, al situar el dilema de su protección constitucional entre la legitimidad democrática del legislativo y ejecutivo, o la cobertura del juez ordinario y constitucional²³. A ello habría que añadir que cuando el juez europeo decidió introducir los derechos fundamentales en el orden europeo, recurriendo a la técnica de los principios generales, no se cuestionó que tal decisión pusiera en tela de juicio el criterio de fundamentación, ni tan siquiera que este hubiera suplantado la legitimidad y la competencia del poder ejecutivo y legislativo de la Unión. Más bien, se celebró la incorporación de esta categoría como parámetro de validez del derecho comunitario.

De ahí que consideremos insuficientes estas tesis que niegan el significado constitucional de los derechos sociales. Los derechos sociales como derechos vinculados a la forma de Estado social participan de los elementos que la caracterizan. En primer lugar, su carácter constitucional los coloca en una posición privilegiada en contraposición con las exigencias de funcionamiento del sistema económico, legitimando una función correctora con respecto a éste. En segundo lugar, organizan la compatibilidad con el mercado y con el sistema económico sobre la base de su preeminencia normativa, que comporta la prevalencia de la justicia social sobre el funcionamiento del mercado y del sistema económico. Por último, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales implica la necesidad para el legislador de permanecer vinculado al dictado constitucional, que los proyecta más allá de las fronteras de la política, de la programaticidad²⁴.

21 Por todos vid. FORSTHOFF, Ernst (1986): «Concepto y esencia del Estado Social de Derecho», en ABENDROTH, W; FORSTHOFF, E; DOEHRING, K. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 69-107.

22 CARMONA CUENCA, Encarnación (2008): «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?». *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Vol. II. Madrid: Congreso de los Diputados, pp. 1109-1111.

23 En esta perspectiva BASTIDA, Francisco J. (2008): «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?, cit., para quien «Los derechos sociales también podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales, pero esto podría entrañar una mutación constitucional tanto de las relaciones constitucionales entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa», p. 2001.

Para un exhaustivo examen de esta controversia y propuestas de solución véase la interesante obra de MORALES, Leticia (2015): *Derechos sociales, constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.

24 MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2006): «I diritti sociali nella Costituzione Europea», *Rivista della Sicurezza Sociale*, pp. 93-94.

III. CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO EUROPEO E INTEGRACIÓN POSITIVA

1. El oxímoron de los derechos sociales fundamentales de la Unión Europea

La nueva forma de articulación de las relaciones de poder entre la dimensión estatal y la dimensión económica en el espacio supranacional europeo comporta un nuevo modelo constitucional en el que debemos situar el verdadero alcance de las dinámicas derechos sociales-Unión Europea (UE). Al respecto, podemos señalar que la función de los derechos sociales como parámetros legitimadores de la intervención estatal en la economía desaparece en el imaginario del constitucionalismo de la Unión, evidenciando el momento de confrontación entre derechos sociales y ordenamiento jurídico europeo. Su redefinición desde el espacio de las políticas, no de los derechos, deslegitima su deber ser del constitucionalismo social. El mercado se erige como parámetro de definición de las políticas sociales funcionales a su garantía²⁵.

Esta ruptura con los derechos sociales adscritos al Estado social es paradigmática en la construcción del juez europeo del concepto de fundamentalidad. La tutela de los derechos fundamentales se condiciona a los objetivos generales de la integración económica que diluyen la exégesis del concepto. Las consecuencias son especialmente gravosas por lo que a los derechos sociales, ahora meros objetivos, se refiere. Por una parte, la expulsión de los derechos sociales del ámbito constitucional de la Unión. Por otra parte, el sistema pretoriano europeo de tutela de los objetivos sociales los subordina a las exigencias del proceso. La confinación del ámbito de lo social al político al margen de cualquier sujeción normativa redefine el principio de legalidad de la Unión dirigido a la tutela de la fuerza material del mercado y del derecho de la competencia en consonancia con los contenidos formales de las disposiciones de los Tratados. Dada esta contextualización se proscriben una consideración de los derechos sociales como principios generales del Derecho de la Unión (DUE), una desconstitucionalización amplificada con la aceleración de la reforma y fortalecimiento de la Gobernanza Económica Europea (GEE), vínculo económico del proyecto europeo²⁶.

El redimensionamiento de la política social a través de su subordinación a las exigencias de la competitividad y la economía de mercado es una constante desde los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas hasta el actual referente de derecho originario representado por el Tratado de Lisboa.²⁷ En la relación derechos sociales – intervención pública desde la perspectiva del modelo jurídico-político de la Unión articulado en torno a la centralidad del mercado, la autonomía normativa de tales derechos desaparece. Una economía de mercado abierta y de libre competencia no es aquella en la que el cálculo de los costes y beneficios del funcionamiento de los mecanismos económicos viene incorporado en la valoración de la eficiencia misma del sistema. En esta los

25 JIMENA QUESADA, Luis (2016): *Social rights and policies in the European Union*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 25-26.

26 BAQUERO CRUZ, Julio (1998): «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, pp. 655-656.

27 LASA LÓPEZ, Ainhoa (2012): *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aportías de la dimensión social de la Unión Europea*. Bilbao: Universidad del País Vasco/Servicio Editorial, pp. 49-146.

derechos sociales no tienen en el vínculo social el criterio legitimador de su funcionamiento, sino que son juzgados por su capacidad de orientarse y servir al mercado. Su subordinación al mercado implica la pérdida del significado constitucional descrito en el apartado segundo. Y, es paralela a una nueva configuración constitucional, la del constitucionalismo de mercado europeo, donde los objetivos sociales no se contraponen al mercado sino que se subordinan a sus exigencias²⁸.

Esta degradación de los derechos sociales a derechos condicionados de compatibilidad subalterna con el mercado vacía de significado la superior preceptividad que les confería la normatividad constitucional del constitucionalismo social, condicionando su actuación y efectividad a las variables macroeconómicas. La pérdida de su estatus constitucional implica la desconstitucionalización de los derechos sociales. El carácter eventual, relegado a los espacios que expresan su compatibilidad con el mercado, define las nuevas bases: funcional al espacio económico y garantista de los principios del constitucionalismo de mercado europeo, a los que se ve confinada la política social. Al mismo tiempo, los condicionamientos de la competitividad aparecen como el vínculo que conecta lo social con la economía desde una doble perspectiva. Por un lado, la dimensión social se define como espacio subordinado a las exigencias del mercado y de la competencia. Por otro lado, la competencia y el mercado interior determinan el nuevo espacio de los derechos sociales, que no es otro que su subordinación a los imperativos de la integración económica. Y esto es así porque la intervención social europea está dirigida no a la creación de un ámbito propio de regulación social, sino al control de los sistemas nacionales para impedir la adopción por éstos de medidas limitadoras del mercado interior. Se sanciona la transferencia de la competencia a lo social, una configuración coherente con la caracterización de la competencia como principio constitutivo de la construcción del mercado interior. En definitiva, el paradigma de la libre competencia comporta la redefinición de la política social en base a su subordinación a las exigencias de la competitividad²⁹.

Este estatus marginal y de indefinición de los derechos sociales trató de corregirse con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aprobada por las instituciones de la Unión en diciembre del año 2000. Sin embargo, los esfuerzos por superar los límites funcionales del derecho originario, junto a la proclamada indivisibilidad e interdependencia del conjunto de derechos que aglutina la Carta, no han fructificado en una recomposición de las condiciones normativas para una eficaz garantía de los derechos sociales, principalmente, porque la CDFUE se inserta en el modelo constitucional del Estado mercado o Estado economía³⁰ distinto al del Estado social.

28 MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2006): «I diritti sociali nella Costituzione Europea», cit., pp. 89-125. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (2002): «Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa», CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la UE* Madrid: Dykinson, pp. 313 y ss.

29 SACHA, Garben (2017): «The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union», *European Constitutional Law Review*, núm. 13, pp. 23-61.

30 Para una definición concisa de los principios estructurales que vertebran a esta nueva forma de Estado del poder global de mercado véanse las aportaciones doctrinales de MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2016): «Del Estado social a la forma global de mercado», en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; ASENSI SABATER, José; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.). *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 53-94. Y, García Herrera, Miguel Ángel (2016): «Estado económico y capitalismo financiarizado: propuestas para un constitucionalismo crítico», en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; ASENSI SABATER, José;

Conforme a este modelo se asumen como irrelevantes las desigualdades socio-económicas que generan las incertidumbres de la acumulación del capital y se fortalecen las pretensiones del individualismo frente a la ruptura y regresión de la solidaridad colectiva. El objetivo no es acabar con los desequilibrios económico-sociales, sino la protección más incisiva de las esferas de identidad y realización personal asumiendo el interés del individuo frente a las fortalezas de la comunidad-ciudadanía europea.

2. El Pilar Europeo de Derechos Sociales

2.1. *Aproximaciones teórico-constitucionales*

La exégesis y hermenéutica del Pilar Europeo proclamado en la Cumbre Social de Gotemburgo se sitúa en la hoja de ruta trazada por el Presidente Juncker en el celebrado «Discurso sobre el Estado de la Unión», pronunciado el 9 de septiembre de 2015³¹. Las turbulencias de la zona euro exigieron la adopción de mecanismos de refuerzo y control de las economías de los países miembros de la GEE, que se saldaron con una constitución económica europea fortalecida y dotada de hiperrigidez normativa derivada en cuanto al dispositivo reforzado de tutela-garantía del euro, a costa de una depauperización de la dimensión social. En este contexto, se hacía necesario reforzar la integración positiva «redoblando los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo», escenario donde se sitúa el desarrollo del PEDDSS adaptado a los cambios socio-laborales en curso y dirigido a la convergencia renovada de la zona euro (pp. 19-20 del discurso).

Al albur de esta declaración de intenciones, dos serían las principales connotaciones del Pilar, no exentas de importantes consecuencias en lo que a la definición y alcance de los derechos sociales supranacionales respecta. La primera, el Pilar no crea ni reconoce nuevos derechos sociales a escala europea, simplemente reafirma derechos que ya están presentes en el acervo de la UE y en el internacional, y los complementa para tener en cuenta nuevas realidades, esto es, ni siquiera los redefine. Tampoco rediseña el marco competencial UE-Estados Miembros (EEMM) en lo relativo a las políticas sociales y de empleo, por lo que se mantienen las dinámicas de coordinación social de tipo *soft*, en combinación con técnicas de orientación de políticas económicas de naturaleza *hard*. Además, al igual que la CDFUE distingue entre principios y derechos, reproduciendo las aporías de la divisibilidad. A saber, la confinación de la realización de los principios sociales a los colegisladores europeos y a los legisladores nacionales consagrando la ruptura del vínculo social de los derechos. La tutela se sitúa preferente en la voluntad política de los Estados y la Unión, una voluntad fuertemente condicionada por los parámetros de la nueva GEE reforzada y de la competencia internacional. En el espacio de estas variables se sitúa el valor de la solidaridad. Su campo de acción se inscribe en las dinámicas de la competencia y el monetarismo, haciéndose depender del funcionamiento del mercado

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.). *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 137-242.

31 Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cd0b012-d637-11e6-ad7c-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF> (consultado por última vez el 20.5.2018).

interior su efectiva realización. Las políticas sociales nacionales también aparecen vinculadas a estas dinámicas, sus contenidos son los propios de la mejora de la productividad en términos competitivos. Inscritas directamente en la práctica de la competencia, no sólo se subordinan a aquella, sino que es ésta el único espacio para su actuación. Y, por lo que a los derechos sociales respecta, estos siguen configurándose como derechos condicionados tal y como se desprende de las bases normativas de los principios y derechos del Pilar perfiladas en el Preámbulo:

- los objetivos sociales del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), deben realizarse a través del mercado interior, la GEE y las previsiones del Protocolo sobre mercado interior y competencia, reafirmando la reconducción/subordinación del modelo social a los principios del mercado y la constitución económica europea. A ello habría que añadir la omisión expresa de toda referencia al modelo social europeo tanto en relación con los objetivos sociales, como con la caracterización del proceso de integración y los valores sobre los que se fundamenta la Unión. De tal forma que el Tratado de Lisboa no hace sino acentuar la jerarquía de la integración negativa reforzándola a través de la inclusión del paradigma del mercado interior como referente donde el dispositivo social tiene sus límites. En esta perspectiva debe interpretarse la fórmula economía social de mercado altamente competitiva, que no implica una socialización de los objetivos de la UE que permita poner de relieve la voluntad de profundizar en la integración positiva. El aditamento «altamente competitiva» actúa la desvinculación de la economía social de mercado con el modelo social europeo, para conectarla con la constitución económica europea³².
- La cláusula social transversal del artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tampoco permite articular espacios de autonomía de la integración positiva. Su carácter de criterio orientador a nivel político y de acción de las instituciones europeas en el ámbito de lo social impide yuxtaponer un vínculo social fuerte capaz de condicionar la prevalencia de los correlatos de la competitividad y la economía de mercado.
- La explícita referencia a los derechos sociales fundamentales reconocidos en la Carta Social Europea de 1961 (CSE), y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, de 1989, que efectúa el artículo 151 del TFUE, contradice las garantías normativas de estos derechos en el constitucionalismo social. La dicción literal «teniendo presentes» comporta un reenvío a los textos que se conjuga con la confianza en el funcionamiento del mercado interior y la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión como condicionantes de la evolución de esta categoría de derechos. Ni son límites, ni tampoco les acompaña un valor teleológico de la acción de la Unión y los EEMM. Los intereses sociales que revisten la forma de objetivos (fomento del empleo, mejora de las condiciones de vida y trabajo, protección social adecuada, diálogo social y lucha contra las exclusiones) son el único objeto de tutela y oportunidad de satisfacción conectada a la lógica contumaz del mercado. La contradicción

32 JIMENA QUESADA, Luis (2016): *Social rights and policies in the European Union*, cit., pp. 25-26.

entre derechos sociales adscritos al intervencionismo social del Estado social, y derechos sociales condicionados por las exigencias del vínculo económico, es difícilmente objetable.

- Continúa el Preámbulo con la apelación al papel de los interlocutores sociales y el fomento del diálogo social del artículo 152 del TFUE. Una tímida y cauta formulación que comporta, todo lo más, una acción de promoción donde el diálogo social se perfila como concepto técnicamente poco riguroso, una disposición jurídicamente no vinculante, que responde al marco general y específico del desarrollo de la dimensión social europea desde una perspectiva favorable a la convergencia de las políticas sociales con los objetivos del mercado interior³³.
- Las referencias a las disposiciones sociales de la Carta de Niza devienen inevitables en este inventario del *acquis* social de la Unión. En el Capítulo IV, la Solidaridad, se residencia el núcleo fuerte de los derechos sociales. Una lectura conjunta de su tratamiento, y las disposiciones generales de la Carta, confirman su devaluación jurídica. El componente más destructivo de la dimensión de garantía normativa de los derechos sociales está en la peculiar relación entre estos y la ley que determina el reenvío (artículo 52 CFUE —Alcance e interpretación de los derechos y principios—). Introduciendo la máxima, propia de la experiencia jurídica del siglo dieciocho, de que el contenido de los derechos encuentra en la ley su límite principal. De modo que las garantías proporcionadas no van más allá de cuanto ya ha sido garantizado por las legislaciones. La garantía se sitúa en el plano infraconstitucional supranacional o nacional, y no ya en la propia Constitución³⁴.
- Finalmente, concluye la parte expositiva del Pilar con el recurso a una amalgama de preceptos del TFUE donde se combinan las libertades económicas de circulación (artículos 45 a 48 TFUE) y establecimiento (artículos 49 a 55 TFUE), con incidencia en la integración positiva, la igualdad salarial entre hombres y mujeres, (artículo 157 TFUE) la cohesión económica social y territorial (artículos 174 a 178 TFUE), y las orientaciones para el empleo (artículo 148 TFUE), entre otras. La significativa anomalía con la que se articula la relación entre las libertades económicas y los derechos de contenido social reproduce el modelo del constitucionalismo de mercado, resultado de la constitucionalización a escala europea de las libertades económicas sobre las que se fundamenta el paradigma del mercado interior. Esta caracterización de las libertades económicas fundamentales con respecto a los contenidos sociales las conecta directamente con los objetivos de la Unión. De este modo, el mercado, nuevamente, se constituye como eje central del proyecto europeo dotado, además, de especiales garantías.

La segunda connotación, y la más importante, consiste en que los principios y derechos interiorizados por el Pilar se aplicarán dentro de la sistemática de la GEE, en concreto, mediante el Semestre Europeo para la coordinación de políticas económicas y de

33 JIMENA QUESADA, Luis (2016): *Social rights and policies in the European Union*, cit., pp. 71-73.

34 MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2004): «Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Quaderni di Rassegna Sindacale*, núm. 1, p. 122.

los programas nacionales de reforma de los EEMM³⁵. La integración de los derechos sociales en la renovada constitución económica europea no supone la asunción de la naturaleza dual que hemos apuntado. La ausencia de la dimensión conflictual esteriliza la constitucionalidad «europea» de los derechos. Tampoco la dimensión funcional desempeña la coordinación entre la demanda y la producción a escala europea. El constitucionalismo económico, adscrito a la autonomía del mercado, y el constitucionalismo social de la solidaridad competitiva son las bases materiales del constitucionalismo de mercado europeo, ámbito de actuación del Pilar. De ahí su estatus de condicionados o subordinados al vínculo económico que desplaza al vínculo social. Esto es, un nuevo significado y alcance de lo social en el espacio supranacional opuesto a las tradiciones del constitucionalismo social, lo que cuestionaría la propia existencia de la categoría de derechos sociales en el ordenamiento europeo³⁶.

Siguiendo con la tesis de la configuración condicionada de los derechos sociales por la constitución económica europea renovada, sirva su reconducción a las bases jurídicas del conjunto de medidas de la nueva gobernanza económica que incrementan la conexión entre los procedimientos de supervisión multilateral del cumplimiento de las orientaciones generales para las políticas económicas de los EEMM y los procedimientos de control presupuestario. La garantía de la estabilidad macroeconómica como único referente en la definición de la política económica de la Unión, de acuerdo con el modelo de economía abierta y libre competencia (artículo 120 TFUE), y los principios rectores de saneamiento de las economías de la eurozona del artículo 119.3 TFUE (estabilidad de precios, finanzas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable), son reflejo de la ausencia de un gobierno de la economía europea, y, por ello, de una limitación de la capacidad de dirección económica de las orientaciones generales de la política económica tanto para los países miembros como para las propias instituciones europeas. La ausencia de mecanismos de intervención y redistribución social a escala europea como mecanismos correctores del mercado interior que minimicen el impacto de los vínculos del constitucionalismo de mercado, la competencia y el monetarismo, define los espacios de configuración y realización de los derechos sociales en el orden europeo. Su reconducción al terreno de los objetivos y las políticas reproduce el estigma de las normas programáticas que supone situarse fuera del estatus jurídico constitucional de estos derechos en el constitucionalismo social.

2.2. *Los contenidos sociales*

Los principios y derechos que componen el Pilar se estructuran en torno a tres categorías detalladas en los siguientes Capítulos:

— Capítulo I. Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo. Se incluyen: el derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente

35 GARBEN, Sacha (2018): «The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?», *European Constitutional Law Review*, núm. 14, pp. 216-217.

36 MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2008): «La inaprehensible ciudadanía social europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, pp. 755-758.

inclusivos y de calidad (01); la igualdad de trato y retribución entre mujeres y hombres (02 a y b); la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados (03); y, el apoyo activo para el empleo (04 a, b y c). En este primer capítulo se integran los derechos formativos adscritos a las transiciones en el mercado laboral en el marco de la empleabilidad, siguiendo las coordenadas del derecho a trabajar vinculadas a la sociedad activa del *Workfare state*. La ruptura con las políticas pasivas de empleo del Estado social pone el acento en la responsabilidad de las personas en la búsqueda de un puesto de trabajo y en la adquisición de las *capabilities* necesarias para la participación proactiva en la sociedad. Desaparece el concepto de clase trabajadora, sustituyéndose por la más inocua expresión «toda persona», combinado con un léxico más propio del ámbito empresarial (mantener y adquirir capacidades; gestionar con éxito las transiciones) que diluye toda referencia al elemento conflictual. Con relación a la igualdad, se cosifica en las dinámicas de la igualdad de trato o formal, omitiéndose la desigualdad estructural sistémica de clase que vertebra la raza y el género, principal detonante de la histórica preterición femenina y racial. En esta tesitura se hace referencia a la igualdad salarial, dotándola así de un componente netamente económico en la visión utilitarista de la lucha contra el *dumping* social. Concluye el capítulo con la inclusión de ayudas activas para la búsqueda de empleo, formación y reciclaje, la garantía de empleo juvenil, y el asesoramiento individual de los parados de larga duración. De nuevo, se excluye toda referencia a la precariedad en la contratación, la devaluación salarial o la pérdida de garantías laborales como la descausalización del despido, como principales factores del desempleo y la pobreza de las clases trabajadoras.

- Capítulo II. Condiciones de trabajo justas: se hace referencia a los salarios (06a: derecho a un salario justo (06b) que evite la pobreza de los ocupados y se fije con transparencia y predictibilidad (06c); al derecho a la información sobre la condiciones de trabajo y la protección en caso de despido (07); al diálogo social y participación de los trabajadores (08); al equilibrio entre vida profesional y vida privada (09); a un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado, y protección de datos (10). Frente a la ausencia de la dimensión funcional del primer capítulo, este segundo apela a esa dimensión socio-económica de los derechos sociales que enlazaría con las tradiciones del constitucionalismo social. Sin embargo, la Comisión ha adoptado una aproximación más económica que social. La política para el empleo de la Unión, donde se insertarían los derechos y principios del Capítulo II del Pilar, se inspira en el principio de la libre competencia reconducida al incentivo de la actividad económica en detrimento de la protección del empleo. El tránsito de la tutela de la relación laboral a la tutela del mercado, «deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico», refleja el alcance de las condiciones de trabajo justas, esto es, la introducción de mecanismos de flexibilización que favorezcan la competencia económica.³⁷

37 LÖRCHER, Klaus; SCHÖMANN, Isabelle (2016): *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals*. Bruselas: European Trade Union Institute, pp. 56-70.

— Capítulo III. Protección e inclusión social: se combinan las referencias al derecho de asistencia y apoyo a los niños (11); la protección social (12); las prestaciones por desempleo (13); renta mínima (14); pensiones y prestaciones de vejez (13); sanidad (16); inclusión de personas con discapacidad (17), cuidados de larga duración (18); vivienda y asistencia para las personas sin hogar (19); y acceso a los servicios esenciales (20). Este último capítulo concentra el grueso de políticas asistenciales que han cobrado especial relevancia con la implosión de la crisis del capitalismo de casino. No obstante, su viabilidad, en términos de adopción de medidas legislativas específicas es cuestionable. Sirva de ejemplo la normativa autonómica social garantista impulsada por distintas Comunidades Autónomas en España en los últimos tiempos (función social de la propiedad, lucha contra la pobreza energética, entre otras), y su paralización por el ejecutivo español, con el posterior refrendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en garantía del vínculo económico europeo³⁸. Precisamente, la penalización de los vínculos sociales al mercado impulsada por la GEE, considerando el gasto social público como equivalente a una desincentivación del uso de recursos económicos, ha trasladado la competitividad a los derechos nacionales reduciendo las garantías tradicionales de los sistemas de protección social. Este ha sido el factor detonante de la pobreza infantil, el desempleo de larga duración, los recortes en las rentas mínimas de inserción, las pensiones, los sistemas sanitarios y la atención a la dependencia. Derechos y principios que este tercer capítulo pretende ahora fortalecer a través medidas vinculantes específicas que se han de adoptar en consonancia con el mismo marco, la constitución económica europea, que ha generado su devaluación al mínimo asistencial.

En definitiva, las intenciones del Pilar de corregir la asimetría de la integración positiva europea no son factibles en términos sustantivos en lo que atañe a la política social, vistas las propias limitaciones del Título X que circunscribe los objetivos sociales a las dinámicas del mercado interior y la competitividad de la economía de la Unión. Pero, sobre todo, las carencias del Pilar son ilustrativas en lo referente a su incapacidad para corregir el desplazamiento de la toma de decisiones sociales democráticas al juez europeo y a las instituciones intergubernamentales de la Unión³⁹.

IV. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: DE LA (IN) DIVISIBILIDAD A LA ACCESORIEDAD

El juez de Estrasburgo ha adquirido una notoriedad inusitada al compás de la crisis como garante de la dimensión objetiva de los derechos del CEDH, construyendo una

38 LASA LÓPEZ, Ainhoa (2017): «El modelo social autonómico del constitucionalismo de mercado: cuando la garantía de la igualdad real se sustituye por la del coste de financiación», *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 62, pp. 123-148.

39 GARBEN, Sacha (2018): «The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?», op.cit., pp. 227-230.

línea pretoriana de defensa «accesoria» de determinados derechos sociales de prestación. Esta expansión de los contenidos de los derechos fundamentales civiles y políticos del Convenio ha sido objeto de especial atención por la doctrina, que ha visto la oportunidad de apuntalar la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos, de su indefectible vinculación. Y, principalmente, la posibilidad de hacer exigibles, en determinadas circunstancias, a los poderes públicos los derechos sociales de prestación que los textos fundamentales, como el español, confinan al limbo de la programaticidad⁴⁰.

Aunque el CEDH no prevé tutela alguna para los derechos sociales, haciendo coincidir los derechos humanos con las libertades fundamentales, en una incipiente línea jurisprudencial iniciada el 19 de octubre 1979 con el Caso Airey contra Irlanda, comenzó a manifestar las implicaciones socio-económicas de algunos derechos civiles y políticos. Emergían así los determinantes sociales como factor a tener en cuenta en la interpretación de los derechos del Convenio. En este caso, una ciudadana irlandesa en una situación económica precaria alegó la vulneración del derecho a un juicio justo (artículo 6.1), al no contemplar la legislación del país de origen el asesoramiento jurídico gratuito, circunstancia que le impidió iniciar un procedimiento judicial de separación. El reconocimiento del principio de la protección efectiva de los derechos, y su corolario de la interpretación evolutiva de la Convención aducida por el Juez de Estrasburgo en el caso Marckx, de 13 de junio de 1979, inició la senda de una jurisprudencia inclusiva de las dinámicas de orden social de los derechos humanos. La protección no quimérica de algunos derechos procesales (derecho a un proceso equitativo) y sustantivos (artículo 1 del Protocolo n.º 1, protección de la propiedad; artículo 2, derecho a la vida; artículo 8, derecho al respeto de la vida privada y familiar; artículo 14, prohibición de discriminación) del Convenio, en conjunción con las técnicas de la hermenéutica extensiva o por conexión y de las obligaciones positivas del Estado, representan el fundamento jurídico de la justiciabilidad de ciertos derechos sociales prestacionales (protección de la salud, pensiones, vivienda) ante esta instancia europea⁴¹.

Conviene advertir que no es objeto de este trabajo detenerse en el análisis detallado de las sentencias dictadas por el CEDH en la materia que nos ocupa, pues es una cuestión suficientemente abordada por la doctrina. Desde otra perspectiva metodológica, lo que interesa aquí poner de relieve son las carencias de una interpretación de los derechos que, aunque desvinculada del dogma el vínculo económico, ahonda en la divisibilidad más que en la superación de las connotaciones normativas regresivas de los derechos sociales como normas en blanco. Para ello, sí tomaremos como referente algunos de los

40 LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 399-414. CARMONA CUENCA, Encarna (2017): «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, pp. 1209-1238. CUBERO MARCOS, José Ignacio (2017): «La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, pp. 105-140.

41 PÉREZ ALBERDI, M.ª Reyes (2011): «La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *LEX SOCIAL-Revista de Derechos Sociales*, núm.1, p. 94. Para un análisis detallado de la interpretación por conexión de las garantías procesales y sustantivas del Convenio y la protección de derechos sociales vid: LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», op.cit., pp. 401-408. Para una reflexión pormenorizada de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado y la eficacia jurídica de los derechos sociales de prestación vid: CARMONA CUENCA, Encarna (2017): «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», op.cit., pp. 1228-1234.

razonamientos teóricos que subyacen en la jurisprudencia del TEDH, en particular, los relativos al margen de apreciación reconocido a los Estados en la aplicación de las obligaciones de la Convención. Técnica que recuerda al debate entre la constitucionalidad de los derechos sociales y la discrecionalidad del legislador. Desde esta óptica, merecen especial atención las demandas planteadas ante el Tribunal de Estrasburgo con ocasión de los recortes en gasto social por parte de países miembros de la eurozona.

En los casos *Da Conceição Mateus contra Portugal* y *Santos Januário contra Portugal* (Solicitudes núm. 62235/12 y núm. 57725/12), la cuestión a dilucidar era la compatibilidad de las reducciones de los pagos a las pensiones de los demandantes, ciudadanos portugueses, con el artículo 1 de Protocolo n.º 1 (Protección de la Propiedad). La reducción producida en el año 2012 como resultado de los recortes al gasto público portugués, tenía su causa en el Programa de Ajuste económico negociado en mayo de 2011 por el gobierno luso con la UE, los países del eurosistema, y el Fondo Monetario Internacional. Para examinar la potencial incidencia de los recortes en la garantía de la propiedad contemplada por artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, el Tribunal valoró como cuestión esencial si con los recortes las autoridades portuguesas habían alcanzado un equilibrio justo entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales de la persona. La decisión finalmente adoptada fue que las reducciones de las pensiones habían sido una restricción proporcionada del derecho a la protección de la propiedad de los demandantes, considerando los problemas financieros excepcionales a los que Portugal se enfrentó en aquel momento, y la naturaleza limitada y temporal de los recortes de pensiones. El Tribunal no entró a valorar, como si lo hiciera el Tribunal Constitucional de Portugal, que una reducción equivalente no se hubiera llevado a cabo en el sector privado de las pensiones. En una decisión similar, dos años más tarde, en 2015, *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* (solicitud núm. 13341/14), el TEDH apuntala el criterio de la naturaleza temporal y limitada en el tiempo del recorte en la pensión de la demandante, atendiendo a la situación coyuntural por la que atravesaba Portugal y los compromisos de ajuste adquiridos en el marco de la nueva GEE, para inadmitir la demanda.

A diferencia del caso *Guberina contra Croacia* (Solicitud núm. 23682/13), en los dos asuntos que se acaban de señalar, el TEDH no consideró si la medida económica de recorte de las pensiones adoptada por el ejecutivo luso se aplicó o no de manera discriminatoria (véase párrafo 73 de la decisión *Guberina*), máxime teniendo en cuenta que estas reducciones no se aplicaron al régimen privado de pensiones. Se podría contra argumentar que en el asunto *Guberina* la denegación del beneficio fiscal, exención del impuesto de compraventa de un bien inmueble que contaba con un ascensor, afectaba a un menor con diversidad funcional física y psíquica, y, por ende, particularmente vulnerable. Vulnerabilidad que, al parecer, no concurría en el caso de los demandantes pensionistas. Si bien la aplicación del principio de la interpretación evolutiva de la Convención hubiera sido base suficiente para valorar si esa proporción reducida de la pensión no podía conducir a una situación de vulnerabilidad, teniendo en cuenta el fenómeno de la pobreza en la tercera edad que asola al continente europeo. Esto es, una adecuación del Convenio a nuevas realidades de marginación y vulnerabilidad desconocidas o ausentes en el momento de su promulgación⁴².

⁴² No obstante, convenimos con JIMENA QUESADA en que hay tener en cuenta las propias limitaciones de la sistemática formal del Convenio y sus Protocolos. En particular, «intentando ofrecer una lectura en clave más

En todo caso, lo relevante estos planteamientos, en lo que a los derechos sociales de prestación atañe, es la determinación del alcance del margen de apreciación estatal para la reducción, denegación o interrupción del contenido de la prestación social. Tres consideraciones al respecto: en primer lugar, también en el argumentario del TEDH derechos sociales y costes económicos se sitúan en el mismo nivel. En segundo lugar, aunque, en determinadas circunstancias, es posible derivar derechos sociales de prestación de los derechos del convenio, el reconocimiento de los primeros parte de su necesaria conexión con los derechos sustantivos y procesales de la Convención. Esta inautonomía de los derechos sociales supone una desocialización de los derechos sociales y su reconducción a otras bases materiales, las de los derechos civiles y políticos del convenio, luego no hay indivisibilidad sino divisibilidad manifiesta, pues solo cuando la privación de las prestaciones sociales afectan al núcleo intangible de los derechos humanos, opera su reconocimiento secundario o accesorio del principal. En tercer lugar, los casos donde ha trascendido la eficacia jurídica del derecho prestacional se vinculan a supuestos de vulnerabilidad de los sujetos afectados por la restricción de un derecho individual⁴³. De modo que, todo lo más, los derechos sociales se conectan con la procura existencial que Forsthoff defendía para expulsar a lo social del enunciado constitucional. En resumen, frente a los Derechos Sociales del pacto del constitucionalismo social, nos encontramos con los derechos sociales asistencializados de la Convención. Una lectura de mínimos a la que, sin embargo, hay que poner en alza, sobre todo, si hacemos una comparativa con la condicionabilidad que experimentan los derechos sociales en el ordenamiento jurídico europeo.

V. CONCLUSIONES FINALES

1. Los derechos sociales accesorios de la jurisprudencia de Estrasburgo, y los derechos sociales condicionados del juez de Luxemburgo: las lecturas de la (des)constitucionalización

En la relación derechos sociales-libertades económicas, el juez de Estrasburgo aplica un razonamiento distinto en cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto. Si para

positiva con respecto al proceder inmovilista sobre situaciones de precariedad, o reacio en el terreno de la discapacidad, es pertinente señalar que ambas posturas del TEDH tal vez denoten un alarde de realismo, en el sentido de no poder abarcar más allá de lo que el texto convencional y sus Protocolos le marcan». JIMENA QUESADA, Luis (2015): «El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, pp.110-111.

⁴³ En este sentido, la reciente decisión del TEDH, caso de ČAKAREVIĆ contra Croacia (solicitud no. 48921/13), de 26 de abril de 2018. La demandante alega la vulneración del derecho a la protección de la propiedad al ser obligada a devolver una ayuda por desempleo por enriquecimiento ilícito al no cumplir las condiciones para su concesión durante un periodo de tiempo determinado. El juez de Estrasburgo valora la precaria situación económica y de salud de la demandante para concluir que incluso la devolución de la cantidad indebidamente recibida pondría en riesgo su subsistencia (apartado 89).

De ahí que López Guerra se interrogue, a propósito de la relación derechos sociales-obligaciones positivas, si esta técnica tiene cabida en términos más ambiciosos «es decir, como referidos a situaciones de tipo general, aún sin los caracteres de gravedad y urgencia de los supuestos señalados y respecto de derechos generalizados a prestaciones típicos del *Welfare State*». LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *op.cit.*, p. 404.

el TEDH lo sustancial es la mayor o menor incidencia para la efectiva realización de los derechos y libertades fundamentales del texto de la Convención, para el TJUE lo relevante es la afectación a los principios estructurales del mercado interior y la libre competencia. Nótese que ya la propia categoría de libertades económicas difiere de la propia de derechos humanos. De hecho, en el ámbito del ordenamiento europeo las libertades económicas tienen el mismo rango que los derechos fundamentales, compartiendo con estos últimos los presupuestos de valor. A diferencia de las constituciones nacionales, donde las libertades económicas no comparten el mismo rango de fundamentalidad asignado por el espacio europeo y deben de ceder frente a instancias diversas dedicadas a la tutela de la persona en la complejidad de sus relaciones sociales. Tal resultado interpretativo se manifiesta en el reconocimiento sustancial de un derecho subjetivo en el interior de las situaciones de libertad, y, por ende, en la calificación de las libertades económicas como derechos fundamentales. Por lo tanto, actúan de vínculo y limitación a las regulaciones del legislador nacional en el orden socio-económico europeo⁴⁴.

Una concepción que ha desempeñado un papel determinante como mecanismo de legitimación del mercado interior y la GEE. Esta técnica jurisprudencial de singularizar a las libertades económicas vinculadas a las garantías del mercado con respecto al resto de los derechos, tiene especial incidencia en el caso de los derechos sociales que encuentran dificultades en un contexto jurídico débil. No obstante, se trata de algo plenamente coherente con la especificidad normativa del constitucionalismo económico, dado que son las libertades económicas como instrumento privilegiado debido a su carácter fundamental, las que refuerzan la tutela de la competencia y la centralidad del mercado. Así, han sido frecuentes las situaciones en las que el TJCE ha procedido a la tutela de los derechos sociales en función de la tutela de las libertades económicas. Es decir, estaríamos en presencia de una tutela indirecta que encuentra en las libertades económicas y no en los derechos sociales, el bien jurídico determinante de la directa protección⁴⁵.

Este planteamiento coincide, inicialmente, con la naturaleza accesoria de los derechos sociales en las decisiones del Tribunal de la Convención. De hecho, tanto en el ámbito convencional como en el de la Unión la conexión derechos sociales-derechos civiles y políticos del Convenio, y derechos sociales - libertades económicas, se caracteriza en el primero por el margen de apreciación de los Estados, y, en el segundo, por la reserva de lo razonable y de lo posible, modulando el espacio de intervención de estos derechos que se difiere a la discrecionalidad del ejecutivo o legislativo de los EEMM. De modo que, en sendos razonamientos se observa una funcionalidad del vínculo social, eso sí, tangencial o más difusa, en las argumentaciones del juez de Estrasburgo, mientras que para el juez de Luxemburgo esa naturaleza funcional sería directa.

Paralelamente, la técnica de la interpretación extensiva de los derechos y libertades fundamentales convergería con la técnica de la comunicación empleada por el TJUE en una línea jurisprudencial constante en materia de libre circulación de trabajadores y su conexión con los regímenes públicos de base. En esta, el pleno acceso a los derechos

⁴⁴ OLIVER, Peter; ROTH, Wulf-Henning (2004): «The internal market and the four freedoms», *Common Market Law Review*. Vol. 41, núm. 2, pp. 407-441.

⁴⁵ POIARES MADURO, Miguel (1999): «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU», en ALSTON, Philip; BUSTELO, Mara; HEENAN, James (Ed.). *The EU and Human rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 449-472.

prestacionales para el trabajador comunitario y su familia se articulan desde una perspectiva de directa vinculación con la libertad económica de circulación, como derechos de comunicación que carecen de una directa conformación autónoma. Los imperativos de la constitución económica europea evitan una consideración autónoma de los derechos prestacionales y determinan también la debilidad de su estatus normativo, condicionado por la dinámica de la integración negativa⁴⁶.

Empero, ahí terminarían las coincidencias entre Tribunales. Como hemos señalado, para el TEDH las exigencias del vínculo económico ocupan una posición menos preponderante, sobre todo, cuando el sujeto demandante está en una situación de vulnerabilidad, como en el caso de Guberina⁴⁷. A su vez, el hilo argumental parece dar cobertura a lo que se ha venido a denominar «la irreversibilidad de las conquistas sociales», sin sancionar expresamente la teoría de Hesse⁴⁸, y con importantes matices, cuando apostilla que desarrollada la regulación (sistema de protección) social que corresponda, las autoridades competentes teniendo en cuenta las circunstancias sociales y económicas del momento, podrán realizar alteraciones siempre que el contenido esencial de la regulación establecida se mantenga⁴⁹. Esto es, el alcance de la garantía de las regulaciones sociales establecidas se limita al núcleo del derecho humano para cuya efectividad la regulación social es esencial, y, por ello, ese aspecto, en la medida en que es esencial, ya no sería susceptible de disponibilidad legislativa.

Por otro lado, en el ámbito europeo el desconocimiento de la naturaleza constitucional de los derechos sociales resulta tanto más gravosa porque, a diferencia de la Convención, si hay un reconocimiento explícito, al menos formal, de los derechos sociales producido tras la promulgación de la CDFUE que adquiere, además, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa una vinculación jurídica igual a la de los Tratados (artículo 6.1 TUE). Con todo, ya se ha señalado que la Carta de Niza está en sintonía con el modelo jurídico político del constitucionalismo de mercado, actuando una recomposición de la noción de derechos sociales notoria en aquellos pronunciamientos en los que el juez de Luxemburgo ha recurrido a la Carta. En concreto, en la Sentencia de 15 de enero de 2015, asunto C-176/12, el argumento principal determinante de la inaplicación de una disposición de derecho originario, como es el artículo 27 de la CDFUE, fue su insuficiencia «para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal» (apartado 49); ni siquiera una vez precisado por una norma de derecho secundario (Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea), es decir, tampoco una vez actuada la *interpositio* del legislador europeo. Un razonamiento que reconduce a los derechos sociales a un estado de *Reflexrechte*.

46 GIUBBONI, Stefano (1998): «Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione Europea», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 77, p. 85.

47 En claro contraste con los pronunciamientos del TJUE en materia de solicitud de prestaciones asistenciales por la ciudadanía europea económicamente inactiva, donde la preocupación por el llamado turismo social, y la consiguiente carga económica adicional para los sistemas nacionales de Seguridad Social, ha desempeñado un papel crucial en las líneas argumentales utilizadas. Sirva como paradigma la Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Elisabeth Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig, C-333/13.

48 HESSE, Konrad, citado por PAREJO ALONSO, Luciano (1983): *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, pp. 53-55.

49 En este sentido, LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *op.cit.*, p. 405.

2. Pilar Europeo de Derechos Sociales y Convenio Europeo de Derechos Humanos: una relación asintónica

A modo de consideración conclusiva podemos señalar que la respuesta a la pregunta de si el Pilar puede ser un revulsivo para superar la caracterización como accesorios de algunos derechos sociales de prestación en la jurisprudencia del TEDH, es a todas luces negativa. La principal causa no hay que buscarla en las propias limitaciones del texto convencional para tutelar la naturaleza de compromiso que subyace a los derechos sociales, sino en la negación que de las bases materiales del Estado social realiza el orden europeo. Como ya se ha apuntado, el Pilar se limita a consolidar el acervo social de la Unión con la consiguiente caracterización de los derechos sociales como objetivos o políticas insertos en el mercado interior y la GEE, una configuración condicionada por el vínculo económico que los sitúa en un estadio evolutivo inferior al conferido por el juez de Estrasburgo si bien lo social, en sus razonamientos, cede cada vez mayores espacios a la asistencialización, efecto distinto al que se derivaría del vínculo social como hilo argumental. Ahondando en la tesis de la falta de sintonía entre la Convención y el documento político del Pilar, cabría hacer alusión a la omisión intencional del TJUE de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), «frente a la retroalimentación entre el TEDH y el CEDS»⁵⁰.

Por otra parte, se ha puesto de relieve que el Pilar podría contribuir a potenciar la integración positiva de la Unión, al ir, en algunos aspectos, más allá que la CDFUE⁵¹. Entre otros: el Pilar incluye el derecho a un salario justo (06); el derecho a una prestación de renta mínima (14); o el derecho a cuidados de larga duración (18), que la Carta de la UE, como tal, no contiene⁵². A pesar de ello, las bondades de este análisis decaen desde su propia consideración sustantiva. Tomemos con referencia uno de los derechos sociales de prestación que mayor regresión ha experimentado en los últimos años, como es la pensión. Este derecho se contempla en el artículo 34.1 CDFUE, y en el artículo 15 del Pilar. La formulación en este último, siguiendo la tesis descrita, parece más ambiciosa al reconocer que la cuantía ha de ser acorde a unas contribuciones que garanticen una renta adecuada. La cuestión inmediata sería ¿Podría este derecho, si finalmente fuera implementado, servir de base habilitante para el TEDH en relación a la dimensión social de propiedad?

Planteadas la pregunta en estos términos, y reconocidas las sinergias entre el TEDH y la CSE, la tesis de la mejor protección «accesoria» social parece tener cabida. Pero, ¿realmente el derecho a una pensión de jubilación del Pilar ofrece una mayor garantía que la prevista en la CDFUE? Aquí reside el nudo gordiano de la cuestión. La sistemática del Pilar se ha de coherer con los principios prescriptivos del vínculo económico

50 JIMENA QUESADA, Luis (2015): «El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales», op.cit., p. 111.

51 GARBEN, Sacha (2018): «The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?», op.cit., p. 221.

52 En la CDFUE, el salario adopta una concepción formal conectada a la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (artículo 21.1); la renta mínima se contempla con la denominación de ayuda social sin la apostilla de «adecuada», y la dinámica de la lucha contra la desigualdad estructural que el Pilar concreta en la «garantía de una vida digna». Con respecto a los cuidados de larga duración, la Carta reconoce el acceso a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la dependencia (artículo 34.1), pero sin precisar, como sí hace el Pilar, que este acceso sea asequible y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios (18).

europeo que actúa operando la subordinación de los contenidos sociales, desde la perspectiva de su condicionamiento por las dinámicas de la integración negativa. Además, se trata de principios prescriptivos para los EEMM de la nueva GEE que son, a su vez, quienes deben adoptar las medidas necesarias para que el contenido del derecho a la pensión del Pilar sea jurídicamente vinculante. Esta apreciación de legalidad del derecho positivo que reproduce el artículo 34.1 CDFUE, termina cercenando el mejor contenido social posible del artículo 15 del Pilar; al reservarse su modalidad de ejercicio a las disciplinas de la legislación y la praxis nacional, condicionadas por la constitución económica europea. Precisamente, es en el ámbito legal donde se materializan las transformaciones que guardan una vinculación directa con los parámetros del constitucionalismo del mercado. Los ejecutivos y legisladores nacionales reproducen, fielmente, los estándares mínimos de protección previstos por la panoplia instrumental de la GEE. Si a ello añadimos el margen de apreciación reconocido por el TEDH, los límites para evitar la aceptación de la garantía y protección constitucional de los derechos sociales son claros. El amplio margen de maniobra de los ejecutivos y legislativos nacionales, unido a la indeterminación o incompletitud de los derechos y principios sociales enunciados por el Pilar los traslada a la mera retórica «constitucional» a escala europea, a su consumación.

* * *

TITLE: Potentialities of the European Pillar of Social Rights in the Judge of Strasbourg's jurisprudential praxis: between the heterarchy social link-economic link and the dysfunctionality

ABSTRACT: The use of the principles of effective protection and evolutionary interpretation has generated a prominent casuistry of accessory recognition of some social rights by the European Court of Human Rights. On the other hand, the European Pillar of Social Rights, with its objective of improving the positive integration of the euro system, seems to expand the content of some social rights contemplated by the EU Charter of Fundamental Rights. Following these coordinates, the objective of this article is to reflect on the role of Pilar in the line of reasoning of guaranteeing the objective dimension of human rights of the Convention developed by the judge of Strasbourg.

RESUMEN: El recurso a los principios de la protección efectiva y la interpretación evolutiva ha generado una prominente casuística de reconocimiento accesorio de algunos derechos sociales de prestación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Paralelamente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, con su objetivo de mejorar la integración positiva del euro sistema, parece ampliar el contenido de algunos derechos sociales contemplados por la Carta de Derechos de la Unión. Siguiendo estas coordenadas, el objetivo del presente artículo es reflexionar sobre el papel del Pilar en la línea argumental de la garantía de la dimensión objetiva de los derechos humanos de la Convención desarrollada por el juez de Estrasburgo.

KEY WORDS: programmatic norms, European economic governance, secondary rights, conditional rights, social rights.

PALABRAS CLAVE: normas programáticas, gobernanza económica europea, derechos accesorios, derechos condicionados, derechos sociales.

FECHA DE RECEPCIÓN: 13.06.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

REPERTORIO

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: MUTACIONES Y DESAFÍOS. REPERTORIO BIBLIOGRÁFICO (2007-2018)¹

LUCÍA ALONSO SANZ

*Profesora ayudante doctora de Derecho Constitucional
Universidad Loyola Andalucía*

SUMARIO

Nota Preliminar. I. Organización y procedimientos. II. Sentencias: contenido y efectos. Ejecución y supervisión. Medidas provisionales. III. Principio de subsidiariedad, margen de apreciación nacional y consenso europeo. IV. Diálogo jurisprudencial. V. Revistas jurídicas que incluyen periódicamente crónicas de jurisprudencia del TEDH.

NOTA PRELIMINAR

El presente repertorio, integrado en el monográfico sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofrece una selección de obras sobre la institución publicadas desde hace algo más de una década.

Una recopilación de bibliografía sobre el TEDH es un objeto inmenso y hemos debido acotar su extensión adoptando algunas convenciones. Nos ocuparemos de la institución como tal: organización, funcionamiento, impacto de su actuación, diálogo e interacción con otras instituciones. Así como de ciertos criterios que orientan —o así lo pretenden— el alcance de su actuación frente a la de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, intentando arrojar luz sobre esa delicada frontera de legitimidades, a saber, el principio de subsidiariedad y los conceptos de consenso y de margen de apreciación nacional. Salvo este último punto, que se considera desde un prisma transversal, como un parámetro de actuación del Tribunal más que como un elemento de decisión de conflictos concretos, no se extiende la recopilación a la dimensión material del fondo de las resoluciones. Quedan excluidas, por tanto, las obras que analizan la jurisprudencia del Tribunal, ya sea sobre casos concretos, o sobre un determinado problema o derecho o en relación a con un determinado Estado (o Estados), excepto cuando se trate de España y siempre que ataña a una de las cuestiones generales objeto de la recopilación. Queda fuera de la misma, por último, un asunto que consideramos que depende más de la Unión Europea que del propio Tribunal, cual es el del azaroso proceso de adhesión de aquélla al Convenio.

1 La autora agradece las valiosas aportaciones de la Dra. Carmen Morre-Gómez, Letrada-Jefa de División del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la elaboración de este trabajo, así como la labor de revisión realizada por el Prof. Javier García Roca.

En cuanto a la metodología utilizada, se han tomado como base para la selección de las obras los catálogos virtuales de las bibliotecas del propio Tribunal de Estrasburgo y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, así como la base de datos Dialnet.

En relación a los criterios lingüísticos, la naturaleza supranacional del objeto del repertorio imponía que englobara doctrina extranjera; pero sería imposible hacerlo con todas las lenguas europeas. De ahí que finalmente se optara por incluir, además de obras en castellano, trabajos escritos en inglés y, en menor medida, en francés, los dos idiomas oficiales del Tribunal.

Respecto al periodo temporal cubierto por la recopilación, dado el constante proceso de cambio en que el Tribunal está imbuido en los últimos tiempos, que explica que muchos de los estudios sobre la materia se realicen en clave diacrónica; y teniendo en cuenta que lo que se pretende en este trabajo, como se precisará a continuación, es sobre todo mostrar los desafíos actuales de la institución, se ha optado por acotar la selección a las obras publicadas desde el año 2007 (incluido).

La definición de las distintas secciones en las que se estructura este trabajo se ha realizado *a posteriori* del primer rastreo bibliográfico y en vistas a los resultados por él arrojados, siguiendo un método inductivo y no otro deductivo y principialista. De manera que, más que una definición, tal delimitación temática es el reflejo de los enclaves dogmáticos que más inquietan e interesan a la doctrina. Ello obedece a la finalidad principal de esta recopilación, que no es otra que ofrecer una panorámica sobre los principales problemas y retos a los que se enfrenta el TEDH. De ahí que, además de los temas excluidos en virtud de los criterios de selección precitados (que entendemos pueden distorsionar en cierta medida el retrato), haya otros que hayan quedado fuera por no concitar actualmente un interés doctrinal mayoritario.

Por último, el repertorio cierra con la referencia a algunas revistas que incluyen periódicamente crónicas jurisprudenciales o comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

Libros y capítulos de libros

- BARKHUYSEN, T. and VAN EMMERIK, M.: «Legitimacy of European Court of Human Rights judgments: procedural aspects», NICK HULS, N.; ADAMS, M., and BOMHOFF, J.: *The legitimacy of highest courts' rulings: judicial deliberations and beyond*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, pp. 437-449.
- BENOÎT-ROHMER, F.: «Le protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme: du soliloque au dialogue», JACQUÉ, J.P. (et alii): *Ecrits sur la communauté internationale: enjeux juridiques, politiques et diplomatiques (i.e. diplomatiques): liber amicorum Stelios Perrakis = On the international community: legal, political, diplomatic issues: liber amicorum Stelios Perrakis*, I. Sideris, Athens, 2017, pp. 431-446.
- BESSION, S. (ed.): *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14: premier bilan et perspectives = The European Court of Human Rights after Protocol 14: preliminary assessment and perspectives*, Schulthess Médias Juridiques, Genève; Zürich; Bâle, 2011.
- BJÖRGVINSSON, D. T.: «The «pilot-judgment» procedure of the European Court of Human Rights», ALFREDSSON, G. (ed.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2009, pp. 529-540.
- BULTRINI, A.: *The future of the European Convention on Human Rights after the Brighton Conference*, Istituto Affari Internazionali, Roma, 2012.
- BÜRLI, N.: *Third-party interventions before the European Court of Human Rights: amicus curiae, member-State and third-party interventions*, Intersentia, Cambridge; Antwerp; Portland, 2017.

- BUYSE, A.: «Flying or landing? The pilot judgment procedure in the changing European human rights architecture», MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. and BUYSE, A. (ed.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp. 101-115.
- CANO-PALOMARES, G.: «El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH», QUERALT JIMÉNEZ, A. (coord.): *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*; Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 27-50.
- CAFLISCH, L.: «La Déclaration d'Interlaken: un tournant dans l'histoire de la Cour de Strasbourg?», TITIUN, P. (coord.): *La conscience des droits: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 95-108.
- COUNCIL OF EUROPE. STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS: *CDDH final report on measures that result from the Interlaken Declaration that do not require amendment of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2010.
- DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW: *Reforming the European Convention on Human Rights: Interlaken, Izmir, Brighton and beyond: a compilation of instruments and texts relating to the ongoing reform of the ECHR*, Council of Europe, Strasbourg, 2014².
- DIRECTORATE GENERAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS: *The future of the European Court of Human Rights: proceedings (of the) High-level Conference organised in Izmir, Turkey, on 26 and 27 April 2011 by the Turkish chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2014.
- COMMITTEE OF MINISTERS: *The right to trial within a reasonable time and short-term reform of the European Court of Human Rights: round table, Bled, Slovenia, 21-22 September 2009, organised by the Slovenian Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe*, Ministry of Justice of the Republic of Slovenia: Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2009.
- CUCARELLA GALIANA, L.A.: «El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)», *Diario La Ley*, n.º 8349, 2014.
- DE VYLDER, H.: «The duty of cooperation of the respondent state during the proceedings before the European Court of Human Rights», HAECK, Y. and BREMS, E. (eds.): *Human rights and civil liberties in the 21st century*, Springer, Dordrecht; Heidelberg; New York, 2014, pp. 37-67.
- DE BOER-BUQUICCHIO, M.: «Procedures and administration in the Registry of the European Court of Human Rights», *The Council of Europe's 50th anniversary: legal seminar, Oslo 27 May 1999*, University of Oslo, Faculty of Law- Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 2000, pp. 25-35.
- DÍAZ BARRADO, C.M.: «Las reformas procedimentales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», BUSTAMANTE RUA, M.M. (coord.): *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos*, Universidad de Medellín, 2011, pp. 169-183.
- DONALD, A.: *Responding to systemic human rights violations: an analysis of «pilot judgments» of the European Court of Human Rights and their impact at national level: report of Seminar at the European Court of Human Rights, Strasbourg, 14 June 2010*, London Metropolitan University, London, 2010.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. DEPARTMENT OF THE JURISCONSULT: *Bringing a case to the European Court of Human Rights: a practical guide on admissibility criteria*, 3rd ed., Wolf Legal Publishers (WLP), Strasbourg, 2014.
- FOROWICZ, M. (et alii) (eds.): *La défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Limal; Nemesis, Bruxelles, 2012.

2 Versiones en inglés y en francés.

- FRIBERGH, E.: «The future of the Court after Interlaken», SPIELMANN, D.; TSIRLI, M. and VOYATZIS, P. (eds.): *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis* / = *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 199-206.
- FRASER, J.: «Conclusion: the European Convention on Human Rights as a common European endeavor», FLOGAITIS, S.; ZWART, T. and FRASER, J.: *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 192-210.
- FYRNYS, M.: «Expanding competences by judicial lawmaking: the pilot judgment procedure of the European Court of Human Rights», VON BOGDANDY, A. and VENZKE, I. (eds.): *International judicial lawmaking: on public authority and democratic legitimation in global governance*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 329-363.
- GAY MONTALVO, E.: «El recurso de amparo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) 6/2007: el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii) (Coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 177-189.
- GERARDS, J. and TERLOUW, A.: «Solutions for the European Court of Human Rights: the amicus curiae project», FLOGAITIS, S.; ZWART, T. and FRASER, J.: *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Edward Elgar, Cheltenham 2013, pp. 158-182.
- HAIDER, D.: *The pilot-judgment procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden; Boston, 2013.
- HARMSSEN, R.: «The reform of the Convention system: institutional restructuring and the (geo-) politics of human rights», CHRISTOFFERSEN, J. and RASK MADSEN, M. (eds.): *The European Court of Human Rights between law and politics*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2011, pp.119-143.
- HENDY, J.: «Procedure in the European Court of Human Rights (with a particular focus on cases concerning trade union rights)», DORSSEMONT, F.; LÖRCHER, K. and SCHÖMANN, I. (eds.): *The European Convention on Human Rights and the employment relation*, Hart, Oxford; Portland, 2013, pp. 61-91.
- KUČERA, M.: «The role, status, duties, responsibilities and privileges of lawyers before the European Court of Human Rights», COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. (et alii): *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international des droits de l'homme: Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, pp. 749-759.
- LEACH, P.: *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.
- LÓPEZ GUERRA, L.M.: «Le protocole n.º 16 - une vraie-fausse solution?: un début de réponse», BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.): *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme: de l'ouverture au dialogue*, Pedone, Paris, 2017, pp. 365-370.
- LÖRCHER, K.: «The future of the European Court of Human Rights in the light of the Brighton Declaration», DORSSEMONT, F., LÖRCHER, K. and SCHÖMANN, I. (eds.): *The European Convention on Human Rights and the employment relation*, Hart, Oxford; Portland, 2013, pp. 93-104.
- MAHONEY, P.: «The European Court of Human Rights and its ever-growing caseload: preserving the mission of the Court while ensuring the viability of the individual petition system», FLOGAITIS, S.; ZWART, T. and FRASER, J. (eds.): *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 18-26.
- *Statement on case-overload at the European Court of Human Rights*, European Law Institute (ELI), Vienna, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «El concepto «víctima de una violación de los derechos» como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Homenaje al profesor José Antonio Escudero*, Editorial Complutense, Vol. 1, 2012, pp. 741-772.

- MENGUAL I MALLOL, A. M.: «El nou article 47 del Reglament del Tribunal i el procediment de jutge únic: filtres legítims o obstacles desmesurats», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii), (Coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 167-176.
- MONTESINOS PADILLA, C.: «La evolución del TEDH: ¿hacia dónde se dirige el modelo convencional de tutela de los Derecho Humanos?», QUERALT JIMÉNEZ, A. (coord.): *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 51-84.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: «Los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», CHICO DE LA CÁMARA, P. y GALÁN RUIZ, J. (dirs.): *La revisión de actos en materia tributaria*, Lex Nova, 2016, pp. 965-992.
- MORTE GÓMEZ, C.: *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: condiciones de admisibilidad y modificaciones recientes del procedimiento* 2a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», GARCÍA BECEDAS, G. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (dirs.): *Lecciones de Jurisdicción Social*, 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 903-932.
- NAISMITH, S.: «Exhaustion of domestic remedies: must the remedy be capable of directly addressing the Convention complaint?», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii), (Coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 157-166.
- O'BOYLE, M.: *What cases should the ECHR deal with? Filtering mechanism and admissibility criteria: Oslo meeting, 7 December 2009*, Council of Europe, Strasbourg, 2009.
- O'MEARA, N.: «Reforming the European Court of Human Rights: the impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR», ZIEGLER, K. S.; WICKS, E. and HODSON, L. (eds.): *The UK and European human rights: a strained relationship?*, Hart, Oxford; Portland, 2015, pp. 71-94.
- QUAST MERTSCH, A.: «The reform measures of ECHR Protocol No. 14 and the provisional application of treaties», FITZMAURICE, M. and MERKOURIS, P. (eds.): *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications*, Nijhoff, M., Leiden; Boston, 2013, p. 33.
- QUESADA, S.: «2010-2015: cinco años de aplicación del Protocolo n.º 14: del Protocolo n.º 11 (1998) al Protocolo n.º 14 (2010)», RAIMONDI, G. (et alii) (Eds.): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra L.*, Wolf Legal Publishers, Oosterwijk, 2018, pp. 89-103.
- «Las obligaciones del abogado ante el TEDH», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii) (Coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 137-156.
- RUILOBA ALVARIÑO, J.: «El Tribunal europeo de derechos humanos: aspectos organizativos y funcionales», SEMPRE NAVARRO, A.V. (dir.); MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (coord.): *Pronunciario de jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos humanos (1975-2009)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 103-189.
- SALINAS ALCEGA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.
- SPINOSI, P.: «La transparence de la pratique interne de la Cour européenne des droits de l'homme», TOUZÉ, S. (dir.): *La Cour européenne des droits de l'homme: une confiance nécessaire pour une autorité renforcée: actes du colloque des 19-20 novembre 2015*, Pedone, Paris, 2016, pp. 167-178.
- STOLFI, F.: *Future developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report: proceedings [of the] colloquy, San Marino, 22-23 March 2007*, Council of Europe, Strasbourg, 2007.
- TORRES PÉREZ, A.: «El pronunciamiento previo del TJUE ¿un diálogo forzado?», QUERALT JIMÉNEZ, A. (coord.): *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 85-108.

- THORARENSEN, B.: «The advisory jurisdiction of the ECtHR under protocol No.16: enhancing domestic implementation of human rights or a symbolic step?», Mjöll Arnardóttir, O. and Buyse, A. (eds.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp. 79-100.
- WILDHABER, L.: «Pilot judgments in cases of structural or systematic problems on the national level», Wolfrum, R., and Deutsch, U. (eds.): *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions*, Springer, Berlin; Heidelberg; New York, 2009, pp. 69-92.

Artículos de revistas

- ABRISKETA URIARTE, J.: «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 65, n.º 1, 2013, pp. 73-99.
- BAGLAYAN, B. and HENDRIK FAHNER, J.: ««One can always do better»: the referral procedure before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights», *Human rights law review*, vol. 17, no. 2, 2017, pp. 339-363.
- BAYONA I ROCAMORA, A.: «La impugnación de la Sentencia: posibilidades de acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista catalana de dret públic*, n.º Extra 1, 2010, pp. 475-478.
- BOLARD, G.: «La Cour européenne des droits de l'homme et les formes de procédures», *Recueil Dalloz*, 192e année, n.º 21, juin 2016, pp. 1245-1247.
- BOUAZZA ARIÑO, O.: «Condiciones de admisibilidad de las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 29, 2012.
- CACHO SÁNCHEZ, Y.: «Cómo mejorar la eficacia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las medidas propuestas por el Grupo de Sabios en su Informe de 15 de noviembre de 2006», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 12, 2007.
- CAFLISCH, L.: «La Cour européenne des droits de l'homme: un chantier permanent?», *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) = Revue de droit suisse (RDS) = Rivista di diritto svizzero = Revista da dret svizzer*, Bd. 131, [Halbbd.] 1, H. 2, 2012, pp. 159-183.
- CANO PALOMARES, G.: «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo num. 14 al CEDH», *Revista española de derecho Europeo*, nr. 42, abril-junio 2012, pp. 49-73.
- COSTA, J.P.: «Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme: avant et après Brighton», *L'observateur de Bruxelles*, n.º 89, 2012, pp. 29-34.
- CRÉPÉT DAIGREMONT, C.: «Nouvelle étape de la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme: vers une redistribution des rôles de la Cour et des Etats», *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, pp. 655-677.
- CHUECA SANCHO, A.G.: «El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 14 en junio de 2010», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 24, 2010, pp. 217-230.
- DE LONDRAS, F.: «Dual functionality and the persistent frailty of the European Court of Human Rights», *European human rights law review*, issue 1, 2013, pp. 38-46.
- DOTHAN, S.: «Judicial tactics in the European Court of Human Rights», *Chicago journal of international law*, vol. 12, no. 1, summer 2011, pp. 115-142.
- DOURNEAU-JOSETTE, P.: «Le protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention», *Actualité juridique pénal*, n.º 7-8, juil.-août 2004, pp. 283-284.
- GLAS, L.R.: «Changes in the procedural practice of the European Court of Human Rights: consequences for the Convention system and lessons to be drawn», *Human rights law review*, vol. 14, nr. 4, 2014, pp. 671-699.

- GONZALEZ, G.: «Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'homme», *La Semaine juridique: édition générale* (JCP), 86e année, nr. 19, mai 2012, pp. 943-945.
- GRAGL, P.: «(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16», *European law review*, vol. 38, nr. 2, 2013, pp. 229-247.
- GERARDS, J.: «Advisory opinions, preliminary rulings and the new Protocol no. 16 to the European Convention of Human Rights: a comparative and critical appraisal», *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 21, no. 4, 2014, pp. 630-651.
- GREER, S., WYLDE, F.: «Has the European Court of Human Rights become a «small claims tribunal» and why, if at all, does it matter?», *European human rights law review*, issue 2, 2017, pp. 145-154.
- HAECK, Y., BURBANO HERRERA, C. and ZWAAK, L.: «Non-compliance with a provisional measure automatically leads to a violation of the right of individual application... or doesn't it?: Strasbourg Court takes away any remaining doubts and broadens its pan-European protection», *European Constitutional Law Review*, vol.4, issue 1, 2008, pp. 41-63.
- HAECK, Y.: «Desperately trying to keep the Titanic afloat: the reform proposals concerning the European Convention on Human Rights after Protocol No. 14: the report of the group of wise persons - and some further proposals», *Inter-American and European human rights journal = Revista interamericana y europea de derechos humanos*, vol. 1, nr. 1, 2008, pp. 87-123.
- JACQUÉ, J.P.: «Les Cours européennes sur la voie de la réforme?», *Revue trimestrielle de droit européen*, 48e année, n.º 2, avril-juin 2012, pp. 289-293.
- KRENC, F.: «“Dire le droit”, “rendre la justice”: quelle Cour européenne des droits de l'homme?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 29e année, n.º 114, avril 2018, pp. 311-346.
- «Quelques notes dubitatives sur le Protocole n.º 16 à la Convention européenne des droits de l'homme: pour un dépassement du «dialogue des juges»», *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9, 2015-2016, pp. 411-423.
- KURBAN, D.: «Forsaking individual justice: the implications of the European Court of Human Rights' pilot judgment procedure for victims of gross and systematic violations», *Human rights law review*, vol. 16, no. 4, 2016, pp. 731-769.
- LAMBERT ABDELGAWAD, E.: «The economic crisis and the evolution of the system based on the ECHR: is there any correlation?», *European law journal*, vol. 22, nr. 1, 2016, pp. 74-91.
- «Measuring the judicial performance of the European Court of Human Rights», *International journal for court administration*, vol. 8, nr. 2, May 2017, pp. 20-29.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», *Revista de Derecho Político*, n.º 69, 2007, pp. 355-383.
- LARROUTOUROU, T.: «Le Protocole n.º 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, vol. 134, n.º 2, mars-avril 2018, pp. 475-497.
- LEACH, P.: «On reform of the European Court of Human Rights», *European human rights law review*, issue 6, 2009, pp.725-735.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: «Hacia una mayor eficacia del proceso de amparo internacional: el Protocolo n.º 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 21, 2010.
- LÓPEZ GUERRA, L.M.: «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n.º 49, 2014, pp. 11-29.
- LUCAS, K.: «Regard sur le processus de révision initié à Interlaken: entre (ré)action et inhibition», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 26e année, n.º 101, janv. 2015, pp. 65-88.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «El concepto «víctima de una violación de los derechos» como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n.º 175, enero-abril, 2008, Madrid, pp. 253-284.

- MALINVERNI, G.: «Le Protocole n.º 15 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 26e année, n.º 101, janv. 2015, pp. 51-63.
- McCORMICK, P.: ««A risk of irreparable damage»: interim measures in proceedings before the European Court of Human Rights», *Cambridge yearbook of European legal studies*, vol. 12, 2009-2010, pp. 313-336.
- MILNER, D.: «Protocols no. 15 and 16 to the European Convention and Human Rights in the context of the perennial process of reform: a long and winding road», *Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEUS)*, Jahrg. 17, H. 1, 2014, pp. 19-51.
- MORAWA, A.: «The European Court of Human Rights' rejection of petitions where the applicant has not suffered a significant disadvantage: a discussion of desirable and undesirable efforts to safeguard the operability of the Court», *Journal of transnational legal issues*, vol. 1, issue 1, Dec. 2012, pp. 1-19.
- MORTE GÓMEZ, C.: «El Protocolo n.º 14 y la Conferencia de Interlaken: ¿Soluciones mágicas al colapso del TEDH?», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 15, 2010, pp. 113-135.
- MOWBRAY, A.: «The Interlaken Declaration: the beginning of a new era for the European Court of Human Rights?», *Human rights law review*, vol. 10, no. 3, 2010, pp. 519-528.
- MÜLLER, L. F.: «The most recent development in the reform process of the control system of the European Convention on Human Rights: the Additional Protocol No. 14bis», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) = Heidelberg journal of international law (HJIL)*, Jahrg. 69, H. 2, 2009, pp. 397-402.
- NETHERLANDS INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS (SIM): «High level conference on the future of the European Court of Human Rights: Brighton Declaration», *Netherlands quarterly of human rights*, vol. 30, no. 3, Sept. 2012, pp. 349-362.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el tribunal europeo y la corte interamericana», *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 5-13.
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «El recurso de amparo y el recurso ante el TEDH: pautas de interacción», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 47, 2017, pp. 7-16.
- O'BOYLE, M. and BRADY, N.: «Investigatory powers of the European Court of Human Rights», *European human rights law review*, issue 4, 2013, pp. 378-391.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., PELLICER MOLLÁ, I. y HEREDIA ORTÍZ, P.: «¿Cómo se debe presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Economist & Jurist*, Vol. 22, n.º 178, 2014, pp. 22-30.
- PAÚL DÍAZ, A.: «Protocolo 14: Mejorando la eficiencia del tribunal europeo de derechos humanos», *Revista chilena de derecho*, Vol. 37, n.º 3, 2010, pp. 613-615.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano y procedimiento (comunicación)», *Estudios de derecho judicial*, n.º 155, 2009, pp.75-98.
- RIETIKER, D.: «The European Court of Human Rights from a comparative law viewpoint: a logical example of a «mixed jurisdiction» Court», *Cyprus human rights law review*, vol. 2, issue 1, 2013, pp. 36-52.
- RUI, J. P.: «The Interlaken, Izmir and Brighton declarations: towards a paradigm shift in the Strasbourg Court's interpretation of the European Convention of Human Rights?», *Nordic journal of human rights*, vol. 31, no. 1, 2013, pp. 28-54.
- SÁIZ ARNAIZ, A.: «De minimis non curat praetor: el «perjuicio importante» y la admisión de las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, pp. 943-959.
- SÁNCHEZ PADRÓN, J.M.: «El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución y perspectiva», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 18, 2011, pp. 167-190.
- SHELTON, D.: «Significantly disadvantaged?: Shrinking access to the European Court of Human Rights», *Human rights law review*, vol. 16, no. 2, 2016, pp. 303-322.

- TICKELL, A.: More «efficient» justice at the European Court of Human Rights: but at whose expense?, *Public law*, issue 2 (Apr. 2015), pp. 206-215.
- «Dismantling the iron-cage: the discursive persistence and legal failure of a «bureaucratic rational» construction of the admissibility decision-making of the European Court of Human Rights» *German law journal*, vol. 12, no. 10, 2011, pp. 1786-181.
- TULKENS, F.: «La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton: oublier la réforme et penser l'avenir», *Cahiers de droit européen*, n.º 3, 2012, pp. 305-343.
- «The link between manifest ill-foundedness and absence of a significant disadvantage as inadmissibility criteria for individual applications», *The Italian yearbook of international law*, vol. 20, 2010, pp. 169-179.
- UZUN-MARINKOVIĆ, A.: «Fostering domestication of human rights through the exhaustion of domestic remedies: a lesson learned from the ECtHR pilot and leading judgment procedures», *Inter-American and European human rights journal = Revista interamericana y europea de derechos humanos*, vol. 9, no. 2, 2016, pp. 334-357.
- VAN DEN EYNDE, L.: «An empirical look at the amicus curiae practice of human rights NGOs before the European Court of Human Rights», *Netherlands quarterly of human rights*, vol. 31, no. 3, Sept. 2013, pp. 271-313.
- «The litigation practices of non-governmental organizations before the European Court of Human Rights: an overview», *European yearbook on human rights*, vol. 2011, pp. 539-548.
- WALLACE, S.: «Much ado about nothing?: The pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights», *European human rights law review*, issue 1, 2011, pp. 71-81.

II. SENTENCIAS: CONTENIDO Y EFECTOS. EJECUCIÓN Y SUPERVISIÓN. MEDIDAS PROVISIONALES

Libros y capítulos de libro

- ARANGÜENA FANEGO, C.: «El cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la revisión de sentencias firmes», GARCÍA ROCA, F.J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 289-325.
- «Revisión penal y ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos», ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, A.J. (coords.): *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, 2008, pp. 338-385.
- ARANGÜENA FANEGO, C. y LANDA ARROYO, C.: «Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias», GARCÍA ROCA, F.J., CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 169-209.
- AKÇAY, D.: «The contribution of the government agent to the execution of judgments of the ECtHR [and] Discussion», *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress: a compilation of publications and documents relevant to the ongoing reform of the ECHR / prepared by the Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, pp. 425-445.
- AYALA CORAO, C.M; CANOSA USERA, R.L.: «El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos», GARCÍA ROCA, F.J. y CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 269-312.
- CABRERA MARTÍN, M.: «Las medidas provisionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis práctico con referencia a casos españoles», RAIMONDI, G. (ed.): *Human*

- rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 251-265.
- COUNCIL OF EUROPE. PARLIAMENTARY ASSEMBLY: *The implementation of judgments of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2018.
- COUNCIL OF EUROPE- COMMITTEE OF MINISTERS: *Annual Reports on the Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights*.³
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: *Dialogue entre juges: actes du séminaire 31 janvier 2014: la mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: une responsabilité judiciaire partagée?*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014.
- CASADEVALL, J.: «Medidas provisionales en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», TOUZÉ, S. (dir.): *L'abolition universelle de la peine de mort: actes du colloque des 9 et 11 octobre 2014*, Pedone, Paris, 2016, pp.105-110.
- DE ALBUQUERQUE, P.P.: «Réflexions sur le renforcement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», TOUZÉ, S. (dir.): *La Cour européenne des droits de l'homme: une confiance nécessaire pour une autorité renforcée: actes du colloque des 19-20 novembre 2015*, Pedone, Paris, 2016, pp. 217-226.
- DONALD, A. and LEACH, P.: *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- DONALD, A.: «The role of parliaments following judgments of the European Court of Human Rights», HUNT, M., HOOPER, H.J. and YOWELL, P. (eds.): *Parliaments and human rights: redressing the democratic deficit*, Hart, Oxford; Portland, 2015, pp. 59-92.
- DRZEMCZEWSKI, A.: «Recent parliamentary initiatives to ensure compliance with Strasbourg Court judgments», LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (at alii): *L'homme et le droit: en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, pp. 293-304.
- EGAN, S.: «From judgment to compliance: domestic implementation of the judgments of the Strasbourg Court», EGAN, S., THORNTON, L. and WALSH, J.: *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 years and beyond*, Bloomsbury Professional, Haywards Heath 2014, pp. 17-36.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «Las sentencias de interpretación: (Análisis comparado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», HINOJO ROJAS, M. (coord.): *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón: Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 343-374.
- FORTAS, A.C.: *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme: contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Pedone, Paris, 2015.
- GARCÍA ROCA, J. y NOGUEIRA ALCALÁ, H.: «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», GARCÍA ROCA, F.J., CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 71-132.
- GARLICKI, L.: «Judgments of the european court of human rights: (their structure, impact and authority)», GARCÍA ROCA, F.J., CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 41-67.
- GAVARA, J.C.: «L'intégration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole», SALES, M., y GAVARA, J.C. (et alii) (coords.): *El sistema multinivel de los derechos fundamentales en Europa: 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, E-ditamos, Madrid, 2011.

3 Informes publicados anualmente en francés y en inglés.

- GERARDS, J. (ed.): *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law: a comparative analysis*, Intersentia, Cambridge; Antwerp; Portland, 2014.
- GIL GIL, A.: «Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España», ELSNER, G; AMBOS, K. y MALARINO, E. (coords): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Vol. 3, Fundación Konrad-Adenauer, 2013, pp. 277-302.
- GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La transformación de los ordenamientos procesales como consecuencia de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», REVIRIEGO PICÓN, F. (coord.): *Constitución y globalización: transformaciones del estado constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2013, pp. 143-163.
- HEIKKILÄ, S.: *From final judgment to final resolution: effectiveness of the execution of judgments of the European Court of Human Rights in Finland*, Wolf Legal Publishers (WLP), Oisterwijk, 2016.
- ICHIM, O.: *Just satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- IRURZUN MONTORO, F.: «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación a la práctica española», QUERALT JIMÉNEZ, A. (coord.): *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 131-162.
- KELLER, H. and STONE SWEET, A. (ed.): *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2008.
- KRENC, F. (ed.): *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme: un référé à Strasbourg?: (Colloque, 18 mars 2011)*, Larcier, Bruxelles, 2011.
- LAMBERT ABDELGAWAD, E.: *The execution of judgments of the European Court of Human Rights 2nd ed.*, Council of Europe, Strasbourg, 2008.
- LEACH, P. (et alii): *Responding to systemic human rights violations: an analysis of «pilot judgments» of the European Court of Human Rights and their impact at national level*, Intersentia, Antwerp; Oxford; Portland, 2010.
- L'INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME: *Les mutations de l'activité du Comité des Ministres: la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par cet organe du Conseil de l'Europe: actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Anthemis, Limal; Nemesis, Bruxelles, 2012.
- MARTÍN QUERALT, J.B.: «El derecho tributario español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo», ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (coord.): *La recepción del derecho de la Unión Europea en España: derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa: LIBER AMICORUM en homenaje a Antonio Martínez Lafuente*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 93-113.
- MILIONE FUGALI, C.: ««Algo queda por hacer...» La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», GORDILLO PÉREZ, L.I. (coord.): *Constitutionalism of European Supranational Courts: recent developments and challenges*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 81-105.
- MORTE GÓMEZ, C.: «Diez años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos españoles: temas tratados, evolución, efectos», RAIMONDI, G. (et alii) (eds): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2018, pp. 281-301.
- «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 11, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, 2011, pp. 225-242.
- OTAZUA ZABALA, G.: «La recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional: El principio de publicidad en los recursos penales», GOIZUETA VÉRTIZ, J. y CIENFUEGOS MATEO, M. (dirs.) *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 189-214.

- PÉREZ SOLA, N.: «El Tribunal constitucional como juez de los derechos y la integración de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estado de la cuestión», PÉREZ TREMPES, P. (coord.): *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 793-822.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al tribunal constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008.
- RIPOL CARULLA, S.: *España en Estrasburgo: tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I (dirs.): *Armonización penal en Europa*, Gobierno Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública = Herri Ardulararitzaren Euskal Erakundea, 2013, pp. 514-546.
- RODRÍGUEZ BOENTE, S.E.: *83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: jurisprudencia que afecta a España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M.: «Reparación y supervisión de sentencias», GARCÍA ROCA, F.J., CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 211-268.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «El recurso de revisión penal y la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii) (coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 199-212.
- SALADO OSUNA, A.: «La ejecución de las sentencias indemnizatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», GARCÍA ROCA, F.J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 257-288.
- SEIBERT-FOHR, A. and VILLIGER, M.E. (eds.): *Judgments of the European Court of Human Rights: effects and implementation*, Ashgate, Baden-Baden: Nomos, 2014.
- SOBCZAK, J.: «Execution of judgments: problem of effectiveness monitoring of the execution of the ECHR judgments», COULCIL OF EUROPE-STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH): *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress: a compilation of publications and documents relevant to the ongoing reform of the ECHR*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2009, pp. 183-187.
- SUNDBERG, F.: «Effective remedies, notably in the case of unreasonable length of proceedings: recent developments in the Committee of Ministers' supervision of the execution of judgments», COULCIL OF EUROPE-STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH): *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress: a compilation of publications and documents relevant to the ongoing reform of the ECHR*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, pp. 99-100.
- «Control of execution of decisions under the European Convention on Human Rights: a perspective on democratic security, inter-governmental cooperation, unification and individual justice in Europe», ALFREDSSON, G. (et alii)(eds.): *International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden; Boston, 2009, pp. 465-485.
- SZYMCZAK, D.: «La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les Etats parties», TOUZÉ, S. (dir.): *La Cour européenne des droits de l'homme: une*

confiance nécessaire pour une autorité renforcée: actes du colloque des 19-20 novembre 2015, Pedone, Paris, 2016, pp. 123-139.

TOUZÉ, S.: «Regard critique sur l'exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. (dir.): *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international des droits de l'homme: Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, pp. 761-777.

ZANGHÌ, C.: «Evolución e innovación de los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», GARCÍA ROCA, F.J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp.199-228.

ZIEMELE, I.: *Separate opinions at the European Court of Human rights*, Riga Graduate School of Law, Riga, 2017.

Artículos

BLAY-GRABARCZYK, K.: «Un nouveau bilan encourageant dans le domaine de l'exécution des arrêts de la Cour EDH: à propos du 11e rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe», *La Semaine juridique: édition générale (JCP)*, 92e année, n.º 22, mai 2018, pp. 1043-1046.

——— «Le bilan intermédiaire des résultats obtenus dans le domaine de l'exécution des arrêts de la CEDH: à propos du 10e rapport annuel du Comité des ministres du Conseil de l'Europe», *La Semaine juridique: édition générale (JCP)*, 91e année, n.º 2, mai 2017, pp. 961-963.

BOUAZZA ARIÑO, O.: «El derecho del Consejo de Europa en la europeización del derecho público español», *Revista de administración pública*, n.º 204, 2017, pp. 103-131.

BURBANO HERRERA, C.: «Análisis Crítico de los Trabajos de la Comisión Europea y de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con el incumplimiento de las medidas provisionales - Periodo 1957-2011», *Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 7, n.º 2, 2012, pp. 190-246.

BYCHAWSKA-SINIARSKA, D.: «Why (and how) the Committee of Ministers needs to be reformed in order to enhance implementation of ECtHR judgments», *European yearbook on human rights*, vol. 2013, pp. 313-321.

CAFLISCH, L.: «New practice regarding the implementation of the judgments of the Strasbourg Court», *The Italian yearbook of international law*, vol. 15, 2005, pp. 3-23.

CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L.M.: «La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 62, n.º 1, 2010, pp. 89-117.

DE LONDRAS, F.: «Mission impossible?: Addressing non-execution through infringement proceedings in the European Court of Human Rights», *International and comparative law quarterly*, vol. 66, pt. 2, Apr. 2017, pp. 467-490.

DE MIGUEL CANUTO, E.: «Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quincena fiscal*, n.º 19, 2013, pp. 61-83.

DRZEMCZEWSKI, A.: «The Parliamentary Assembly's involvement in the supervision of the judgments of the Strasbourg Court», *Netherlands quarterly of human rights*, vol. 28, no. 2, June 2010, pp. 164-178.

FOSSAS, E.: ««Cosa interpretada» en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 82, 2, 2008, pp. 165-180.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)», *Diario La Ley*, n.º 8178, 2013.

GARCÍA SAN MARTÍN, J.: «La ejecución penal en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 36, 2015.

- GARCÍA MURCIA, J.: «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)», *Actualidad laboral*, n.º 6, 2014, p. 2.
- HELANDER CAPALBO, N.: «Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia a Uruguay y España», *Revista IIDH*, no. 55, enero-jun. 2012, pp. 207-231.
- HESS, B.: «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho procesal civil europeo», *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 14-15, 2014-2015, pp. 35-53.
- JAHN, J.: «Ruling (in)directly through individual measures? Effect and legitimacy of the ECtHR's new remedial power?», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* = *Heidelberg journal of international law (HJIL)*, Jahrg. 74, H. 1, 2014, pp. 1-39.
- KURBAN, D.: «Forsaking individual justice: the implications of the European Court of Human Rights' pilot judgment procedure for victims of gross and systematic violations», *Human rights law review*, vol. 16, no. 4, 2016, pp. 731-769.
- LAMBERT-ABDELGAWAD, E.: «Taking the implementation of ECtHR judgments seriously: right assessment, wrong approaches?», *EHRAC Bulletin*, issue 14, winter 2010, pp. 14-15.
- «The execution of the judgments of the European Court of Human Rights: towards a non-coercive and participatory model of accountability», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* = *Heidelberg journal of international law (HJIL)*, Jahrg. 69, H. 3, 2009, pp. 471-506.
- «L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 18e année, n.º 71, juil. 2007, pp. 669-705.
- LOUCAIDES, L.G.: «Reparation for violations of human rights under the European Convention and restitutio in integrum», *European human rights law review*, issue 2, 2008, pp. 182-192.
- MÉNDEZ TOJO, R.: «La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿una reforma legal necesaria?», *Diario La Ley*, n.º 8639, 2015.
- MIARA, L.: «The role of civil society in the execution of judgments of the European Court of Human Rights», *European human rights law review*, issue 5, 2012, pp. 528-537.
- MOLINER VICENTE, C.: «Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España en 2013», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 30, 2014, pp. 305-330.
- MONTESINOS PADILLA, C.: «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 10, 2016, pp. 98-113.
- MOWBRAY, A.: «An examination of the European Court of Human Rights' indication of remedial measures», *Human rights law review*, vol. 17, no. 3, 2017, pp. 451-478.
- PARASKEVA, C.: «The developing role of the European Court of Human Rights in the execution of its judgments: from declaratory judgments to indication of specific measures?», *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9 (2015-2016), 2016, pp. 425-448.
- «European Court of Human Rights: from declaratory judgments to indications of specific measures», *European human rights law review*, issue 1, 2018, pp. 46-56.
- QUESADA ALCALÁ, C.: «Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una «satisfacción equitativa» por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (Chipre contra Turquía)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 49, septiembre/diciembre, 2014, pp. 889-915.
- RIPOL CARULLA, S.: «Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, enero-abril, 2007, pp. 309-346.
- «La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 15, 2010, pp. 75-112.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Un nuevo paso en la ejecución judicial de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Diario La Ley*, n.º 8444, 2014.

- RUIZ MORALES, M.L.: «El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 21, 2017, pp. 129-160.
- SIMARRO PEDREIRA, M.: «El nuevo motivo del recurso de revisión (especial referencia en el orden jurisdiccional penal)», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 3, 2016, pp. 27-54.
- SALINAS ALCEGA, S.: «El nuevo procedimiento de control de la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 36, mayo 2015.
- SICILIANOS, L.A.: «The involvement of the European Court of Human Rights in the implementation of its judgments: recent developments under Article 46 ECHR», *Netherlands quarterly of human rights*, vol. 32, no. 3, Sep. 2014, pp. 235-262.
- SUCHKOVA, M.: «An analysis of the institutional arrangements within the Council of Europe and within certain Member States for securing the enforcement of judgments», *European human rights law review*, issue 4, 2011, pp. 448-463.
- SZKLANNA, A.: «The impact of the pilot judgment procedure of the European Court of Human Rights on the execution of its judgments», *European yearbook on human rights*, vol. 2010, pp. 223-232.
- TENORIO SÁNCHEZ, P.J.: «Influence of the European Convention of Human Rights on the interpretation of the Spanish Constitution: an European perspective», *Revista general de derecho público comparado*, n.º 7, 2010.
- TORRALBA MENDIOLA, E.C.: «Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho privado y Constitución*, n.º 21, 2007, pp. 313-330.

III. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y CONSENSO EUROPEO

Libros y capítulos de libros

- AGHA, P. (ed.): *Human rights between law and politics: the margin of appreciation in post-national contexts*, Oxford; Portland, Hart, 2017.
- ASK, B: *Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights at national level: proceedings {of the} colloquy, Stockholm, 9-10 June 2008*: Council of Europe, Strasbourg, 2008⁴.
- BESSON, S.: «L'évolution du contrôle européen: vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire», TOUZÉ, S. (dir.): *La Cour européenne des droits de l'homme: une confiance nécessaire pour une autorité renforcée: actes du colloque des 19-20 novembre 2015*, Pedone, Paris 2016, pp. 57-82.
- ÇALI, B.: «From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights», MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. and BUYSE, A. (eds.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp. 161-188.
- COSTA, J. P.: *The role of government agents in ensuring effective human rights protection: proceedings {of the} seminar, Bratislava, 3-4 April 2008*, Council of Europe, Strasbourg, 2008.
- COUNCIL OF EUROPE: *The role of government agents in ensuring effective human rights protection: proceedings {of the} seminar, Bratislava, 3-4 April 2008*, Council of Europe, Strasbourg, 2008⁵.

⁴ Versiones en inglés y en francés.

⁵ Versiones en inglés y en francés.

- COMMITTEE OF MINISTERS: *Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility: proceedings (of the) High Level Conference organised in Brussels, Belgium, 26-27 March 2015*, Council of Europe, Strasbourg, 2015⁶.
- DZEHTSIAROU, K.: *European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- DZEHTSIAROU, K.: «Interaction between the European Court of Human Rights and member states: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy», FLOGAITIS, S., ZWART T. and FRASER J. (eds.): *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Edward Elgar, Cheltenham 2013, pp. 116-134.
- ELENS-PASSOS, F.: «Le consensus européen est-il tendance?», RAIMONDI, G. (et alii) (eds.): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 5-19.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Dialogue between judges: seminar 30 January 2015. Subsidiarity: a two-sided coin?*, Council of Europe, Strasbourg, 2015⁷.
- FABBRINI, F.: *The margin of appreciation and the principle of subsidiarity: a comparison*, University of Copenhagen, Centre of Excellence for International Courts (iCourts), Copenhagen, 2015.
- FERRER MAC GREGOR, E. y QUERALT JIMÉNEZ, A.: «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?», GARCÍA ROCA, F.J. y CARMONA CUENCA, E. (coords.): *¿Hacia una globalización de los derechos? el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 133-168.
- FOLESDAL, A.: «Squaring the circle at the battle at Brighton: is the war between protecting human rights or respecting sovereignty over, or has it just begun?», MJÖLL ARNARDÓTTIR O. and BUYSE A. (eds.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp.189-204.
- GARCÍA ROCA, J.: «Criterios para la aplicación del margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el alcance del escrutinio en el amparo europeo», INST. IBEROAMERICANO D.º CONSTITUCIONAL, ASOCIACIÓN PERUANA D.º CONSTITUCIONAL, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, MAestría EN DERECHO CONSTITUCIONAL (coords.): *Memoria X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: (Lima, 16-19 de septiembre de 2009)*, Vol. 1, Tomo 1, IDEMSA, 2009, pp. 737-762.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», AGUILERA VAQUÉS, M.: *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, 2008, pp. 1951-1976.
- «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», GARCÍA ROCA F.J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 15-53.
- GONZALEZ G. (dir.): *La subsidiarité conventionnelle en question: essai de systématisation*, Anthemis, Limal; Nemesis, Bruxelles, 2016.
- HALLSTRÖM, P.: «Balance or clash of legal orders: some notes on margin of appreciation», NERGELIUS, J. and KRISTOFFERSSON, E.: *Human rights in contemporary European law*, Hart, Oxford; Portland, 2015, pp. 59-73.

6 Versiones en inglés y en francés.

7 Versiones en inglés y en francés.

- IMBERT, P. H.: «Follow-up to the Committee of Ministers' recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and the declaration on «Ensuring the effectiveness of the implementation of the ECHR at national and European level»», STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (CDDH): *Reforming the European Convention on Human Rights: a work in progress: a compilation of publications and documents relevant to the ongoing reform of the ECHR*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2009, pp. 66-73⁸.
- McGOLDRICK, D.: «Affording States a margin of appreciation: comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights», BUCKLEY, C.M., ALICE DONALD, A. and LEACH, P. (eds.): *Towards convergence in international human rights law: approaches of regional and international systems*, Brill Nijhoff, Boston, 2017, pp. 325-365.
- MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. and GUÐMUNDSDÓTTIR, D.: «Speaking the same language? Comparing judicial restraint at the ECtHR and the ECJ», MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. and BUYSE, A. (eds.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp. 161-188.
- NUSSBERGER, A.: «Subsidiarity in the control of decisions based on proportionality: an analysis on the basis of the implementation of ECtHR judgments into German law», SEIBERT-FOHR A. and VILLIGER M.E. (eds.): *Judgments of the European Court of Human Rights: effects and implementation*, Nomos; Ashgate, Baden-Baden, 2014, pp. 165-185.
- PETROVIĆ-ŠKERO, V.: *The role of Supreme Courts in the domestic implementation of the European Convention on Human Rights: proceedings {of the} regional conference, Belgrade, Serbia, 20-21 September 2007*, Council of Europe, Strasbourg, 2008⁹.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria: una visión desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 51-65.
- TOUZÉ, S. (ed): *La Cour européenne des droits de l'homme une confiance nécessaire pour une autorité renforcée : actes du colloque des 19-20 novembre 2015*, Pedone, Paris, 2016.
- SPIELMANN, D.: «Le fait, le juge et la connaissance: aux confins de la compétence interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme», D'ARGENT P. et BONAFÉ B., COMBACAU J. (cords.): *Les limites du droit international: essais en l'honneur de Joe Verboeven = The limits of international law: essays in honour of Joe Verboeven*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 519-535.
- SUDRE, F. (ed.): *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque, Montpellier, 18-19 octobre 2013*, Anthemis, Limal; Nemesis, Bruxelles, 2014.
- VAN HOOF, F.: «The stubbornness of the European Court of Human Rights' margin of appreciation doctrine», HAECK, Y. (et alii) (eds.): *The realisation of human rights: when theory meets practice: studies in honour of Leo Zwaak*, Intersentia, Cambridge; Antwerp; Portland, 2013, pp. 125-149.
- WALTON, D.: «Subsidiarity and the Brighton Declaration», SEIBERT-FOHR, A. and VILLIGER, M.E. (eds.): *Judgments of the European Court of Human Rights: effects and implementation*, Nomos; Ashgate, Baden-Baden, 2014, pp. 193-20.

Artículos de revistas

- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. A.: «Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25, 2011.

8 Versiones en inglés y en francés.

9 Versiones en inglés y en francés.

- BATES, E.: «Activism and self-restraint: the margin of appreciation's Strasbourg career— its coming of age?», *Human rights law journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 7-12, 30 Dec. 2016, pp. 261-282.
- CRÉPET DAIGREMONT, C.: «Nouvelle étape de la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme: vers une redistribution des rôles de la Cour et des Etats», *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, pp. 655-677.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: «El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 60, n.º 2, 2012, pp.133-154.
- DRAGHICI, C.: «The Strasbourg Court between European and local consensus: anti-democratic or guardian of democratic process?», *Public law*, issue 1, Jan. 2017, pp. 11-29.
- GIANOPOULOS, C.: «Subsidiarité procédurale et 16e Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme», *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9, 2015-2016, pp. 675-692.
- HARVEY, P.: «The principle of subsidiarity: a more positive approach», *Human rights law journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 7-12, 30 Dec. 2016, pp. 335-339.
- IGLESIAS VILA, M.: «Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 79, 2017, pp. 191-222.
- KUIJER, M.: «The margin-of-appreciation doctrine and the strengthening of the principle of subsidiarity in the recent reform negotiations», *Human rights law journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 7-12, 30 Dec. 2016, pp. 339-347.
- LAMBRECHT, S.: «Reforms to lessen the influence of the European Court of Human Rights», *European public law*, vol. 21, issue 2, June 2015, pp. 257-283.
- MOWBRAY, A.: «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights», *Human rights law review*, vol. 15, no. 2, 2015, pp. 313-341.
- MENA PARRAS, F.J.: «Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European court of human rights», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 29, 2015.
- NASH ROJAS, C.: «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 11, 2018, pp. 71-100.
- PASCUAL VIVES, F. J.: «El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista = The margin of appreciation in the case-law of the regional human rights courts: a consensualist approach», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 29, 2013, pp. 217-262.
- «Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 66, n.º 2, 2014, pp. 113-153.
- PASTRE-BELDA, B.: «Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 26e année, n.º 101, 1er janv. 2015, pp. 89-113.
- PREBENSEN, S.C.: «Importance of the national courts' having duly considered the Convention matter», *Human rights law journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 7-12, 30 Dec. 2016, pp. 367-372.
- RODRÍGUEZ, A.: «La mayor protección interna de los derechos de la convención europea de derechos humanos y el impacto del margen de apreciación nacional», *Revista de derecho político*, n.º 93, 2015, pp. 75-102.
- SÁNCHEZ MOLINA, P.: «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9, 2015, pp. 224-231.
- SPANO, R.: «Universality or diversity of human rights?: Strasbourg in the age of subsidiarity», *Human rights law review*, vol. 14, no. 3, 2014, pp. 487-502.

- SUDRE, F.: «La mystification du «consensus» européen», *La Semaine juridique: édition générale (JCP)*, 89e année, n.º 50, déc. 2015, pp. 2293-2299.
- TSERETELI, N. (ed.): «The margin of appreciation in Europe and beyond: special section [collection of articles]», *The international journal of human rights*, vol. 20, no. 8, 2016, pp. 1055-1131.
- VOLAND, T.: «Advisory opinions of the European Court of Human Rights: unbalancing the system of human rights protection in Europe?», *Human rights law review*, vol. 17, no. 1, 2017, pp. 73-95.

IV. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

1. A nivel europeo en general y con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Libros y capítulos de libro:

- BUSTOS GISBERT, R.: «El diálogo entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la construcción de un sistema europeo de defensa de los derechos fundamentales», GÓMEZ MARTÍN, V. (et alii), (Dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, pp. 169-178.
- «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», GARCÍA ROCA, F. J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147-168.
- BURGOGUE-LARSEN, L.: «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 1057-1088.
- «La formación de un derecho constitucional europeo a través del dialogo judicial», SAIZ ARNAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords): *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión des de América Latina y Europa*, Editorial Porrúa, México, 2012.
- DERO-BUGNY, D.: *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015.
- JIMENA QUESADA, L.: «La interacción de tribunales supremos europeos: reflexiones en homenaje a Luis López Guerra, juez constitucional europeo», Raimondi, G. (et alii) (eds.): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 389-404.
- MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales / XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 161.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: «Las relaciones entre el Tribunal de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras la entrada en vigor de la Constitución para Europa», ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (coord.): *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, 2008, pp. 325-332.
- PETKOVA, B.: «Three levels of dialogue in precedent formation at the CJEU and ECtH», PETKOVA, B., DZEHTSIAROU, K. (et alii) (Eds.): *Human rights law in Europe: the influence, overlaps and contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, Oxon, 2014, pp. 73-91.

- RAGONE, S.: «Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación», FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 415-446.
- SENDEN, H. C. K., *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, Antwerp, Belgium, 2011.

Artículos de revista

- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, 2007, pp. 327-378.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997, pp. 329-376.
- DEMURO, G., «Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos», *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 17, 2007.
- HERMIDA DEL LLANO, C., «Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 63, 2010, pp. 111-135.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores», *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, n.º 44, 2012, pp. 41-60.
- LÓPEZ GUERRA, L.M.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»», *Teoría y realidad constitucional*, ISSN 1139-5583, n.º 39, 2017, pp. 163-188.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 235-269.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 195-230.
- RAGONE, S.: «Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 16, 2011, pp. 53-90.
- REPETTO, G., «El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 20, 2013, pp. 277-236.
- RUIZ MIGUEL, C.: «Los derechos fundamentales en la encrucijada entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión», *Anuario español de derecho internacional*, n.º 34, 2018, pp. 641-673.
- SANZ CABALLERO, S., «Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Luxemburgo versus Estrasburgo, ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, 2004, pp. 117-160.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. J., «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31, 2013.

2. Con tribunales nacionales

Libros y capítulos de libro

- ALCÁZER GUIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M, y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (coords): *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ELVIRA PERALES, A.: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», PÉREZ TREMPES, P. (coord.): *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 513-524.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Dialogue between judges: proceedings of the seminar 31 January 2014: implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?*, Council of Europe, Strasbourg, 2014¹⁰.
- *Dialogue between judges: what are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?*, Council of Europe, Strasbourg, 2011¹¹.
- *Dialogue between judges: the Convention is yours*, Council of Europe, Strasbourg, 2010¹².
- GARCÍA ROCA, F.J.: «El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo», FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 219-242.
- GLAS, L. R.: *The theory, potential and practice of procedural dialogue in the European Convention on Human Rights system*, Intersentia, Cambridge; Antwerp; Portland, 2016.
- JIMENA QUESADA, L.: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad», FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 1057-1088.
- *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, L.M.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», GIMENO SENDRA, J.V. y REGUEIRO GARCÍA, M.T.: *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, pp. 21-44.
- MØSE, E.: «The ECtHR's use of decisions of domestic courts from States not involved in the case and other Council of Europe bodies», MÜLLER, A. (ed.): *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 410-418.
- O'BOYLE, M.: «The role of dialogue in the relationship between the European Court of Human Rights and national courts», HAECK, Y. (et alii) (ed.): *The realisation of human rights: when theory meets practice: studies in honour of Leo Zwaak*, Intersentia, Cambridge; Antwerp; Portland, 2013, pp. 91-105.
- PÉREZ SOLA, N.: *La defensa convencional de los derechos en España: ¿es posible el diálogo entre tribunales?*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- RIPOL CARULLA, S. (dir.); UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (coord.): *España ante los tribunales internacionales europeos: cuestiones de política judicial*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2008.

10 Versiones en inglés y francés.

11 Versiones en inglés y francés.

12 Versiones en inglés y francés.

- RINCEANU, J.: «Judicial dialogue between the European Court of Human Rights and national supreme courts», SPINELLIS, C.D. (et alii) (eds.): *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward: essays in honour of Nestor Courakis = Festschrift für Nestor Courakis = Mélanges offerts à Nestor Courakis. Volume II, Essays in English, German, French, and Italian*, Ant. N. Sakoulas, Athens, 2017, pp. 1029-1041.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales / XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 131.
- THOMASSEN, W.: «The vital relationship between the European Court of Human Rights and national courts», FLOGAITIS, S., ZWART, and T. FRASER, J. (eds.): *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 96-103.
- ULFSTEIN, G.: «The European Court of Human Rights AND NATIONAL COURTS: A CONSTITUTIONAL RELATIONSHIP?», MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. and BUYSE, A. (ed.): *Shifting centres of gravity in human rights protection: rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*, Routledge, Abingdon; Oxon; New York, 2016, pp. 46-58.

Artículos de revistas

- BIAVATI, P.: «La protección de los Derechos Humanos en Europa: relaciones entre los Tribunales supranacionales y los Tribunales Constitucionales de los Estados», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28, 2012.
- CARRILLO, M.: «Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de derechos», *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, n.º 20, 2017, pp. 47-77.
- DZEHTSIAROU, K. and O'MEARA, N.: «Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?», *Legal studies*, 2014, pp. 1-25.
- GARCÍA ROCA, F.J.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 183-224.
- GLAS, L.R.: «Dialogue in the European Convention on Human Rights system: inspiration, added-value and means = Dialogue dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme : origines, valeur ajoutée et moyens», *Journal européen des droits de l'homme = European journal of human rights*, n.º 3, juin 2015, pp. 247-277.
- JIMENA QUESADA, L.: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad», *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 15, 2010, pp. 41-74.
- KONDYLIS, V.: «Formes de coopération et de dialogue des juges nationaux avec les juges européens: de l'«antidosis» des qualités à la «circumincension»», *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9, 2015-2016, pp. 369-398.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «Dialogues between the Strasbourg Court and national courts», MÜLLER, A. (ed.): *Judicial dialogue and human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 401-409.
- «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 32, 2013, pp. 139-158.
- RIPOL CARULLA, S.: «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 66, n.º 1, 2014, pp. 11-53.

ROZAKIS, C.: «The dialogue between the European Court of Human Rights and national courts», *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9 (2015-2016), 2017, pp. 81-84.

3. Con la Corte Interamericana

Libros y capítulos de libro

CANO PALOMARES, G.: «Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», REVENGA SÁNCHEZ, M. y CUENCA GÓMEZ, P. (eds.): *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid 2015, pp.47-71.

DÍAZ CREGO, M.: «El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 75, 2015, pp. 31-56.

GARCÍA ROCA, F.J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.; SANTOLAYA MACHETTI, P. y RAÚL CANOSA USERA (Coords.): *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

GARRO VARGAS, A.: «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 1147-1182.

KAI AMBOS, M. L. B.: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?», FERRER MAC GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A.: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 1057-1088.

LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ ARNÁIZ, A. (ed.): *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Wolf Legal Publishers (WLP), Oisterwijk, 2015.

Artículos de revistas

CAMARILLO GOVEA, L.A.: «Convergencias y Divergencias entre los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Vol. 19, n.º 37, 2016, pp. 67-84.

GARRO VARGAS, A.: «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 20, 2009.

GROPPI, T. y LECIS COCCO-ORTU, A.M.: «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», *Revista de derecho político*, n.º 91, 2014, pp. 185-230.

LIAKOPOULOS, D.: «Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 248-305.

4. Con otras instituciones

Libros y capítulos de libro

- JIMENA QUESADA, L.: «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», LÓPEZ GUERRA, L. (et alii) (Coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro: en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.119-133.
- KOVÁCS, P.: «Références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans la pratique de la Cour pénal internationale», COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. (dir.): *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international des droits de l'homme: Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris 2017, pp. 245-261.
- PASTOR VILANOVA, P.: «L'improbable dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des États-Unis», RAIMONDI, G. (et alii) (eds): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 441-454.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «Estrasburgo en Buenos Aires: citas irrelevantes y omisiones sobresalientes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para justificar el incumplimiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de una sentencia de la Corte Interamericana», RAIMONDI, G. (et alii) (Eds): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2018, pp. 455-482.
- UBEDA DE TORRES, A.: «El diálogo entre la Comisión de Venecia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», RAIMONDI, G. (et alii) (Eds): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 499-513.

Artículos de revistas

- CHATTON, G.T.: «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Septiembre-Diciembre 2008, pp. 273-310.

V. REVISTAS JURÍDICAS QUE INCLUYEN PERIÓDICAMENTE CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

A continuación, algunas de las revistas jurídicas en las que se pueden encontrar periódicamente secciones dedicadas a comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia del TEDH:

- Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. En la sección anual titulada «Jurisprudencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».
- European public law*, Kluwer Law International. Desde 1997, en la sección titulada «European Court of Human Rights».
- Human Rights Law Journal*, N.P. Engel. En la sección titulada «DECISIONS and reports»- European Court of Human Rights».
- Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Desde 2005, n.º 168, en la sección titulada «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (autor: BOUAZZA ARIÑO, O.).

Revista de Derecho Comunitario Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. En la sección titulada «Crónica de jurisprudencia Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos» (Autora: CABRERA MARTÍN, M.).

Revista de justicia administrativa, Lex Nova. Hasta 2013, en la sección titulada «Derechos fundamentales y libertades públicas».

Revista española de derecho administrativo, Aranzadi. Desde el 2014 (n.º 164), en la sección titulada «derechos fundamentales».

Revista española de derecho europeo, Aranzadi. En la sección titulada «Comentarios de jurisprudencia».

Revista europea de derechos fundamentales, Universidad Rey Juan Carlos: Instituto de Derecho Público. En la sección titulada «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Revista española de derecho financiero, Civitas. Desde 2007, en la sección «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (Autora: MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.).

* * *

Title: European Court of Human Rights: mutations and challenges. Bibliographic Repertory (2007-2018)

Abstract: The present repertoire gathers a selection of various doctrinal contributions (books, chapters and papers) on the European Court of Human Rights which have been published in the last decade. They are a reflection of some of the challenges that the Court has lately faced, and they tackle issues as its organization, the procedure and access to its jurisdiction, the enforcement of its judgments and their impact, its dialogue with other courts, and some principles or concepts guiding its practice, such as the margin of appreciation, consensus and subsidiarity.

Resumen: El presente repertorio ofrece una selección de obras bibliográficas (libros, capítulos de libro y artículos de revistas) sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicadas desde hace algo más de una década. Estos trabajos reflejan algunos de los desafíos a los que se ha enfrentado el Tribunal en los últimos tiempos, y se centran en temas como la organización de la institución y el procedimiento que ante la misma se sustancia, la ejecución y los efectos de sus sentencias, su interacción o diálogo con otros tribunales, o ciertos principios y conceptos que orientan su actuación, como son la subsidiariedad, el consenso y el margen de apreciación nacional.

Key words: European Court of Human Rights, reform, procedure, remedial measures, enforcement of judgments, impact, margin of appreciation, consensus, subsidiarity, judicial dialogue, repertory.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reforma, procedimiento, reparación, ejecución de sentencias, impacto, margen de apreciación nacional, consenso, subsidiariedad, diálogo judicial, repertorio.

FECHA DE RECEPCIÓN: 16.07.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.09.2018

RECENSIONES

LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL I MALLOL, A.M., CANO PALOMARES, G., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

No es infrecuente que una obra que pretende rendir tributo a la figura de quien de algún modo ha destacado en su ámbito, comience precisamente incidiendo en las virtudes del homenajeado. Así ocurre con el libro dedicado a Josep Casadevall quien, a título del Principado de Andorra, fue juez del TEDH durante casi dos décadas, teniendo por ello la posibilidad de vivir y participar en las importantes transformaciones del sistema europeo a raíz de la entrada en vigor de los Protocolos 11 y 14. Su firme compromiso con el efectivo cumplimiento del Convenio de Roma en el sentido más favorable a quienes alegan haber sido víctimas de su contravención, así como su férrea defensa de la demanda individual frente a la senda restrictiva inaugurada por la Conferencia de Interlaken en 2010, son de este modo aspectos a los que los más de treinta autores que participan en esta obra colectiva se refieren en reiteradas ocasiones. Así lo hacen, por ejemplo, M. Fischbach y J. Dallerès Codina, a cuyos testimonios da respaldo P. Pastor Vilanova con una contribución que, partiendo de la importancia de los votos disidentes para facilitar el reexamen ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, analiza los emitidos por el juez Casadevall en Sentencias de tanta relevancia como las dictadas en los asuntos *Ilhan c. Turquía*, *Huber c. Francia*, *Chapman c. Reino Unido* o *Kudla c. Polonia*.

A la trascendencia de las opiniones separadas del juez Casadevall se refiere también J. Silvis, centrándose en este caso en el voto concurrente suscrito en el asunto *Salduz c. Turquía*, en el que se apartó, conjuntamente con el

juez Zagrebelsky, de una interpretación considerada excesivamente restrictiva del derecho a la asistencia letrada *ex art. 6 CEDH*. Estos votos marcaron, desde luego, el inicio de un cambio de jurisprudencia. Y en un contexto jurídicamente interconectado, en el marco de la frecuentemente explorada protección multi-nivel de los derechos, tanto la jurisprudencia europea como la admisión de las demandas por el Tribunal de Estrasburgo condicionan el análisis del acceso a la justicia constitucional en países que, como Andorra o España, disponen de un recurso de garantía de los derechos y libertades fundamentales ante el más alto de sus órganos jurisdiccionales. A fundamentar esta ligazón y a analizar la tutela jurisdiccional de los derechos en Andorra y el carácter subsidiario del correspondiente recurso de amparo, se encauza la aportación de la profesora L. Burgogue-Larsen, mientras que el Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional español, E. Gay Montalvo, aborda las implicaciones que, en las relaciones entre los sistemas de garantía nacional y europeo, ha tenido el refuerzo de la dimensión objetiva de nuestro amparo constitucional tras la polémica reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Andorra y su relación con los derechos humanos ocupan también las páginas que el actual Director del Departamento de Asuntos Bilaterales y Consulares, J. Forner Rovira, dedica al juez Casadevall, cuyo papel para la adhesión al Consejo de Europa es puesto de relieve en muchas de las contribuciones a la obra que aquí se recensiona. Así lo evidencia,

por ejemplo, la Ex Directora de la División de Investigación del TEDH, M. Enrich Mas, quien nos relata el proceso de anexión del país de origen de nuestro homenajeado desde el nombramiento de Cucó y Potillon para visitar el Principado a finales de la década de los ochenta, hasta la ratificación del CEDH en enero de 1996, destacando la labor ejercida por Casadevall en la adaptación del orden jurídico interno a la Constitución de 1993 y en la efectiva defensa de los derechos con su posterior incorporación al TEDH. Por su parte, M. Tsirli nos imbuje en el contenido de una de las resoluciones que, dictadas contra el Principado, han suscitado mayor interés y controversia en la comunidad jurídica. La Sentencia en el asunto *Puncernau* es, desde luego, meritoria de especial atención, pues en la misma el TEDH apreció una discriminación injustificada en materia de derechos sucesorios fundada en la forma de filiación (adopción), concluyendo con ello la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 8 CEDH. El interés radica en el análisis de un litigio de naturaleza eminentemente privada, mientras que la controversia, como destaca Tsirli, gira en torno a la afectación de los principios de autonomía de la voluntad del testador y de subsidiariedad, así como al reconocimiento del efecto horizontal de la prohibición de la discriminación.

Pero además de ensalzar las contribuciones del juez homenajeado a la efectiva protección de los derechos dentro y fuera del territorio andorrano, un tributo como el que aquí se presenta, que pretende mostrarnos una visión de la jurisdicción de Estrasburgo «desde dentro», sería miope de no abarcar cuestiones de tanta relevancia como todas aquellas que tienen que ver con su organización y régimen de funcionamiento, la aplicación de su jurisprudencia y sus perspectivas de futuro. Y en lo que a la organización del TEDH respecta, el antiguo Presidente J.-P. Costa comienza recordándonos que las exigencias de independencia y capacidad que deben regir cualquier proceso selectivo de los miembros de cualquier sistema judicial, dadas las especiales necesidades de credibilidad y autoridad, son más exigentes en el caso de las jurisdicciones internacionales. A este respecto, el Ex Presidente nos advierte sobre la originalidad del sistema de designación de los jueces de

Estrasburgo, destacando el esfuerzo de la Asamblea Parlamentaria en el análisis de los CV de la terna de candidatos presentada por los Estados y el valor añadido que supuso la creación del Panel de expertos en 2010, pero llamando igualmente la atención sobre el necesario empeño a nivel nacional por reforzar la transparencia y calidad de los procedimientos de selección de sus candidatos. Las críticas son de sobra conocidas, y ejemplos próximos en el tiempo y en el espacio, no nos faltan.

A la designación de jueces se dedica también la aportación del profesor L. López Guerra, pero en este caso incidiendo en la figura del no siempre bien llamado «juez nacional». Proporcionar una suerte de contrapeso frente a la limitación de la soberanía nacional resultante del sometimiento de un Estado a la jurisdicción de un Tribunal internacional es, sin duda, uno de los principales argumentos que se han utilizado tradicionalmente para justificar su presencia. Pero como subraya el antiguo juez español, ni el CEDH ni sus Protocolos exigen que los candidatos de los Estados sean nacionales. Así, si bien su presencia no es imprescindible, la misma no deja de estar justificada en razón del elevado número de Estados miembros, la disparidad de ordenamientos, la multiplicidad lingüística y el gran número de casos recibidos. Y si se trata de abordar el buen funcionamiento de la jurisdicción de Estrasburgo, el papel del abogado resulta igualmente relevante, pues como advierte S. Quesada Polo, si bien con objeto de flexibilizar el planteamiento de la demanda individual ante el TEDH la representación legal no es requerida en las primeras fases del procedimiento, su intervención se impone desde el momento en que aquella pueda ser comunicada al Ejecutivo nacional correspondiente. Además de revisar los requisitos para actuar como tal y las obligaciones del abogado ante la jurisdicción de Estrasburgo, el Ex Secretario de Sección subraya la inexistencia de un código de conducta profesional, apuntando además que la posibilidad de dispensar de su asistencia durante las primeras fases del procedimiento sigue siendo controvertida por ser considerada como una de las muchas y diversas causas con las que tradicionalmente se ha explicado la ya no tan peligrosa sobrecarga de trabajo del Alto Tribunal europeo.

A este exceso de trabajo y a la consecuente acumulación de demandas, en torno a las que se articula un debate que se prolonga ya por más de una década, subyace un mal aplicado principio de subsidiariedad. Y la subsidiariedad de la jurisdicción de Estrasburgo tiene su reflejo, entre otros requerimientos procesales, en la exigencia del previo agotamiento de los recursos internos. A este requisito se refiere precisamente el trabajo de S. Naismith, quien tras recordar el desarrollo jurisprudencial de esta exigencia de admisibilidad, sistematizada por la Gran Sala en su Sentencia en el asunto *Vučković y otros c. Serbia*, subraya algunas complejidades técnicas de relevancia en relación a su lógica conexión con el cumplimiento del plazo preceptivo para la presentación de la demanda. Así, Naismith profundiza tanto en los supuestos en los que un determinado recurso doméstico puede ser formalmente válido, pero insuficiente e ineficaz en la práctica, como en aquellos en los que esta carga procesal puede colisionar con la jurisprudencia interna sobre el estatuto de la víctima, muy especialmente en relación con aquellas demandas interpuestas ante el TEDH con carácter previo a la declaración de una condena firme por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los requisitos de admisibilidad son del mismo modo abordados por la letrada A.M. Mengual i Mallol, que centra su contribución en el controvertido art. 47 del Reglamento del TEDH y la consiguiente supresión, tras la reforma de 2014, de la posibilidad de interrumpir el plazo para la presentación mediante el envío de una carta informal. Advirtiendo sobre el consecuente incremento del número de demandas que no son remitidas a una formación jurisdiccional, Mengual i Mallol nos recuerda que, adicionalmente y una vez verificado el cumplimiento del mencionado precepto reglamentario, la demanda es trasladada a la formación del juez único, que será quien en la mayoría de los casos determine su admisibilidad o inadmisibilidad, valiéndose en el último de estos casos de una decisión que se limitará a anunciar el incumplimiento de los requisitos impuestos *ex arts. 34 y 35 CEDH*. Las críticas no son difíciles de adivinar, y como señala la autora, los participantes en la Conferencia de Bruselas de marzo de 2015, celebraron justificadamente la

intención del Tribunal de Estrasburgo de imponer al juez único la obligación de motivar brevemente sus decisiones. Pero siendo cierto que la productividad del TEDH depende en buena medida de la mayor o menor flexibilidad en la admisión de las demandas, no lo es menos que la ejecución de sus sentencias por los Estados miembros juega un papel de igual relevancia. Y como es bien sabido, esta cuestión ha sido especialmente problemática en el caso de España.

El debate sobre la reapertura de procedimientos judiciales internos en nuestro país en respuesta a una condena procedente de Estrasburgo comenzó a vislumbrar una solución final con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2014. A la confirmación de la viabilidad del recurso de revisión penal a tales efectos le siguieron dos autos que autorizaron su planteamiento en relación con las SSTEDH en los asuntos *Almenara Álvarez y Vilanova Goterris y Llop García*, así como las correspondientes sentencias estimatorias, que anularon las respectivas resoluciones dictadas en los procedimientos judiciales domésticos que dieron origen a la correspondiente vulneración del Convenio de Roma. Aunque, como apunta el profesor A. Saiz Arnaiz, el mencionado Acuerdo actuó como una verdadera reforma legislativa, lo cierto es que las posteriores modificaciones de nuestras leyes procedimentales confirmando la utilización del recurso de revisión con tal objetivo han supuesto un avance significativo, al menos en términos de seguridad jurídica. Evidentemente, predecir el futuro no es una de las capacidades exigidas a quienes ostentan funciones de cualquier tipo en la jurisdicción estrasburguesa. No seré así yo quien reproche al antiguo juez *ad hoc*, la ausencia en su contribución de una referencia a la posterior reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las subsiguientes modificaciones en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo que, en el momento de publicación de esta obra, no podían constituir más que un desiderátum, plenamente compartido, dicho sea de paso, por quien ahora redacta esta recensión.

En todo caso, y como creo que ya a nadie escapa, los Estados están llamados a asumir (prioritariamente, de hecho) su parte de

responsabilidad en el respeto y la efectiva protección de los derechos humanos. Y en esta responsabilidad compartida incide A. Campos, quien profundiza en el asunto *Torregiani* para ilustrar su trascendencia en cuanto a la ejecución de las sentencias y la aplicación interna por los tribunales domésticos de la jurisprudencia europea. La difusión de la doctrina de Estrasburgo reviste así una evidente función preventiva, a la cual contribuyen de forma muy destacada muchos de los autores que participan en esta obra en homenaje al juez andorrano. Es el caso, por ejemplo, de M. O'Boyle, quien nos recuerda que ya desde el asunto *McCann y otros c. Reino Unido*, el Alto Tribunal europeo ha vindicado la obligación de las autoridades nacionales de conducir una investigación oficial efectiva en los supuestos de denuncias de violaciones del derecho a la vida. Esta dimensión procedimental del art. 2 CEDH se ha ido delimitando en cuanto a su contenido, de forma casuística. El estudio jurisprudencial del Ex Secretario Ajunto del TEDH discurre de este modo entre los principales pronunciamientos del Tribunal al que sirvió durante casi una década, que hoy nos permiten identificar la eficacia de dicha investigación con su apertura *ex officio*, su independencia y adecuación al caso concreto, su celeridad y su sometimiento al escrutinio público. Y dado que, como sabemos, esta obligación de investigar es extrapolable a la la prohibición de las torturas y las penas y tratos inhumanos o degradantes, podemos ya aquí remitirnos al trabajo de la letrada C. Morte Gómez, quien profundiza en la delimitación de aquellos requisitos a través del análisis de algunas sentencias dictadas contra España con motivo de la violación de la dimensión procesal del art. 3 CEDH, en las que no son infrecuentes las referencias a los informes del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas.

Igual de valiosa es la contribución del antiguo juez D. Popovic, quien nos aproxima a la jurisprudencia relativa a las obligaciones nacionales frente a supuestos de ilegítima interferencia en el derecho de propiedad. La competencia temporal de la jurisdicción de Estrasburgo, el margen de apreciación de los Estados en el desarrollo legislativo en materia de restituciones y la concurrencia de un

«interés de propiedad» son los puntales sobre los que se asientan las sentencias cabecera abordadas por el juez serbio, como las dictadas en los asuntos *Maria Atanasiu y otros c. Rumanía*, relativa a la nacionalización de edificios de Bucarest en 1950 y *Malbous c. República Checa*, con origen en la expropiación de tierras agrícolas en la década de los cuarenta. Por su parte, M. Cabrera Martín y E. Casero Cañas centran su atención en el desarrollo del concepto de «queja defendible» como requisito para poder exigir la suspensión del procedimiento de expulsión de extranjeros. En este caso, el análisis de sentencias como las dictadas en los asuntos *A.C. y otros c. España* o *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, las autoras nos demuestran como el art. 13 CEDH exige que los recursos internos contra órdenes de expulsión tengan eficacia suspensiva en los casos en los que su queja sea defendible en relación con los arts. 2 y 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo 4. A la jurisprudencia sobre otros derechos, como las libertades de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación o el derecho de participación política, se refiere finalmente F. Elens-Passos, pero en este caso con el objetivo de demostrarnos que la cláusula democrática es utilizada por el Alto Tribunal europeo como referente exegético y como criterio de restricción. Pero la trascendencia del conocimiento de las resoluciones de Estrasburgo a efectos de garantizar el efectivo cumplimiento del Convenio de Roma y de evitar la llegada a la jurisdicción europea de demandas que hubieran podido ser abordadas satisfactoriamente por los tribunales domésticos a través de su correcta aplicación, es extensible a lo que E. Myjer y P. Kempees identifican como la jurisprudencia negativa del TEDH. Partiendo de la emblemática Sentencia en el asunto *Schidler c. Países Bajos*, los autores nos muestran así cómo incluso las decisiones que declaran una demanda manifiestamente infundada pueden contribuir al desarrollo de la doctrina del Alto Tribunal europeo.

El conocimiento de la jurisprudencia del TEDH es, como nos advierte V. Aeby, otra forma más de asegurar la sostenibilidad de las demandas individuales. Su difusión facilita el conocimiento por los Estados de sus obligaciones de cara al efectivo cumplimiento del

Convenio de Roma. Al revestir la autoridad de cosa interpretada, las sentencias del TEDH asumen una función normativa. De este modo, su diseminación a nivel interno ha ocupado un lugar central en el marco del ya referido debate sobre el futuro del Tribunal de Estrasburgo, siendo por ello de especial relevancia la labor de publicitación que lleva a cabo el propio Consejo de Europa y que Aebly nos muestra en detalle a través de su contribución en esta obra en homenaje al juez Casadevall. Y es que, como advierte G. Cano Palomares, el sistema del CEDH es un sistema de creación eminentemente jurisprudencial, siendo precisamente por ello que resulta esencial una cierta coherencia interna en la interpretación del Convenio de Roma y sus Protocolos, pues sin la misma la igualdad entre ciudadanos y Estados, la seguridad jurídica, la previsibilidad y la unidad interna del sistema, estarían en peligro. La importancia de dicha coherencia es lo que lleva al letrado Cano Palomares a presentarnos los diversos mecanismos (convencionales y reglamentarios) de los que dispone el sistema de Estrasburgo para garantizarla.

Las cuestiones hasta ahora mencionadas, de un modo u otro, con mayor o menor intensidad, acaban por redirigirnos a una reflexión sobre el lugar que, en el contexto internacional, ocupa el TEDH. Este es precisamente el hilo conductor de la última parte de la obra coordinada por López Guerra, Morte Gómez, Mengual i Mallol y Cano Palomares, que inaugura el Ex Presidente L. Wildhaber con un interesante trabajo sobre el incumplimiento del Derecho internacional en la celebración, en marzo de 2014, del plebiscito sobre la anexión de Crimea a Rusia. Más específicamente, tras recordar las condiciones que delimitan la validez de un referéndum de autodeterminación, el Ex Presidente Wildhaber fundamenta la infracción de la prohibición del uso de la fuerza y del principio de integridad territorial de Ucrania, apuntando hacia la responsabilidad internacional de Rusia como consecuencia del apoyo logístico a las revueltas tras la huida del Presidente Janukowitsch. Tras calificar los hechos acontecidos en Crimea y en el este de Ucrania (manifestaciones de febrero y marzo de 2014 y consiguiente votación sobre la proclamación de la independencia de Donezk

—Luhansk—) como «expediciones coloniales de saqueo» (*colonialist looting expedition*), Wildhaber nos remite al debate sobre el fin del uso de la guerra como instrumento de política estatal, subrayando sus limitadas expectativas respecto a las aportaciones que a tal fin pueda suponer el CEDH. Pesimismo que se concreta respecto de la eficacia de las sentencias del Alto Tribunal europeo frente a una Ucrania empobrecida y una Rusia que, en opinión del destacado jurista, demuestra un desprecio manifiesto por el Derecho internacional.

La situación vivida en Ucrania y sus consecuencias en términos de derechos humanos son igualmente consideradas por A. Austin y G. Nuridzhanian, asesores del Panel internacional creado por el Secretario General del Consejo de Europa para supervisar las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades ucranianas sobre los incidentes en Kyiv, acaecidos durante las manifestaciones de Maidan entre noviembre de 2013 y febrero de 2014. Precisamente esta vinculación a la actividad investigadora, ese papel de fiscalización de las pesquisas llevadas a cabo por las autoridades nacionales y su evaluación de conformidad con los estándares internacionales, es lo que lleva a los autores a atribuir al mencionado Panel un valor añadido respecto de la plétora de herramientas de justicia transicional disponibles, cuya eficacia depende, destacan en reiteradas ocasiones los autores, de la efectiva implementación de sus informes.

Pero el lugar que el Tribunal de Estrasburgo puede llegar a ocupar en la arena internacional depende, en buena medida, del impacto de sus decisiones más allá de las circunstancias individuales de cada caso. Así nos lo muestra I. Ziemele, quien propone su consideración como un actor de relevancia en el marco de los procesos de toma de decisiones (*international decision-maker*). Este enfoque nos reconduce al debate sobre la aproximación al Tribunal de Estrasburgo desde dos perspectivas, la internacionalista y la constitucionalista. Ziemele se decanta por la primera, advirtiéndonos que apostar por las raíces internacionales del TEDH es hacerlo por el ejercicio de sus funciones dentro de los límites que le marca el orden jurídico en el que se inserta, que no es otro que el que los Estados han delimitado.

Ahora bien y sin dejar de remitirse a los desafíos a los que se enfrenta una potencial concepción constitucionalista, este autor no obvia una realidad que hoy afronta cualquier jurista. El Estado no es ya el único actor implicado en la elaboración del Derecho. Y desde hace tiempo el TEDH se enfrenta al desafío de cohonestar su actividad con un orden internacional fragmentado.

Aprovechando precisamente lo extenso de los límites del contexto internacional, el Presidente del Tribunal de Estrasburgo, G. Raimondi, nos invita a volver la mirada hacia el otro lado del Atlántico para profundizar en la reflexión sobre la forma en que el Alto Tribunal europeo protege los llamados «derechos de segunda generación» en un momento de especial fragilidad del Estado social frente a las políticas neoliberales que, se argumenta, pretenden precisamente dar respuesta a los desafíos a los que la globalización nos aboca. Reconociendo que tanto el TEDH como la Corte Interamericana basan la protección de los derechos sociales en su interpretación como una extensión de los civiles y políticos, Raimondi advierte sobre dos herramientas de especial valor en el contexto de la Organización de Estados Americanos: el art. 26 del Pacto de San José y el propio Protocolo de San Salvador. La obligación de progresividad del mencionado art. 26 y el reconocimiento de su justiciabilidad en la Sentencia en asunto *Acevedo Buendía* representan un incuestionable avance respecto de la «protección clásica» de los derechos sociales como extensión de los políticos y civiles, ya sean estos sustantivos o procedimentales, cuya práctica por ambos Tribunales internacionales es abordada en un interesante ejercicio de Derecho comparado por el antiguo Vicepresidente del TEDH.

Efectivamente, el recurso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como posible referencia para seguir avanzando en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto europeo, puede resultar de especial utilidad. No es ya ninguna novedad que no son pocos los ámbitos en los que el Sistema Interamericano parece, por decirlo de alguna manera, haber superado al de Estrasburgo. Sin embargo, para que dicha remisión constituya una herramienta verdaderamente provechosa se impone, no

podía ser de otra manera, un análisis crítico de la tutela de estos derechos en el marco del Consejo de Europa. Por ello hemos relegado a esta parte de la recensión el comentario del profesor L. Jimena Quesada, quien incide especialmente en las incongruencias que para la indivisibilidad de los derechos representa el desequilibrio entre la exigencia de la ratificación del Convenio de Roma y la voluntariedad de la adhesión a la Carta Social Europea y a su Protocolo sobre reclamaciones colectivas. Estas insostenibles asimetrías resultan, no obstante, matizadas en la práctica, en gran medida a raíz de la convergencia textual del CEDH y la Carta Social. Aunque sin obviar sus limitaciones, el autor subraya así la importante labor del TEDH en la materia a través de la aplicación de la mencionada técnica de la conexión y del principio de no discriminación. Y ello sin olvidar el frecuente uso de la jurisprudencia de Estrasburgo por parte del Comité de Derechos Sociales, y viceversa. Pero si bien es cierto que el Convenio de Roma no incorpora, como lo hace la Convención Americana, una cláusula de progresividad, no podemos olvidar que, como lo señaló el propio juez Casadevall en su voto parcialmente disidente al sunto *Gorou c. Grecia*, una de las características fundamentales de la jurisprudencia del TEDH es precisamente la de la no regresividad. A esta cuestión se refiere expresamente el Ex Presidente D. Spielmann, quien nos advierte sobre la influencia que este principio tiene sobre el de la interpretación evolutiva del CEDH y sus Protocolos.

Al referirnos a las relaciones entre ambos tribunales, el europeo y el interamericano, es difícil evitar pensar en el ya no tan novedoso diálogo judicial. El concepto del diálogo entre tribunales y las razones que lo sustentan no resultan ya ajenos a quienes, por una razón u otra, nos encontramos imbuidos en el pantanoso terreno de la protección jurisdiccional de los derechos humanos. Sin embargo, el discurso teórico debería siempre ir de la mano de la ejemplificación práctica. Y de ello parece ser plenamente consciente la jueza I. Motoc, quien nos muestra cómo las razones subyacentes al diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal Constitucional de Rumanía han evolucionado desde la inicial ausencia de una consolidada doctrina en materia constitucional a nivel interno, hasta un

progresivo reconocimiento del valor de las decisiones del Alto Tribunal rumano por el TEDH. Pero el diálogo puede (y debe) entablarse también entre jurisdicciones internacionales y entre estas y tribunales supranacionales. Al proceso de *cross-fertilization* entre los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo se refieren de hecho los jueces Fura y Maruste, quienes sin embargo consideran esta práctica como una solución transitoria frente a un necesario avance hacia la futura consolidación de una única jurisdicción europea en materia de derechos humanos. Y la bien conocida disputa entre ambos tribunales por la última palabra en este ámbito, encontró posiblemente una de sus más evidentes manifestaciones en el Dictamen 1/2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proyecto de adhesión al Convenio de Roma, al que dedica su atención el profesor J. Saura Estapà.

Demostrando una capacidad de síntesis digna de aclamación, el actual tesoro del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña pone sobre el tapete los argumentos que, desde la lógica del funcionamiento del sistema de Estrasburgo permiten, cuanto menos, cuestionar las draconianas condiciones a las que el Tribunal de Luxemburgo ha condicionado el acceso de la Unión Europea al CEDH. Frente a algunos requisitos técnicamente superables, estipulaciones como las relativas al veto a las demandas interestatales y al mecanismo de las opiniones consultivas del Protocolo 16 o al rechazo de la posibilidad de imputar a un Estado, por la vía del mecanismo del co-demandado, responsabilidad respecto de una disposición del CEDH en cuanto a la que se hubiera formulado una reserva, efectivamente ponen en entredicho la dinámica de funcionamiento del sistema del Consejo de Europa, así como desvirtúan el espíritu que subyace al ya longevo afán por formalizar el sometimiento de la actividad de las instituciones comunitarias al control externo de la jurisdicción de Estrasburgo.

En todo caso, teorizar sobre el lugar que en un futuro ocupará el TEDH en la arena internacional implica necesariamente retomar la disyuntiva «justicia individual/constitucional» que desde hace años, incluso antes de la entrada en vigor del Protocolo 11, ha vertebrado los debates en torno a la ya en tantas ocasiones mencionada sobrecarga de la jurisdicción de Estrasburgo.

Desde mi experiencia como investigadora, me atrevería a afirmar que el posicionamiento frente a esta disyuntiva viene condicionado, al menos en la mayoría de los casos, por el lugar que respecto del propio TEDH ocupa quien se posiciona. El anhelo de quienes siquiera hemos transitado por la estrasburguesa *Allée des Droits de l'Homme* confronta con el pragmatismo de quienes, como los jueces Fura y Maruste, se enfrentaron con una realidad inmanejable que, en su opinión, despojaba de todo sentido el continuo tratamiento de casos repetitivos en tanto que difícilmente compatible con el principio de subsidiaridad. Y el refuerzo de este principio ha sido precisamente, como nos advierten E. Fribergh y R. Lidell, la vía a través de la que la maquinaria del Consejo de Europa se ha ido adaptando a unas circunstancias cambiantes. Tras un breve repaso por los motivos y las modificaciones acaecidas con la entrada en vigor del Protocolo 11, la contribución de Fribergh y Lidell cierra esta obra en homenaje al juez Casadevall incidiendo en las principales reformas introducidas por el Protocolo 14 y las simultáneas modificaciones del Reglamento del TEDH para advertirnos que, tal y como han demostrado los Protocolos 15 y 16, la estrategia para garantizar la supervivencia del Tribunal de Estrasburgo ha ido cambiando a medida que se han podido apreciar importantes mejoras en los índices de productividad. Mi deseo es que así sea. Los efectos de restringir el acceso al principal garante de los derechos en el espacio jurídico europeo sin reforzar suficientemente la protección dispensada a nivel doméstico, pueden ser devastadores. Los motivos en los que fundamento esta hipótesis no tienen cabida entre estas líneas. Ahora bien, el lector tiene una oportunidad de forjarse su propia opinión a partir del análisis de la obra a la que las mismas se dedican, y que su autora considera de imprescindible lectura para conocer en profundidad los principales debates suscitados en torno al sistema de garantías del Consejo de Europa. Deseando que en algún momento podamos discutirlo, le animo con sincero entusiasmo a que así lo haga.

CARMEN MONTESINOS PADILLA
Investigadora Postdoctoral Universidad de Vigo
Acreditada como Profesora Contratada Doctora
Derecho constitucional

GARCÍA ROCA, J., CARMONA CUENCA, E., (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Sale a la calle un nuevo volumen editado por el profesor García Roca y la profesora Carmona Cuenca, continuando la senda que abrieron hace algunos años¹, sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales desde la perspectiva internacional, ahora comparando dos de los grandes modelos vigentes en la actualidad: el que garantiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el que garantiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Comienza la obra con la contribución de Lech Garlicki, antiguo Juez del TEDH, también antiguo Magistrado de la Corte Constitucional polaca, y reputado experto en la materia. El texto, presentado al lector en inglés con esmero, seriedad, y concisión, es un repaso por algunas de las cuestiones y nociones más interesantes que se plantean hoy en el marco de la jurisdicción de Estrasburgo. Destaca que el principal papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene casi todo que ver con las demandas individuales, formuladas por ciudadanos contra Estados; cuando estas acaban en condena, resalta algunos efectos

legales de la misma; primero, la afección de tres planos (individual-nacional-europeo, p. 46 y ss); segundo, y aunque la ejecución corresponde a los Estados, la supervisión de su cumplimiento corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que puede intervenir en cualquier ejecución indebidamente retrasada o no acometida (p. 48). Esas violaciones suelen dar lugar a la consolidada doctrina de la *obligación de investigar*, sobre todo cuando las violaciones se alegan respecto de actos imputados a agentes de la autoridad. También resalta que en buena parte de condenas, la única forma de eliminar las consecuencias de la violación es revisar la jurisprudencia dictada por los tribunales nacionales, en muchas ocasiones en realidad la única forma de dar cumplimiento a una condena de Estrasburgo (p. 51). Para ello, el Consejo de Europa ha puesto a disposición de los Estados algunas Recomendaciones, pero Lech Garlicki no deja de señalar la multitud de problemas que plantea la reapertura de un caso —más problemático en el ámbito civil que en el penal, a su parecer— recordando que al fin y al cabo los Estados son los que decidirán qué medidas son las más convenientes en el sentido arriba mencionado (p. 53). Tampoco elude lo que sucede con las medidas provisionales: a diferencia de su homólogo Interamericano, el Convenio no atribuye explícitamente al Tribunal la potestad de dictarlas, más allá de lo que regula el artículo 39 CEDH. Aun así, el Tribunal las adopta en determinadas materias que lo justifican —deportaciones, expulsiones, etc.—. Dedicó después su atención a los *casos piloto*, caracterizados por tres ideas: son una reacción ante una situación sistémica, estructural que presenta la normativa y/o los procedimientos de un Estado concreto; dos, lo que hacen es decirle al Estado concreto que debe adoptar medidas que reviertan dicha normativa/procedimientos; y tres, no son meras recomendaciones, sino que son directrices («command»). Lo que este tipo de sentencias

1 Las principales obras del grupo de investigación del que forman parte, al que perteneció hasta su prematuro y triste fallecimiento el Profesor Santolaya Machetti y a quien le dedican el volumen aquí recensado, ha ofrecido valiosas aportaciones. A título de ejemplo, valgan GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P (coords); *La Europa de los Derechos*, CEPC, Madrid, 2014.^a edición), con traducción al inglés: GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI (eds.); *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012; GARCÍA ROCA, J; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; SANTOLAYA MACHETTI, P; y CANOSA USERA, R (coords.); *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012; y GARCÍA ROCA, J; y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P (coords.); *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

implican es de la mayor importancia: o el Estado adopta medidas generales o seguirá siendo condenado. Su eficacia, a juicio del jurista polaco, depende bastante del caso que observemos, habiendo ejemplos de todo, desde el cumplimiento estricto hasta la pura omisión. De ahí que el TEDH a veces prefiera las «sentencias semi-piloto» (pp. 58 y 59). Analiza después la jurisprudencia de Estrasburgo desde la perspectiva del precedente, puesto que, efectivamente, Garlicki considera que así debe ser visto. Lo cual significa dos cosas. Primero, que cada sentencia se basa en un norma general que será aplicada cuando el TEDH se enfrente a casos idénticos/muy similares. Y segundo, que cada sentencia envía un mensaje general a todas las autoridades nacionales y a los particulares afectados. Garlicki considera que incluso atribuyendo carácter de precedente a dicha jurisprudencia, la recepción efectiva dependerá de la predisposición («readiness») de las autoridades nacionales. Lo cual, también destaca, tiene mucho que ver en última instancia con el papel de los Tribunales Supremos/Constitucionales, así como con el rango y eficacia que quiera atribuir cada Estado al Convenio (por ejemplo, en Alemania, relativamente débil, como ley ordinaria; o en Polonia, con rango supralegal y directamente alegable ante jueces y administraciones nacionales, p. 62 y ss). Finaliza Lech Garlicki con unas reflexiones acerca de la contribución constitucional que realiza el Tribunal al sistema, hasta el punto de que puede hablarse de un «acervo común de derechos humanos como pilar del orden público europeo» (p. 65). No elude algunas consideraciones críticas al respecto —no todos los Estados se muestran igual de entusiastas con dicha idea, por ejemplo (p. 65), para finalizar concluyendo, entre otras cosas, que el éxito del TEDH reside más en la «absorción que en la intervención», puesto que, aunque desde luego se aprecia la resolución de casos individuales, incluso a veces «obligando» a dictar medidas de alcance general, el éxito real viene con la absorción por parte de los Estados del Convenio tal y como es interpretado por el TEDH (p. 67).

Se inaugura después la *Parte Primera-Problemas generales* con la contribución de García Roca y Nogueira Alcalá, auténtica teoría

general estructurada en torno a un clarificador esquema de «preguntas-respuestas». No se haría justicia a aquella si se intenta resumir aquí sus principales postulados, aunque señalamos a continuación los que se consideran más interesantes. Así, aún haciéndose cargo de que la noción de *impacto* es un tanto ambigua y genérica, de ella harán el centro de gravedad de su aportación. Se posicionan dentro del sector doctrinal que considera que «las relaciones entre ordenamientos nacionales y convencionales no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía en el actual escenario de pluralismo constitucional» (p. 77). Además, no acaban de compartir que las sentencias no tengan, como sí tienen las normas de ambos Convenios, «eficacia directa y efecto útil», dando cuenta de diversos ejemplos y medidas que se han introducido para asegurar ambos (p. 78 y ss). Defienden que los derechos reconocidos son auténticos derechos subjetivos, cuya importancia reside en «el derecho al amparo de los derechos», reconocidos además en normas convencionales con «cuerpo de tratado y alma de constitución» (p. 82). No puede olvidarse, asimismo, que las normas convencionales y sus exégesis contribuyen a actualizar constantemente las normas constitucionales, «una de sus más relevantes funciones» (p. 83), y que las contradicciones normativas entre las exigencias internacionales y nacionales no son frecuentes (p. 86 y 87); también se observa que la interpretación conforme a ambos Convenios es el «escenario habitual en ambos continentes» (p. 87). Respecto a la aplicación de la sentencias supranacionales, dejan constancia de que cada vez se aplican —por ende, se cumplen— más por las jurisdicciones nacionales, tanto a nivel europeo como a nivel latinoamericano (p. 89). Y sobre el margen de apreciación nacional dirán que mientras «hay algunos derechos que se comprenden con diferencias en Europa y los Estados», en América Latina «la técnica europea del margen no ha sido asumida por la Corte Interamericana y no se encuentra expresamente recogida en norma convencional alguna» (p. 90 y 91). No dejan de resaltar que los Tribunales nacionales aplican categorías convencionales, pero lo hacen de forma muy diversa y e idiosincrática. La jurisprudencia

debe ser divulgada entre los diferentes actores nacionales —administraciones, parlamentos, jueces— teniendo en cuenta a estos efectos el papel que tienen los Tribunales Constitucionales (y otras altas Cortes) como *mediadores* (p. 92 y ss). No eluden lo complicado que a veces resultan de gestionar los casos sensibles para las opiniones públicas y autoridades nacionales, abogando porque los jueces —que jueces son y deben cumplir con su cometido— intenten ajustarse a «un tempo más *andante* y menos *allegro*» (p. 94). Abordan después la obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos, «condición existencial, de supervivencia, de unos sistemas que establecen una protección multilateral (...)», (p. 95 y ss), así como la recepción interna del acervo convencional, leída en algunos países como el nuestro en torno a las dos conocidas posturas doctrinales: canon de interpretación/canon de validez (p. 96 y ss). Destacan la importancia del diálogo judicial y de las diferentes innovaciones normativas que se van sucediendo en los Estados; aunque, como bien dicen los autores, caben disidencias, al hilo de casos como el del Tribunal Constitucional ruso de 2015, cuyo criterio no comparten (p. 101). Acto seguido nos ilustran sobre la eficacia de cosa interpretada de la jurisprudencia tanto de Estrasburgo como de San José, basada en la idea de interpretación vinculante. Y esta no puede ser sino una interpretación «evolutiva», «efectiva», e «integradora» (p. 102 y ss), aunque también vinculada a su propio precedente (p. 108 y ss) y, no puede olvidarse, a toda una serie de garantías que los autores señalan (el *common background*; la no uniformidad; la no revisión —no plenamente— de los hechos si ya han sido juzgados y probados en sede interna; y las medidas generales subsecuentes, p. 111 y ss). Destacan la evolución que se aprecia en las dos Cortes: en la actualidad, tanto el TEDH como la CIDH han ido ampliando y profundizando en los mecanismos de reparación, no se han limitado a ser *Tribunales de mera comprobación*, por emplear la terminología de los autores (p. 114 y 115). Finaliza el amplísimo estudio con unas conclusiones a modo de síntesis (p. 116 y ss). Mención especial al apartado dedicado a la bibliografía en la materia, de una exhaustividad y profundidad dignas de elogio.

El Capítulo II de esa Parte general tiene por título «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de la misma moneda?» firmado por el profesor Ferrer Mac-Gregor y la profesora Queralt Jiménez. Estamos ante un completo estudio sobre las dos instituciones, el control de convencionalidad y el efecto de cosa interpretada. Después de un rico análisis jurisprudencial de cada uno de los Tribunales, los autores llegan a la conclusión de que tienen la misma finalidad: «la adecuación de los estándares domésticos a los estándares mínimos convencionales» (p. 160). Además, abogan porque tanto el corpus interamericano como el europeo formen parte del bloque de constitucionalidad de cada Estado, que conduzca a que toda actividad nacional sea compatible con los estándares fijados por aquéllas (p. 162). También destaca la selección bibliográfica que los autores realizan al finalizar su contribución y que orienta muy bien al lector ávido de conocimientos.

El Capítulo III se dedica a desbrozar los «Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias», realizado por la profesora Coral Arangüena Fanego y el profesor César Landa Arroyo. Parten de un esquema claro, desde la perspectiva de la necesidad de articular herramientas específicas para cumplir con lo que las jurisdicciones internacionales dictan en cada uno de los sistemas. En ese sentido, y en lo que hace al primer bloque dedicado al TEDH, se diferencia entre las sentencias que condenan al pago de una indemnización (p. 177 y ss); las sentencias que requieren medidas distintas a la adopción de medidas pecuniarias (p. 179 y ss); y las sentencias que requieren la adopción de medidas generales, cosa nada extraña en la actualidad (p. 185 y ss). Por su parte, el segundo bloque dedicado a la CIDH se estructura en torno a tres subapartados donde se aborda el estudio, por este orden, de los mecanismos institucionales existentes (p. 189); de los mecanismos legales (p. 190 y ss); y de la jurisprudencia de las Cortes nacionales (p. 193 y ss). Las conclusiones a las que llegan son, por un lado, que el sistema de Estrasburgo presenta «un aceptable grado de cumplimiento que, no obstante, debe mejorarse sensiblemente» (p. 200), mientras que

respecto al de San José «el efectivo cumplimiento de las resoluciones de la CIDH está supeditado, las más de las veces, a los factores políticos internos de cada Estado» (p. 201). Destaca no sólo la calidad del texto sino también la amplia selección bibliográfica y jurisprudencial que aportan los autores al final de su capítulo.

El Capítulo IV, titulado «Reparación y supervisión de sentencias» y firmado por Pablo Saavedra Alessandri, Guillem Cano Palomares, y Mario Hernández Ramos, realiza una panorámica muy interesante sobre los distintos mecanismos que existen en ambos modelos a la hora de dar cumplimiento efectivo a lo que ambos Tribunales internacionales establecen en sus sentencias, así como de los mecanismos de supervisión que se instituyen a posteriori. Lo que barruntan en los inicios se corrobora al final: dos aproximaciones muy diferentes, que tienen una cierta tendencia a converger con el paso del tiempo, sobre todo en la vocación de «desarticular el hecho generador del daño» (p. 261). Destacan el papel que desempeña la víctima a la hora de dar por reparado el daño —más activo en el sistema interamericano que en el europeo (p. 262)— dentro de lo que parece, a su vez, un modelo más incisivo respecto al control de su efectividad (de nuevo el interamericano sobre el europeo, p. 262). Sea como fuere, los dos son «herramienta efectiva para la real protección de los derechos humanos» (p. 262). De nuevo al final el lector podrá apreciar una cuidada selección bibliográfica y un certero resumen de la jurisprudencia estudiada.

El siguiente apartado que engrosa y cierra la nómina de la parte general es el que se dedica a estudiar «El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos», elaborado por los profesores Carlos Ayala Corao y Raúl Canosa Usera. Resulta una contribución fundamental para entender la deriva que en algunos lugares está teniendo el Estado de derecho y la democracia. Es cierto que los propios autores son plenamente conscientes de que a veces existe una delgada línea que separa la divisoria entre legítima discrepancia judicial y nacionalismo jurídico sin justificación, pero desde luego que aportan una serie de sentencias, hechos, datos y argumentos

que conducen a una máxima bien clara y bien llevada a sus conclusiones: «la apertura del orden interno a la protección internacional de los derechos ha coincidido con más democracia y un mejor Estado de Derecho; y las reticencias a dicha protección general pueden ser un indicio de graves deficiencias, como sucede en los casos ruso y venezolano, aunque también acontece en general en países que intentan consolidar una democracia tras largas e intensas experiencias autoritarias» (p. 305). Una vez más, a reseñar el importante aparato bibliográfico y jurisprudencial se dedican en sus últimas páginas.

La *Parte Segunda-Algunos Ejemplos de Impacto* dedica diferentes capítulos a estudiar casos y supuestos concretos donde se analizan importantes temas a los que se enfrentan las jurisdicciones internacionales. Abre la misma el capítulo VI, dedicado a «Los derechos humanos con perspectiva de género», elaborado por las profesoras Encarna Carmona Cuenca, Mónica Arenas Ramiro, Yolanda Fernández Vivas, y Flavia Piovesan. Realizan un repaso tanto por la idea antidiscriminatoria como por los derechos sexuales y reproductivos, así como por la violencia que específicamente sufren las mujeres. A partir de ahí observan si la decisiones del TEDH y de la CIDH se cumplen y hasta qué punto lo hacen, aportando algunos argumentos que responden positivamente al interrogante, quizá con mejor balance las segundas que las primeras. No obstante, las autoras dejan constancia de que todavía queda mucho por hacer en estas materias, y a futuros desarrollos nos emplazan (p. 356 y ss).

El siguiente es el capítulo VII, donde la profesora María Díez Crego y el profesor Ignacio García Vitoria, realizan un concienzudo y profundo repaso a «Los derechos de los migrantes». No dejan de analizar las coincidencias en la materia entre los dos sistemas, así como los ámbitos donde la Corte es algo más garantista que el TEDH, como también analizan lo que denominan «referencias cruzadas» entre las dos Cortes, el cumplimiento de ambas y su eficacia interpretativa. Concluyen, primero, que la influencia europea se deja notar claramente en la jurisprudencia interamericana (p. 398 y 399), lo que no ha impedido a la CIDH

construir un espacio propio en materia de extranjería (p. 399). Y que «la medición del impacto de la jurisprudencia de ambos tribunales en sus respectivos continentes presenta luces y sombras en lo que a la ejecución de sentencias se refiere por el correspondiente Estado demandado» (p. 399). Con todo, la conclusión más importante llega al final, porque a juicio de los autores el impacto no sólo puede medirse a nivel nacional, sino que diferentes actores regionales —UE, TJUE, MERCOSUR, Iniciativa Cartagena+30, «pueden contribuir a extender el impacto de las jurisprudencias de las dos Cortes, actuando como una suerte de multiplicadores del impacto de sus decisiones» (p. 400). También aquí contamos con una parte final de selección bibliográfica y jurisprudencial muy provechosa.

El capítulo VIII nos ilustra sobre «El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo», elaborado por los profesores Javier García Roca, Alberto Dalla Vía, e Ignacio García Vitoria. El *caso Hirst*, sentenciado por la Gran Sala del TEDH en 2005 es el detonante para otra aportación donde el lector obtiene un análisis rico en datos, argumentos, y matices también (a la luz de la jurisprudencia posterior del propio Tribunal, tanto en el *caso Froedl*, de 2010, como en el *caso Scoppola*, de 2011, así como en el *caso Anubugov y Gladov*, de 2013, p. 416 y ss). Posteriormente analizan lo que sucede en el sistema interamericano (*casos Argüelles, YATAMA, Castañeda, y López Mendoza*, principalmente, p. 422 y ss), prestando atención a la reacción de algunos ordenamientos nacionales y, en particular, de las sentencias que se han dictado al hilo de tales casos (especialmente en Argentina y México, p. 424 y ss). La principal conclusión que extraen, después de hacer una convencida defensa de los derechos de las minorías, también de la *minoría encarcelada*, es que no hallan «una razón objetiva, que sobreviva a la luz de un debate con publicidad, y permita justificar la prohibición absoluta del derecho al sufragio de los presos» (p. 441). De nuevo, al final tenemos a disposición una amplia bibliografía sobre la cuestión, al igual que una selección de sentencias.

El capítulo IX nos ilustra sobre «El derecho de libertad religiosa», y lo firma la

profesora María José Roca, experta en estas lides. Emplea el esquema que sigue el resto de la obra, estudiando exhaustivamente primero el sistema de Estrasburgo y después el sistema de San José. La jurista tiene claro que, al fin y al cabo, aunque los criterios de ambos modelos se han recepcionado por parte de las autoridades e instituciones nacionales, «no siempre es posible afirmar con rigurosa certeza si una determinada interpretación constitucional trae causa en la jurisprudencia constitucional o en el diálogo entre tribunales» (p. 479). En definitiva, considera que «el impacto es un concepto jurídico indeterminado, y no resulta fácil delimitar con precisión qué es ejecución y qué es impacto» (p. 480).

Por último, el Capítulo X aborda «Los derechos de propiedad», tarea que ejecutan con más que solvencia las profesoras Anna Margherita Russo y Mar Aguilera Vaqués. Aquí se analiza primero el sistema interamericano y después el sistema europeo. Las autoras llegan, entre otras, a la conclusión de que «los dos Tribunales coinciden en determinar que el derecho de propiedad no es absoluto» (p. 25), articulando todo un ordenamiento propio en cuanto a contenido, límites, y el crucial papel que juega, en todo caso, el principio de proporcionalidad (p. 526). También señalan «las diferencias que existen entre uno y otro (...) más marcadas por las circunstancias concretas y singularidades de cada latitud que por el redactado (...)» (p. 527). Sea como fuere, el derecho de propiedad se garantiza de forma especialmente reforzada cuando se conecta con la dignidad humana, sea de territorios sea de personas especialmente vulnerables (p. 528).

Hasta aquí llegan las líneas que resumen, aunque muy posiblemente sin hacer justicia, el volumen. Estamos ante una contribución especialmente fecunda y plural. Por ello sólo resta recomendar a todas aquellas personas interesadas en los escenarios de pluralismo constitucional que se acerquen a sus páginas. A buen seguro que no saldrán decepcionadas.

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
*Profesor Ayudante Doctor
de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

MILIONE, C. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

En esta monografía encontramos un análisis de las garantías previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a acudir a los órganos jurisdiccionales para conseguir la satisfacción de sus pretensiones jurídicas a través de un proceso justo y equitativo.

No se trata del estudio de un derecho más, pues estamos ante un derecho básico, pilar del Estado de Derecho y de las democracias, que el autor se propone diseccionar con el apoyo de la dilatada jurisprudencia del tribunal internacional que ha sido recepcionada por los órganos nacionales en interpretación de los derechos fundamentales. Efectivamente, el proceso de internacionalización ha sido fundamental en la evolución de los sistemas de protección y es ahí, donde emerge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano específico de garantía de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, instrumento adoptado en el seno del Consejo de Europa, que pretende homogeneizar los estándares de protección en las democracias europeas. Es en su art. 6 donde se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra un conjunto de garantías complejas.

Ahora bien, el trabajo de Ciro Milione no se limita al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, pues en él se trasluce el correcto manejo de las fuentes propias de la investigación jurídica; un conocimiento de las normas internacionales y nacionales; la jurisprudencia relevante en los diferentes órdenes; así como la doctrina científica que tienen su reflejo en las páginas de esta obra.

Este estudio se inicia con un análisis del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su procedimiento de elaboración y naturaleza jurídica; y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano específico de interpretación y protección de los contenidos del Tratado Internacional. Se analizan la naturaleza y funcionamiento del Tribunal y los efectos y valor de sus sentencias.

Efectos como la obligatoriedad que determina la necesidad de reformar legislaciones nacionales o el carácter definitivo que impide el recurso contra sus resoluciones; y el valor declarativo o ejecutivo, pudiendo generar este último conflicto con las resoluciones emanadas de las jurisdicciones nacionales, ya que afrontan los casos con perspectivas jurídicas distintas. El Tribunal de Estrasburgo ha establecido la naturaleza declarativa de sus sentencias, siendo necesario precisar sus efectos jurídicos, para determinar si los órganos nacionales no están obligados a cumplirlas o quedan vinculados en alguna otra medida, si bien el Tribunal internacional no tiene ninguna competencia que le permita obligar a la ejecución de las mismas. El problema se manifiesta con toda evidencia si nos referimos a las sentencias que declaran la violación de un derecho del Convenio por órganos judiciales nacionales, llevando a que el autor se pregunta si los efectos de las sentencias europeas pueden con el valor de cosa juzgada de las sentencias nacionales. Por último, las sentencias tienen carácter interpretativo, ya que por esta vía se produce una armonización del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales.

En este libro también tienen su espacio otros órganos como el Comité de Ministros compuesto por los responsables de los Ministerios de Exteriores de los estados miembros donde se expresan las posiciones nacionales sobre los problemas comunes que afectan a Europa.

Acto seguido se aborda el derecho a la tutela judicial efectiva, su estructura, su contenido, las garantías procesales comunes a todos los juicios y el proceso penal de forma autónoma. Al analizar el derecho se reconoce la preeminencia que le corresponde como derecho a un proceso justo integrado por los principios y las garantías que lo acompañan. El proceso justo y equitativo requiere que las partes promuevan la actividad judicial y defiendan sus

posiciones en condiciones de igualdad y contradicción. El órgano judicial está obligado a motivar sus decisiones que podrán ser recurridas, que no obliga a desarrollar todos los requisitos (*caso Ruiz Torrija c. España*). El derecho de acceso a los tribunales implica que un órgano de esta naturaleza conozca del litigio que se promueve en aras de garantizar los derechos de las personas conforme a la legalidad vigente. En este orden de cosas, resulta necesario establecer un concepto de tribunal no siendo determinante la pertenencia a un órgano jurisdiccional profesional sino la preparación o competencia y el ejercicio de funciones jurisdiccionales en sentido material. Para el autor serán las funciones y las condiciones los elementos relevantes, siendo condiciones la independencia frente al poder ejecutivo, la imparcialidad, la duración del mandato y las garantías del procedimiento. Dicho lo anterior, queda configurado este derecho como el acceso a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley.

El TEDH ha dictado una numerosa jurisprudencia con impacto en los estados miembros, por ejemplo, el derecho fundamental al juez imparcial e independiente. La garantía más novedosa es la imparcialidad no resultando sencillo delimitar la independencia y la imparcialidad. En este orden de cosas, resulta de interés la jurisprudencia que establece los criterios de determinación: cómo se designa el tribunal, garantías genéricas a favor de la independencia, duración del mandato para juzgar o inamovilidad, considerándose los cinco años como tiempo suficiente para disipar dudas sobre la independencia y apariencia externa de la independencia.

El autor analiza la apariencia de independencia e imparcialidad, tratándose en definitiva de inspirar confianza a la ciudadanía. El TEDH habla de «teoría de las apariencias», imparcialidad objetiva y subjetiva. En este punto aparecen discrepancias entre jurisdicciones, pues el TC entiende la imparcialidad subjetiva como ausencia absoluta de relaciones indebidas entre juez y partes, mientras que el segundo la presume. Por lo que se refiere a la imparcialidad objetiva, el Tribunal europeo la centra en el ofrecimiento de garantías suficientes por el órgano judicial de modo que se

excluya toda duda legítima; y el TC la centra en la relación del juez con el objeto del proceso. Son escasas las STEDH por violación del principio de imparcialidad subjetiva.

En su momento el autor analiza las dos partes diferenciadas de la estructura del derecho. Por un lado, los principios del proceso y, por otro, las garantías que lo integran. El estudio del derecho lo hace desgranando cada uno de sus elementos. En un primer orden de cosas, aborda el análisis de las garantías procesales genéricas que son comunes a todos los procedimientos, imparcialidad e independencia, juez legal, principio de contradicción, derecho a un proceso público, plazo razonable, motivación y derecho a la prueba, reservando la última parte de su libro a las garantías específicas del proceso penal.

Por lo que respecta al principio de contradicción, se pone de manifiesto el enfrentamiento de dos posiciones jurídicas que se harán valer por todos los medios que ofrece el derecho. Así lo expresó el TEDH en sentencia *caso Ruiz Mateos c. España*. La contradicción en un proceso es un valor que hace posible la defensa de los derechos de las partes que podrá exponer sus posiciones y pronunciarse y combatir las pretensiones contrarias.

En cuanto al principio de igualdad de armas nos encontramos ante una manifestación del principio genérico de igualdad, pues las partes procesales podrán acceder al proceso en igualdad de condiciones, entendida como la posibilidad razonable de plantear la causa, proponer y practicar prueba, sin que ello suponga «simetría entre las fuerzas de juego».

El derecho a un proceso público resulta esencial para garantizar la transparencia de la actividad jurisdiccional, así como todos y cada uno de los derechos y principios que integran el proceso, garantizándose una determinada manera de realizar la actividad jurisdiccional como la celebración de las audiencias con puertas abiertas, la posibilidad de que asista público a las salas de justicia o el pronunciamiento público de las sentencias. Una de las dimensiones de esta publicidad procesal se vincula a los derechos de información. Lo anterior no supone, como bien explica el autor, que los medios sean acreedores del derecho a la publicidad procesal que,

únicamente corresponde a la ciudadanía en cuanto justiciables. Si se garantiza el derecho a informar y ser informados como libertad democrática que podría entrar en conflicto con determinados principios y valores protegidos en el art. 6.º de la norma convencional. Por lo anterior, cabe la limitación de la publicidad en aras de la protección de bienes como la moralidad, orden público, la seguridad nacional, los derechos de los menores, la vida privada de las partes o el propio interés de la justicia. Más allá de las previsiones del art. 6, el T.E.D.H ha establecido otros límites al derecho de publicidad procesal. A todas las limitaciones se les dedica un espacio en este libro, donde el autor recoge la jurisprudencia del Tribunal explicando su ponderación en casos concretos.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas implica la resolución del litigio en un plazo razonable. Como bien expone Milione, nos encontramos ante uno de los problemas más graves que se plantean en nuestros sistemas democráticos. No se olvida de referenciar la STC 26/1983 en la que nuestro Tribunal Constitucional define la «dilación indebida» como manifestación de la justicia tardíamente concedida que equivale a una falta de tutela judicial efectiva. En esta parte del trabajo se pone de manifiesto la difícil conciliación entre varios intereses en juego, pues, la obligación de garantizar una justicia sin retrasos injustificados no ampara una mala administración. Merece especial atención esta obligación cuando los destinatarios son los órganos encargados de proteger los preceptos constitucionales y, especialmente, la protección de los derechos fundamentales, recogiendo la jurisprudencia recogida en sentencias como el caso Díaz Aparicio c. España o Soto c. España, siendo anterior en el tiempo la sentencia que resolvió el caso Ruiz Mateos c. España.

Como a nadie se le oculta se necesita contar con un elemento objetivo que permita determinar si se han producido retrasos indebidos. El cómputo del plazo se revela con todas sus dificultades, el día de inicio y el día de fin del procedimiento. La sentencia dictada en el caso Köning c Alemania es utilizada para

explicar cómo el cómputo no puede ser igual en los procesos civiles y penales.

Por último, analiza la motivación de las resoluciones judiciales, que sin estar recogida en el art. 6 del Convenio integra este derecho, tal como se garantiza en las Constituciones nacionales. Resulta interesante recordar la sentencia caso Ruiz Torija e Hiro Balani c. España, con condena al Estado español por no ser congruente con los términos en que fueron planteadas las pretensiones de las partes.

El proceso penal tiene una especial relevancia como bien se pone de manifiesto, dada la repercusión de las resoluciones dictadas en este orden jurisdiccional por su impacto en la vida de las personas afectadas. La figura del acusado cobra máxima relevancia arrojándose todo el protagonismo durante el proceso de hecho en el Convenio no se contiene referencia alguna a otras figuras como las víctimas, los testigos o la parte civil. No podía dejar de analizar derechos fundamentales como el derecho a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio; el derecho a la presunción de inocencia (*caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España*) como consagración del principio *in dubio pro reo* siendo posible que los Estados establezcan ciertas presunciones de culpabilidad en las normas penales; el derecho a la defensa que garantiza la asistencia técnica con abogada o abogado de su libre elección y la asistencia jurídica gratuita, siendo posible que el acusado intervenga para ejercer su propia defensa; el derecho a ser informado de la acusación analizando los sujetos, el objeto, las modalidades y tiempos de la información; el derecho a interrogar a los testigos de cargo; el derecho a la asistencia de intérprete y el derecho a los recursos o a la doble jurisdicción, sin que estos derechos relacionados integren una lista cerrada.

El riguroso análisis del derecho a la tutela judicial efectiva realizado en esta monografía nos lleva a concluir que un sistema judicial justo y equitativo necesita la aplicación efectiva de los principios consagrados en el art. 6 del Convenio.

ANA ABA CATOIRA
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de A Coruña

GARCÍA GUERRERO, J. L., *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

En la sociedad de la información el fenómeno publicitario, en sus múltiples formas, se encuentra omnipresente en la vida diaria. Entre las muchas facetas de este complejo fenómeno resultan evidentes tanto su dimensión comunicativa como su conexión con las libertades de expresión e información y, sin embargo, hasta ahora ha sido objeto de escasa atención desde el punto de vista jurídico-constitucional. Y ello pese a que este análisis no solo abre nuevos cauces de resolución de los conflictos que eventualmente se puedan plantear (sobre todo, cuando a través de la publicidad se afectan derechos fundamentales) sino que permite una lectura integradora de la publicidad tomando en consideración no solo el interés del emisor sino también, el del receptor del mensaje, que opera como límite. Todas estas cuestiones se abordan en la obra del profesor García Guerrero *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, un trabajo necesario, oportuno, y de gran utilidad.

La publicidad, en sentido estricto y en su significación primera, se encuentra íntimamente ligada a la finalidad comercial (como forma de comunicación entre el productor y el consumidor en masa) lo que ha justificado que, inicialmente tanto su concepción legal como jurisprudencial se hayan vinculado con la libertad de empresa (art. 38 CE). Sin embargo, desde una concepción más general, se aprecia un fenómeno extraordinariamente rico y complejo, cuyas múltiples caras se unen por el nexo de la comunicación, que trasciende al ámbito puramente comercial.

En realidad, la discusión acerca de la posibilidad de brindar protección constitucional al mensaje publicitario, como es sabido, no es una cuestión nueva. Es más, en España la reflexión en torno a la naturaleza de este tipo de mensaje subyace en alguna de las más relevantes sentencias en materia de derecho de la comunicación que han nutrido la doctrina jurisprudencial más reciente en la materia. Retomar esta cuestión resulta particularmente

acertado atendiendo a las importantes discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, por un lado, y a la notable evolución de la publicidad y de los medios de comunicación, por otro.

En esta línea, en el libro de García Guerrero se encuentra una lectura constitucional amplia del fenómeno publicitario, expuesta con una sistemática meditada que conduce al lector, de manera progresiva, y con gran acierto, desde los condicionantes histórico-jurídicos y la experiencia normativa de algunos de los países en los que esta cuestión se ha abordado de manera más intensa, hasta la regulación y las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TEDH, que aporta una base sólida para la construcción de una lectura desde la óptica de los derechos.

El punto de partida de la obra se encuentra descrito con claridad en la introducción, donde el autor deja patente la diversidad doctrinal existente entre quienes fundamentan la publicidad en las libertades de comunicación del art. 20 CE, y quienes, por el contrario, defienden su naturaleza predominantemente económica y encajan su protección en el art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa. Desde este momento inicial García Guerrero expone abiertamente la doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional contrarias a la tutela de la publicidad por la vía del art. 20 CE, en razón de la materia y finalidad del mensaje. Sin embargo, atento a lo que considera una falta de argumentación sólida tanto en los pronunciamientos jurisprudenciales como doctrinales, retoma y profundiza en la tesis ya expuesta en algunos trabajos propios, anteriores en más de una década, favorable a recuperar el análisis de la publicidad desde el art. 20 CE.

En la primera parte de este nuevo trabajo, García Guerrero recurre a los modelos estadounidense e italiano —que expone profusamente— para poner de manifiesto sus líneas argumentales nucleares. La exposición de estos

modelos de Derecho comparado se completa con una referencia al británico y canadiense.

También en esta primera parte analiza y sistematiza las diversas soluciones que se ofrecen en la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que resulta de gran utilidad como criterio hermenéutico, pero también, como clave para comprender las diversas posibilidades de abordaje del fenómeno publicitario desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Bajo el título genérico «Concepto y determinaciones constitucionales» la segunda parte de esta obra contiene un estudio pormenorizado de la publicidad comercial desde la óptica constitucional. García Guerrero parte de la necesidad de determinar el concepto de publicidad comercial, diferenciándolo de otros fenómenos cercanos con los que presenta cierta confusión. A falta de un concepto legal (a su juicio) suficiente, propone un concepto de publicidad más general desde el punto de vista del contenido, que utilizará como hilo conductor para llevar a cabo el resto de su análisis. La fundamentación de esta opción se encuentra en los capítulos II y III de esta segunda parte, cuya rúbrica no deja lugar a dudas, pues anticipa la conclusión de su detallado análisis: «La libertad de comunicación protege la publicidad» (Capítulo II) y «La publicidad no es predominantemente una actividad de empresa» (Capítulo III).

Para culminar con el estudio de las consecuencias de este anclaje constitucional aborda, en particular, la cuestión de la aplicación de los límites contenidos en el artículo 20 CE. En particular se ocupa de la protección de la mujer —con referencia a las deficiencias de protección de un enfoque tuitivo a partir de los arts. 10 y 14 CE— así como de los límites derivados de la evidente conexión del mensaje publicitario con los arts. 38, 35.1, 36, 51 y 128.2 CE.

Como se aprecia, incluso en una primera aproximación a la estructura de la obra, el autor ofrece un trabajo minucioso y honesto en el que expone su trayecto hasta encontrar fundamentos constitucionales que, como él mismo manifiesta (p. 21) «permitan dotar de coherencia, razonabilidad y seguridad jurídica a los múltiples problemas que originan las

variadas limitaciones que por el ordenamiento jurídico se ha impuesto a las comunicaciones publicitarias».

Como se dice en el primer capítulo del libro, la producción en masa transformó la estructura de los mercados, y la publicidad vino a colmar la necesidad de nuevas formas de contacto y comunicación entre los productores y la «masa anónima de consumidores» sustituyendo el contacto personal. En esta línea de evolución, los actuales medios e instrumentos de comunicación han creado nuevas posibilidades de publicidad que, sin embargo, parecen regresar a la personalización del mensaje, bien utilizando su desbordante capacidad de selección o individualización de la oferta publicitaria, bien adoptando la apariencia de exclusividad, como estrategia. Pero, además, el impacto de los nuevos medios ha creado también nuevas formas de publicidad y ha expandido de manera desbordada su presencia en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Esta importante transformación requiere, sin duda, una respuesta jurídica. La creciente complejidad del fenómeno publicitario merece una revisión de sus fundamentos y una delimitación precisa de su concepción jurídica para facilitar la adecuación de la respuesta a los retos y a los conflictos que se puedan plantear.

Partiendo de una concepción estricta de las libertades de comunicación, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia inicialmente excluyeron la publicidad del ámbito de protección del art. 20 CE por razón de la materia y de la finalidad del mensaje. García Guerrero, sin embargo, adopta una posición coincidente con la doctrina del Tribunal Supremo acogida a partir de 2010 (STS 860/2010 de 15 de enero, caso «Mitsubishi») en la que ha venido protegiendo el discurso publicitario a través de las libertades de información y, sobre todo, de expresión.

Para ello, tanto la concepción dualista del art. 20 CE, que protege de manera separada las libertades de expresión e información como (aunque no solo) la exigencia del requisito de la veracidad respecto de la información susceptible de la más alta tutela, requieren una reinterpretación que supere el contexto político, a la luz del discurso publicitario como objeto de protección. A esta cuestión se añade otra no

menos relevante: lo mismo que en otro tipo de discursos, en el mensaje publicitario opinión e información no solo aparecen indisolublemente unidas, sino que se superponen (entre otras) a la finalidad de persuasión y emplazamiento de los productos en el mercado, lo que dificulta la determinación de las exigencias que le harían merecedor de la más alta protección, aunque este, por lo general, no es un obstáculo insalvable.

En esta tarea, el análisis del modelo estadounidense tiene particular interés, no solo porque muestra una drástica evolución jurisprudencial que culmina con la aceptación de la posibilidad de protección constitucional de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda, sino también porque su argumentación, en lo más sustancial y salvando las distancias, ha influido en la evolución de la jurisprudencia del TEDH (como se analiza en un apartado específico) que, en buena medida es extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico interno, según García Guerrero, para fundamentar la tutela de la publicidad comercial a través de nuestro art. 20 CE.

Si en Europa el debate en torno a la protección de los mensajes publicitarios a través de la libertad de expresión es relativamente reciente, no ocurre lo mismo en Estados Unidos, donde la cuestión se planteó de forma temprana, aunque hubo que esperar hasta 1975 para encontrar un reconocimiento abierto de la posibilidad de incluir el discurso publicitario comercial en el ámbito de la Primera Enmienda. Efectivamente, la primera expresión de esta doctrina se encuentra en la sentencia *Valentine vs. Chrestensen* (1942) donde, si bien el Tribunal Supremo negó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda, también hizo importantes pronunciamientos como reconocer que la Constitución no impone restricciones a la publicidad comercial, o que la Primera Enmienda originariamente fue concebida para proteger la expresión en materia de interés público o social, o bien, que es el ánimo de lucro que acompaña al mensaje publicitario lo que le diferencia de los otros tipos de discurso susceptibles de protección constitucional.

El siguiente paso consistió en apreciar que la información publicitaria contiene

información relevante para el público, merecedora de protección. La sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976), *leading case* en la materia, abordó de lleno esta cuestión y extendió la protección de la Primera Enmienda entendiendo que la finalidad económica del discurso es también una finalidad protegible valorando que, para los consumidores, la información del mensaje comercial puede resultar de tanto o mayor interés que el discurso político.

Como señala José Luis García Guerrero, este cambio fue posible a través de dos vías: primero, admitiendo la posibilidad de separar motivos dominantes y subsidiarios en el mensaje (que permite proteger cuando el motivo dominante no sea el económico); en segundo lugar, centrando el análisis no tanto en la motivación del emisor como en el contenido del mensaje y admitiendo que la libertad de expresión no se limita a un contenido determinado. En relación con esta argumentación se recuperan los pronunciamientos de la relevante *New-York Times vs. Sullivan* (1964) relativos a la protección del mensaje que contenga información u opinión de interés público. Y ese interés público abarca no solo las materias clásicas (en particular, las cuestiones políticas) sino otras diferentes: «el interés de los consumidores en la libre circulación de la información comercial puede ser tan intensa o mayor que el que tengan en el debate político» (p. 30). Pero el cénit de la protección de la publicidad a través de la libertad de la Primera Enmienda se produjo con la precitada *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976) donde el Tribunal Supremo reconoció sin ambages la posibilidad de protección de la publicidad con un concepto abierto de libertad de expresión más allá de los clásicos contenidos políticos, filosóficos, culturales o artísticos. No obstante, como también reconoce el autor, este enfoque desde la libertad de expresión no puede silenciar el argumento de la defensa de la libertad de mercado, que no es concebible sin la libertad de circulación comercial.

A partir de aquí, en el libro se explica someramente la evolución del cambio de fundamento de la protección del *commercial speech* y, de forma paralela, la evolución de la

determinación de los límites de la publicidad comercial.

La descripción del modelo estadounidense se encuentra justificada, al menos por dos razones que quedan patentes en la obra. En primer lugar, por su influencia en otros ordenamientos de corte anglosajón (que no difieren notablemente, como es el caso del canadiense) que vinculan la publicidad comercial con la necesaria autonomía de las decisiones económicas como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Pero también por su utilidad, como marco de referencia que permite apreciar la evolución de esta doctrina en Europa que, como analiza detalladamente García Guerrero, se produce de una forma mucho más lenta, así como su influencia en nuestro ordenamiento jurídico.

La opción por la posibilidad de protección de la publicidad a través de la libertad de información, se ofrece por el autor de una forma mesurada, razonando y admitiendo que este régimen de tutela no resulta directamente trasladable a la publicidad.

Uno de los apoyos que utiliza García Guerrero para sostener la protección del discurso publicitario a través de las libertades informativas es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como destaca, ofrece una rica variedad argumental para justificar la protección de la publicidad a través del art. 10 del Convenio. Para mostrarlos, el autor expone en un amplio abanico de resoluciones *relevantes* en la materia, tanto de la Comisión como del Tribunal, siguiendo un orden cronológico que contribuye a que se pueda apreciar la evolución de la doctrina de ambas instituciones. Resulta particularmente interesante la exposición separada de la evolución doctrinal de cada uno de estos dos órganos, pues se ha producido a un ritmo diferente, siendo la Comisión mucho más temprana en el reconocimiento de la aplicabilidad del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los mensajes publicitarios.

Efectivamente, la primera decisión en que la Comisión pudo pronunciarse acerca de la protección de la publicidad comercial a través del art. 10 del CEDH fue en el *caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología*, donde si bien se admitía la posibilidad de salvaguardia, se

entendía también que la protección debía ser más liviana que la otorgada a las ideas políticas, lo que condujo a admitir la posibilidad de limitación para proteger los derechos de los consumidores frente a prácticas desleales o engañosas. A partir de este primer pronunciamiento, a lo largo de todo el capítulo se abordan, en lo sustancial, los pronunciamientos recaídos en otros casos relevantes como el *caso Liljenberg* (1983) sobre fármacos —donde se reitera esta doctrina—, el *caso Barthold* (1983) sobre «publicidad marginal» —que motiva una definición negativa de la publicidad comercial por parte de la Comisión—, el *caso MarktIntern* (1987) donde se reitera la protección del discurso publicitario aun cuando tenga finalidad económica, declarando que la defensa de intereses económicos se encuentra directamente vinculada al proceso democrático, el *caso Casado Coca* (1992) en que se reitera que una restricción *quasi* absoluta de la publicidad comercial resulta incompatible con el art. 10 del Convenio, al mismo tiempo que resalta la trascendencia informativa de la publicidad.

Se analizan también las resoluciones de la Comisión en otros casos más recientes y de indudable relevancia como son: el *caso Vg Tve-reingegen Tierfabrieken c. Suiza* (2001), *Stambuck c. Alemania* (2002), *Demuth c. Suiza* (2002), *Movimiento Raeliano c. Suiza* (2012). En definitiva, en estas resoluciones la Comisión viene a reconocer la posibilidad de la tutela a través del art. 10 del Convenio sin que la eventual protección que recibe a través de los derechos económicos constituya un obstáculo. Por esto mismo, los límites consagrados en el apartado 2 de dicho art. 10 CEDH le serán también de aplicación. En particular, viene al caso la consideración de los derechos de terceros y el respeto a la salud y los derechos de los consumidores como, por cierto, ya había admitido anteriormente la Comisión en algunas de sus resoluciones (*caso Liljenberg*, *caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología* y *Casado Coca*, entre otros).

Con una estructura didáctica, el autor consigna de forma paralela las resoluciones del Tribunal Europeo recaídas en estos mismos casos cuyo análisis permite, bien reafirmar algunos de los argumentos utilizados por la Comisión, o bien reforzarlos con otros nuevos

aun cuando, en este caso, como se ha señalado anteriormente, hay que esperar a la sentencia Casado Coca (1994) para encontrar una asunción (aunque matizada) de la doctrina de la Comisión. A la exposición de las sentencias recaídas en los asuntos referidos con ocasión de la exposición de la doctrina de la Comisión, se suma la referencia a otro buen número de sentencias como *Groppera Radio AG y otros vs. Suiza*, *Autronic AG vs. Suiza*, o *Stambuck vs. Alemania* con las que García Guerrero muestra la evolución y el contenido principal de la doctrina actual del Tribunal Europeo.

En relación con estos pronunciamientos del TEDH, cabe destacar el reconocimiento expreso de la posibilidad de incardinar la tutela de la publicidad comercial en el ámbito del Convenio sobre la base de que su art. 10 no prevé la exclusión del discurso por razón de la materia. También resultan destacables el reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas cuando se trata de publicidad comercial, la determinación de la finalidad y la materia comercial como elementos definitorios de la publicidad, o la afirmación de que el discurso comercial también proporciona información a los consumidores y usuarios sobre los bienes y servicios que se les ofrecen. Sobre este último extremo, en las resoluciones analizadas se contienen referencias a los requisitos que, según el Tribunal, debe cumplir este tipo de publicidad, así como una interesante reflexión en torno a la eventual limitación de la publicidad actividades profesionales colegiadas y sobre el margen de apreciación del requisito de la necesidad de la medida limitadora por parte de los Estados miembros, cuestiones ambas bien controvertidas.

La exposición secuenciada de los pronunciamientos tanto de la Comisión como del Tribunal tiene interés no solo para comprobar la evolución doctrinal y el cambio argumentativo siguiendo la estela norteamericana, aunque de forma diacrónica (en lo referente al distinto ritmo seguido la Comisión y del Tribunal) y mucho más lenta, sino para apreciar en toda su dimensión los matices derivados de los diferentes tipos de publicidad atendiendo al medio, pero también, a su contenido o finalidad.

La primera parte del libro culmina con una referencia somera a algunos de los

pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la publicidad comercial. Aun cuando por razón de la materia no son muchas las resoluciones de este órgano directamente relacionadas con el objeto de estudio, sí que se recogen algunas que pueden resultar relevantes. En particular, las referidas a la valoración de las restricciones de la legislación nacional respecto de la publicidad y su eventual confrontación con la libertad de mercado, pero, sobre todo, en relación con los efectos que las transposiciones de algunas directivas comunitarias han tenido sobre la legislación nacional en esta materia particular.

La segunda parte de la obra se centra en el concepto constitucional de publicidad que necesariamente recibe la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, reconociendo la posibilidad de que los mensajes publicitarios queden protegidos por la libertad de expresión, lo que solo muy tardíamente ha sido admitido por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. En esta línea, el autor realiza un ejercicio sólido de argumentación con constantes referencias a las experiencias doctrinales y jurisprudenciales de Derecho comparado y, de nuevo, con una exposición ordenada y cuidada dirige su discurso hasta ofrecer un análisis de la publicidad fundamentada en la libertad de comunicación, sin renuncia (como no puede ser de otra forma) a la consideración de las otras múltiples facetas que la conforman.

La definición de un fenómeno complejo como es la publicidad necesariamente presenta dificultades que el autor afronta en este capítulo, en el que también precisa el concepto de publicidad diferenciándola de la propaganda. A partir de aquí, llega a ofrecer un concepto propio del que se sirve para acotar el objeto de su investigación y que utilizará como base para efectuar su posterior análisis. En esta tarea pone de manifiesto las deficiencias del concepto jurídico de publicidad recogido en la legislación española (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), influenciada por las definiciones de las Directivas europeas que, a su juicio, dista de ser satisfactorio.

Las rúbricas de los capítulos segundo («La libertad de comunicación protege la publicidad») y tercero («La publicidad no es predominantemente una actividad de empresa»)

muestran una abierta toma de postura por la incardinación de la publicidad (definida con anterioridad como una especie del género propaganda) en el ámbito de la libertad de comunicación del art. 20 CE. Como criterio guía, se sirve del análisis particularizado de los cuatro elementos definitorios de la publicidad: elementos objetivo o material, tendencial o finalista, informativo y persuasivo.

La incardinación del mensaje publicitario en el art. 20 CE lleva consigo importantes consecuencias, sobre todo, a la hora de establecer criterios de resolución en caso de conflicto del discurso publicitario con otros derechos. Pero esta sistemática también resulta útil para valorar la constitucionalidad de las eventuales medidas restrictivas de la publicidad que legislativamente pudieran adoptarse pues, como en el caso de los criterios de resolución de conflictos con otros derechos, habría que tener presente tanto los contornos de la libertad de expresión, como su naturaleza fundamental.

No obstante, esta opción no está exenta de dificultades. En particular, la literalidad del art. 20 CE, lastrada por su originaria orientación hacia la protección del discurso político, que precisará de interpretación para precisar la protección del discurso publicitario, que es esencialmente complejo: está orientado al mercado, eventualmente tiene un contenido artístico, en parte expresivo y, sobre todo, informativo.

El último capítulo del libro es sin duda una de las partes más relevantes de esta obra pues condensa las conclusiones prácticas a las que conduce la adopción de la posición mantenida por el autor. Esta parte se centra, sobre todo, en la cuestión de los límites del discurso publicitario analizada desde una óptica constitucional. Los límites del discurso publicitario derivan su vinculación no solo con las libertades de expresión e información del art. 20 CE, sino también, con la libertad de empresa del art. 38 CE, con el deber de los poderes públicos de defender los intereses de consumidores y usuarios que recoge el art. 51 CE, o con la libertad artística consagrada en el art. 20.1 b) CE, entre otros. A estas limitaciones hay que sumar las contenidas en la legislación que, en palabras del autor, en ocasiones han recibido solo un «barniz constitucional».

Resulta especialmente relevante el somero análisis sobre la conexión de la publicidad con la libertad de creación artística consagrada en el art. 20.1 a) CE, que permite diferenciarla de otras manifestaciones comunicativas como la libertad de información, si bien ambas facetas eventualmente se superponen en la complejidad del mensaje publicitario. Efectivamente, el art. 20 CE no solo ofrece protección al discurso publicitario, sino que lo somete a limitaciones sustantivas, es decir, a los contornos que él mismo precepto define.

En relación con los límites, dada su multiplicidad y variedad, el autor selecciona algunas de ellas para hacer un estudio más detallado, atendiendo bien a su importancia o bien a la mayor frecuencia con la que concurren (aborda, entre otros, la colisión con los derechos al honor, intimidad y propia imagen, y la protección de la juventud y de la infancia).

Justamente es en relación con los menores donde el controvertido requisito de la veracidad cobra una mayor importancia. La cuestión de la veracidad del mensaje es un elemento nuclear y, como señala García Guerrero, aún debe reforzarse en el ámbito publicitario. La veracidad actúa no tanto como una limitación sino como un requisito ineludible para merecer la más alta protección del mensaje. Y ello, teniendo en cuenta que la publicidad tiene por finalidad la persuasión, con lo que esta exigencia puede encontrarse en una posición más comprometida. El autor pone de manifiesto que el «principio de veracidad» ha estado siempre presente en el ámbito de la publicidad y ha justificado, por ejemplo, la consideración de la ilicitud de la «publicidad engañosa». No obstante, el concepto de veracidad en uno y otro ámbito no son equivalentes. Aun cuando el autor considera trasladable la jurisprudencia constitucional sobre la veracidad al ámbito de la publicidad, no elude que la veracidad del art. 20.1 d) CE tiene un bagaje muy preciso y bien diferente: la información periodística vinculada, sobre todo, a la información política. Por ello, este requisito precisa de una adaptación específica para aplicarlo al ámbito de la publicidad. En este sentido, la veracidad (que, como en el caso de la información pública) no puede aspirar a ser verdad irrefutable, también es exigible como principio de verdad y diligencia profesional. La

cuestión es determinar el grado de diligencia exigible, así como su contenido, lo que exige enmarcarla en el ámbito publicitario propiamente dicho, teniendo en cuenta el resto de derechos e intereses concurrentes como son, la protección de consumidores y usuarios, con especial intensidad en lo referido colectivos particularmente vulnerables.

Desde luego, un enfoque de la publicidad desde la óptica constitucional permite justificar con nuevos argumentos, por ejemplo, la proscripción de la publicidad subliminal que, según señala el autor, en cuanto que el receptor no es consciente de que recibe una información, no puede considerarse que el mensaje sea propiamente comunicación.

Como colofón, el autor analiza algunas de las posibilidades de limitación del discurso publicitario fundamentadas en la protección de otros derechos y bienes constitucionales. En particular, afronta con una visión crítica y controvertida la cuestión de la protección de la imagen de la mujer contenida en la legislación reguladora de la publicidad. Las conclusiones se prestan al debate, pero el abordaje de esta relevante cuestión la lleva a cabo tratando de equilibrar la amplitud con la que nuestro ordenamiento y la jurisprudencia protegen la libertad de expresión (libertad de circulación de ideas) y la necesidad de encontrar argumentos constitucionales que permitan amparar las prescripciones de la legislación de publicidad.

En definitiva, este libro de García Guerrero es sin duda un trabajo relevante que aporta una necesaria lectura constitucional al fenómeno publicitario en el que una vez más, la jurisprudencia del TEDH sirve de guía. El lector encontrará en él no solo una detallada exposición de la evolución jurisprudencial tanto en derecho interno como de Derecho comparado, sino un importante ejercicio de aplicación de la doctrina general sobre las libertades de expresión e información que lleva a cabo de manera honesta, y con un sólido respaldo argumentativo. Este esfuerzo, no exento de dificultades, permite una visión unitaria, pero también, la revisión crítica de algunas de las previsiones legales, al tiempo que proporciona herramientas útiles para la resolución de algunos de los conflictos jurídicos que frecuentemente pueden plantearse. Aun cuando la posición que adopta el autor pudiera haberse calificado en un tiempo de contra-mayoritaria, como se pone de relieve en la propia obra tanto la jurisprudencia como el derecho comparado han venido a acogerla.

Por lo demás, tanto la ordenada sistemática y la completitud de la obra, así como su claridad expositiva lo convierten también en un importante recurso didáctico lo que, sin duda, constituye un valor añadido.

M.^a ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid